



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 • 2001

maggio-agosto

EDIPRESS
DIAGNOSTICA PROFESSIONALE

Roma - 2001



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"
DIPARTIMENTO DI TEORIA DELLO STATO

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

FONDATA DA

FOUNDED BY

Giovanni PUOTI

DIRETTA DA

EDITORS

Andrea AMATUCCI - Giovanni PUOTI - Victor UCKMAR

COMITATO SCIENTIFICO

SCIENTIFIC BOARD

Ruben ASOR REY (*Argentina*) - Domenico DA EMPOLI (*Italia*) - Feng DATONG (*Cina*)
Patrick DIBOUT (*Francia*) - Hans FLICK (*Germania*) - Gábor FOLDES (*Ungheria*)
Eusebio GONZÁLES GARCÍA (*Spagna*) - Hubert HAMAEKERS (*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 DANIELLO, 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

SEGRETARIA 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.iffisco.it/> E-mail: mc9423@mcmlink.it

INDICE

CONTENTS

Sezione I - Dottrina Section I - Academic Writings

- **Luc Hinnekens**
 - *Le implicazioni del commercio elettronico sulla tassazione all'origine, e in particolare sui paradigmi di determinazione della stabile organizzazione e l'attribuzione dei profitti senza favoritismi commerciali* 9
 - *Implications of e-commerce for source taxation and in particular for the paradigms of permanent establishment and arm's length profit attribution* 23
- **Claudio Sacchetto**
 - *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza* 35
 - *The evolution of the principle of territoriality and the crisis of taxation of global income in the country of residence* 58
- **Eric Kemmeren**
 - *Convenzioni sulla doppia tassazione basate sull'origine e neutralità delle importazioni* 79
 - *Origin-Based Double Tax Conventions and Import Neutrality* 103
- **Geerten M.M. Michielse**
 - *Criteri giurisdizionali e nuovi Stati membri dell'Unione Europea* 124
 - *Jurisdictional Criteria and New EU Member States* 142
- **Fabrizio Amatucci**
 - *Responsabilità fiscale limitata delle società non residenti e libertà di stabilimento* 157
 - *Conference on The tax jurisdictional criteria and the European Union Law* 176
- **Giuseppe Marino**
 - *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali* 195
 - *Tax residency, fundamental freedoms and national anti-avoidance laws* 208

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) Directive 69/335/EEC – Indirect taxes on the raising of capital – Minimum tax on capital companies (Judgment January 18, 2001, C-113/99)	223
1B) Direttiva 69/335/CEE – Imposte indirette sulla raccolta di capitali – Imposta minima sulle società di capitali (Sentenza 18 gennaio 2001, C-113/99)	224
2A) Directive 69/335/EEC – Indirect taxes on the raising of capital – Charges for entries in a national register of legal persons – Duties paid by way of fees or dues (Judgment September 26, 2000, C-134/99)	232
2B) Direttiva 69/335/CEE – Imposte indirette sulla raccolta di capitali – Diritti di iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche – Diritti di carattere remunerativo (Sentenza 26 settembre 2000, C-134/99)	233

4

II - B) Altre sentenze e decisioni:
Other cases and judgments:

- Ilor sulle royalties e portata del principio di non discriminazione fiscale	244
1) Corte di Cassazione, Sezione tributaria, Sentenza n. 1122 del 2 febbraio 2000	244
2) Corte di Cassazione, Sezione tributaria, Sentenza n. 5768 dell'8 maggio 2000	255
3) Corte di Cassazione, Sezione tributaria, Sentenza n. 9942 del 28 luglio 2000	255
- <i>Nota di Cristiano Garbarini</i>	258
- Local income Tax on royalties and the extent of the principle of fiscal non-discrimination	283
- <i>Note of Cristiano Garbarini</i>	283

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documentation

III - A) Altri documenti:
Other documents:

1A) Commissione europea – Fiscalità delle imprese – Eliminazione delle barriere fiscali alle attività economiche transfrontaliere – Provvedimenti (Comunicato n. IP/01/1468 del 23 ottobre 2001)	311
---	-----

1B) European Commission – Company taxation – Tax obstacles to cross-border economic activity in the Internal Market – Measures (Communication n. IP/01/1468 of 23 October 2001)	317
2A) V.A.T. (Value Added Tax) – International services – Processings on goods in temporary import – Non-subjection to the tax in Italy in virtue of art. 9, par. 1, n. 9) of D.P.R. 26.10.1972, n. 633 (Italy, Ministry of Economy and Finances, Note 13.4.2001 n. 47/E)	323
2B) Imposta sul valore aggiunto – Servizi internazionali o connessi agli scambi internazionali – Lavorazioni su beni in temporanea importazione – Non imponibilità ad imposta sul valore aggiunto ex art. 9, comma 1, punto 9) del D.P.R. 26.10.1972, n. 633 – Applicabilità (Italia, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Risoluzione n. 47/E del 13.4.2001)	323

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

• Marco Barassi	
- <i>Lo scambio di informazioni nella UE</i>	327
- <i>The exchange of information within the EU</i>	338
• Gianluigi Bizioli	
- <i>Agevolazioni fiscali e "libertà fondamentali": i criteri di collegamento all'imposizione nella giurisprudenza comunitaria</i>	349
- <i>Tax benefits and "fundamental freedoms": the localisation connection criteria in Community case-law</i>	358

Sezione I - Dottrina
Section I - Academic Writings

Le implicazioni del commercio elettronico sulla tassazione all'origine, e in particolare sui paradigmi di determinazione della stabile organizzazione e l'attribuzione dei profitti senza favoritismi commerciali^(*)

Luc Hinnekens

Professore presso l'Università di Antwerp

Il principio della tassazione alla fonte e i suoi concetti di stabile organizzazione (S.O.) e determinazione dei suoi profitti senza favoritismi commerciali esistono nella legislazione fiscale e nei trattati fiscali, rispettivamente da circa 100 e 70 anni e sono diventati paradigmi consolidati. Il commercio elettronico, in virtù delle sue caratteristiche particolari, mette in discussione questi concetti. In che modo applicare concetti pensati per una economia di mattoni e calce e per transazioni dotate di un profilo distinto e visibile sulla tradizionale piazza di mercato, in una economia virtuale in cui le categorie geografiche consolidate e le categorie di reddito vengono offuscate dalle nuove tecnologie e dai nuovi modelli commerciali? In che modo si possono applicare all'economia di domani i criteri di collegamento e le regole di determinazione del profitto elaborati per l'economia di ieri?

Il commercio elettronico è una nuova forma di transazione d'affari che è stata descritta come virtuale (digitale), globale e istantanea (si fanno affari in tutto il mondo nello stesso momento), senza intermediari, difficile da rintracciare e identificare (anonima), altamente integrata e specializzata al di là di ogni confine. A causa delle ripercussioni fiscali di queste caratteristiche, il commercio elettronico – insieme al processo continuo di globalizzazione che esso comporta – è stato descritto come “la questione fiscale più importante del XXI secolo”. Esso dà origine ad una serie di problematiche fiscali: la caratterizzazione del reddito che ne deriva, l'amministrazione e l'applicazione fiscale delle sue transazioni, gli approcci alla evasione, all'elusione e agli illeciti fiscali, la concorrenza fiscale dannosa, ecc. *Tuttavia, queste caratteristiche indicano nei criteri impositivi di collegamento con il territorio la sfida più complicata di questo settore.*

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su “I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario” organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

La questione della giurisdizione relativa all'origine nel nuovo contesto

Il luogo in cui una impresa conduce le sue transazioni commerciali elettroniche è stato definito Cyberspazio. Occorre tuttavia che non vi siano fraintendimenti. Il Cyberspazio non è un regno extra-terrestre; è il territorio di uno o più Stati. Il problema sta nel fatto che il Paese in cui avviene il commercio elettronico spesso è difficile da individuare con precisione e può facilmente essere spostato altrove nel mondo (ad esempio, in una giurisdizione fiscale più conveniente) e anche nel fatto che gli utili attribuibili a quel territorio non possono essere individuati con facilità, poiché provengono da fonti situate in molte diverse località estere attraverso canali che non sono fisici. Ciò spiega perché il nuovo modo ("elettronico") di fare affari mette in crisi i paradigmi di determinazione della S.O. e l'attribuzione dei profitti in buona fede.

Analogamente, la rivoluzione della comunicazione mette sotto pressione anche un altro paradigma: quello della residenza delle aziende come sede centrale della gestione effettiva. Questo argomento è stato riconosciuto dall'OECD-CFA nella sua Bozza di Discussione di Turku (1997) ma in seguito non è stato mantenuto come questione pratica significativa nel suo Documento per la Conferenza di Ottawa, svoltasi meno di un anno dopo. Il fatto che, per questo motivo, non analizzeremo nel presente rapporto i chiarimenti dell'OECD riguardo alle questioni giurisdizionali, non significa che ci riteniamo soddisfatti dalla sua conclusione. Per quale motivo il "contribuente fiscale che scompare" (grazie ad esempio a nuove tecnologie di comunicazione che facilitano lo spostamento di una società "virtuale" o "cibernetica" verso una giurisdizione fiscale più conveniente), all'improvviso, non dovrebbe più essere un problema fiscale reale "dopo aver discusso questo argomento con i rappresentanti dell'imprenditoria" (paragrafo 52 del Documento di Ottawa)? Forse perché la soluzione raramente, o forse mai, dipende dal luogo in cui sono avvenuti gli incontri virtuali? In ogni modo, nell'aggiornamento del maggio 2000 del suo Modello-Commento, il CFA ha ritenuto necessario affinare il concetto mediante un numero di fattori predominanti e aggiuntivi che hanno poco o niente a che fare con il luogo (fisico) di incontro dei consiglieri di amministrazione e degli azionisti.

È vero che la tassazione nello Stato di origine è un problema fiscale più importante nel Cyberspazio di quanto non lo sia la tassazione nello Stato di residenza. In che modo la S.O. come fattore di collegamento e lo standard di buona fede come regola di attribuzione dei suoi profitti possono essere applicati nel nuovo ambiente? L'applicazione e, se necessario l'adattamento, delle attuali norme fiscali sui redditi alle sfide del commercio elettronico internazionale sono di pertinenza della potestà tribu-

taria dei singoli Stati. I loro rischi singoli di esercizio creano un sistema fiscale incoerente, conflittuale ed inefficace. Soltanto se l'interpretazione e l'applicazione verranno coordinate, sarà possibile fornire una risposta efficace alle sfide fiscali del nuovo mercato globale.

L'OECD è un forum idoneo per lo sviluppo di una comprensione comune delle sfide fiscali e per la ricerca di un consenso fra i suoi membri allo scopo di affrontare tali sfide attraverso un approccio fiscale coerente a livello internazionale, vantaggioso per la crescita del commercio elettronico e per ciascuno dei membri che parteciperanno ad esso.

Durante la conferenza ministeriale dell'OECD a Ottawa nel 1998, si è raggiunto un accordo riguardante le "condizioni strutturali della tassazione del commercio elettronico". In accordo con il mandato ricevuto dalla Conferenza di Ottawa, il Comitato dell'OECD per gli Affari Fiscali ha creato cinque Gruppi Tecnici Consultivi (TAG) incaricati di perseguire il processo di coordinamento a livello internazionale con il coinvolgimento del settore imprenditoriale e degli altri settori economici, onde poter arrivare a soluzioni accettate e ben ponderate a livello globale. Il TAG che interessa particolarmente la nostra discussione è quello riguardante "il Monitoraggio dell'Applicazione delle Norme dei Trattati Attuali per la Tassazione degli Utili di Impresa" (abbreviato con i termini "TAG dei Profitti d'Impresa"). La sua proposta è stata analizzata e finalizzata dal Gruppo di Lavoro n. 1 sulle Convenzioni Fiscali e Questioni Relative. Nel febbraio 2001, questo Gruppo ha pubblicato un Documento di Discussione sulla questione della "Attribuzione degli utili ad una S.O. che si occupa di transazioni di commercio elettronico". Esso collabora inoltre con il Gruppo di Lavoro n. 1 sulle Convenzioni Fiscali e Questioni Relative in merito al più ampio argomento politico delle "Proposte di Norme Alternative per la Tassazione degli Utili d'Impresa". Nel frattempo il Gruppo di Lavoro n. 1 ha pubblicato un Rapporto sull'argomento più ristretto della "Applicazione della Definizione di S.O. nel Contesto del Commercio Elettronico: Proposta di Chiarimento del Commento sugli Articoli della Convenzione Fiscale Modello OECD". In data 22 dicembre 2000, esso ha ricevuto l'approvazione del CFA per poter essere aggiunto al Commento OECD. Sulla nostra questione della tassazione delle S.O. nel contesto del commercio elettronico sono quindi disponibili due documenti, e se ne prevede un terzo:

- (a) Chiarimento (approvato) sulla definizione di Stabile Organizzazione (S.O.) (Articolo 5 del Modello OECD).
- (b) Chiarimento (bozza) sulla attribuzione di utili alla Stabile Organizzazione (S.O.) (Articolo 7 del Modello OECD).
- (c) (Ancora da pubblicare) Regole alternative o modifiche della tassazione degli utili derivanti da transazioni di commercio elettronico.

Primo argomento e risposte: "S.O. o non S.O." Nel Paese/Paesi in cui l'azienda svolge l'attività di commercio elettronico?

La questione base è quella del paradigma della S.O.: come applicare il concetto tradizionale definito nell'Articolo 5 della Convenzione Modello OECD e nel Commentario OECD relativo alle transazioni elettroniche internazionali? La risposta è più complessa di quanto possa far supporre la semplice formulazione della definizione generale: "una sede fissa di affari attraverso la quale l'azienda svolge del tutto o in parte la propria attività d'impresa".

Il Comitato dell'OECD sugli Affari Fiscali si concentra sull'esempio di una impresa straniera ("e-tailer", cioè commerciante elettronico) che vende attraverso il proprio sito web in un server situato in un determinato Paese. Il Commentario aggiunto offre la linea guida seguente:

1. L'azienda dispone di una "sede in cui svolge l'attività" in tale Paese nel senso di una ubicazione fisica secondo la descrizione di tale espressione indicata nel Commento attuale: "impianti quali ad esempio locali, o, in determinate circostanze, macchinari o attrezzature"?

Risposta: Sì, per quanto riguarda il server. Il server è una parte di una attrezzatura computerizzata. Come tale, e anche tenuto conto dello spazio, degli uffici, ecc. in cui esso è situato, esso costituisce una "sede in cui viene svolta l'attività".

No, per quanto riguarda il sito web della società straniera. Trattandosi di un insieme di software e dati elettronici, il sito web non è un oggetto fisico che costituisce una sede in cui viene svolta l'attività.

2. Si è in presenza di una S.O. se il server viene spostato?

Risposta: No. Il server deve essere situato in un determinato posto per un periodo di tempo sufficiente per diventare "fisso".

3. Si è in presenza di un S.O. se il server viene ri-localato all'estero o, in caso negativo, se il server è situato nel Paese in cui origina il reddito ma si utilizzano server di backup in altri Paesi?

Risposta: No. È necessario che l'impresa estera esegua funzioni imponibili attraverso attrezzature di computer situate in un luogo preciso all'interno del Paese.

4. Il server deve essere a disposizione dell'impresa estera, cioè di sua proprietà oppure essere affittato da essa?

Risposta: Sì. Se l'impresa effettua transazioni d'affari tramite il suo sito web ospitato sul server locale di un Internet Service Provider, cioè un Fornitore di Servizi Internet (ISP) indipendente, essa non ha il controllo sul funzionamento del server e non acquisisce una sede operativa locale in virtù di tale accordo di hosting.

Il Commentario chiarisce che il server ISP e l'ubicazione non sono a disposizione dell'azienda estera in virtù della semplice circostanza che il suo contratto di abbonamento all'ISP è basato sull'ammontare di spazio nell'hard disk usato per immagazzinare il software e i dati necessari per il sito web dell'azienda estera.

5. Occorre che la S.O. disponga di personale dell'azienda straniera che faccia funzionare l'attrezzatura di computer situata nella sede dell'impresa nel Paese in cui si origina il reddito?

Risposta: No. L'attrezzatura può dare origine ad un S.O. anche se funziona in automatico. In questo caso è valida l'analogia con i distributori automatici o con i videogiochi (Paragrafo 10 dell'Articolo 5 del Commentario OECD attuale).

6. Quali operazioni di commercio elettronico svolte attraverso l'attrezzatura locale di computer costituiscono "attività preparatorie o ausiliarie" esenti ai sensi del Paragrafo 4 dell'Articolo 5 ("casi negativi")?

Risposta: La distinzione fra attività che sono semplicemente preparatorie o ausiliarie e altre attività ("centrali") delle funzioni d'affari dell'azienda è illustrata nel nuovo Commentario dall'esempio di una impresa ("e-tailer") che svolge un'attività di vendita di prodotti per intrattenimento attraverso Internet. Il funzionamento del server che ospita un sito web esclusivamente per fornire legami di comunicazione fra fornitori e clienti, che rilascia informazioni attraverso server speculari ai fini della sicurezza e dell'efficienza, raccogliendo dati di marketing per l'azienda, facendo pubblicità, permettendo la visualizzazione di un catalogo e fornendo informazioni a potenziali clienti è semplicemente preparatorio o ausiliario per l'attività di vendita dei prodotti tramite Internet (non sarebbe così soltanto nel caso in cui tali funzioni costituiscono una parte essenziale e significativa dell'attività commerciale di quella impresa particolare). L'esecuzione, anche automatizzata, delle funzioni di conclusione del contratto con il cliente, di elaborazione del pagamento e consegna dei prodotti acquistati attraverso Internet oltrepasserebbe la soglia esente in questione.

Il riferimento al termine "esclusivamente" nell'elenco delle attività preparatorie o ausiliarie nel nuovo Commentario ci fa ritenere che l'esecuzione di una qualsiasi delle funzioni di quest'ultima categoria farà oltrepassare alle attività la linea di esenzione prevista dal Paragrafo 4. Tuttavia, non vi è unanimità a proposito di tale interpretazione. Il punto 15 dell'introduzione al testo finale del Commentario aggiunto non è conclusivo: "Si è rilevato durante la discussione che questo esempio è puramente illustrativo e non deve essere preso in considerazione per stabilire il punto in cui si supera la soglia preparatoria o ausiliaria, poiché molti Paesi ritengono che questo potrebbe avvenire anche se soltanto alcune delle funzioni (LH: effettuare l'ordine, addebito sulla carta di credito, con-

segna dei prodotti) descritte in tale esempio sono eseguite attraverso l'attrezzatura".

7. Un ISP che fornisce il servizio di ospitare il sito web di una o più aziende straniere sul suo server costituisce una S.O.?

Risposta: Normalmente no, "perché gli ISP non sono agenti delle imprese a cui appartengono i siti web, in quanto essi non hanno l'autorità per concludere contratti a nome di tali aziende e non concludono regolarmente tali contratti, oppure sono agenti indipendenti che agiscono nel corso della normale attività dei loro affari, come dimostra il fatto che essi ospitano siti web di molte imprese diverse".

8. Un software di vendita intelligente costituisce un'agenzia S.O.?

Risposta: No. Il sito web attraverso il quale un'impresa svolge la propria attività d'affari, anche se funziona come agente autorizzato per concludere i contratti automaticamente quando si verificano le condizioni prestabilite, non costituisce una S.O., in quanto esso stesso non è una "persona" (secondo la definizione data nell'Articolo 3, Paragrafo 5).

Valutazione del chiarimento sulla definizione di stabile organizzazione (S.O.) data dal nuovo Commentario

14

Il Commentario aggiunto richiede le osservazioni seguenti:

1. Il Gruppo di Lavoro, avendo ricevuto, in reazione alle sue bozze precedenti, molte osservazioni riguardanti considerazioni e suggerimenti politici che richiedevano mutamenti probabilmente appropriati, sottolinea che il suo Commentario riguarda unicamente la questione dell'applicazione e dell'interpretazione di definizione di S.O., quale essa è illustrata nell'Articolo 5 del Modello di Convenzione OECD, in attesa del rapporto del TAG sugli Utili d'Impresa cui è affidato il compito di esaminare "la questione se il concetto di S.O. fornisca una soglia adeguata per l'attribuzione dei redditi fra il Paese in cui origina il reddito e quello di residenza". Gli altri commentari si concentravano sull'attribuzione del reddito qualora il funzionamento di un server costituisca un S.O. (Articolo 7).

Questi altri argomenti verranno trattati nella seconda e terza parte del presente studio.

2. La maggior parte delle interpretazioni offerte dal nuovo Commentario aggiunto sono, a nostro parere, chiare ed in linea con la definizione dell'Articolo 5 e coerenti con il relativo Commentario. Altre interpretazioni sono invece controverse e il susseguirsi dei testi revisionati ha fatto emergere un numero sempre crescente di esse, al punto tale che il Gruppo di Lavoro alla fine ha concluso in data 3 marzo 2000 che "si riteneva più utile presentare le varie posizioni avanzate dai delegati allo

scopo di raggiungere una soluzione di compromesso durante una successiva riunione sulla base dei commenti ricevuti in merito ai diversi pareri, piuttosto che ricercare un'altra proposta che fosse rappresentativa della maggioranza delle opinioni".

Riportiamo di seguito alcuni delle opinioni meno chiare.

Secondo alcuni commenti ricevuti, lo spazio occupato sul disco di un server corrisponde al noleggio di uno spazio occupato sul disco di un server a disposizione della impresa straniera. Il Gruppo di Lavoro non è d'accordo, e afferma che il contratto di *web hosting* non costituisce, generalmente o tipicamente, un contratto per il noleggio di spazio su disco, anche se una parte del corrispettivo può essere calcolata in riferimento alla quantità di spazio su disco utilizzata dal sito web del cliente.

Una certezza legale anche minore nella caratterizzazione è offerta dall'applicazione al commercio elettronico (e-tailing) della distinzione fra le "attività preparatorie e ausiliarie" e le "attività essenziali dell'impresa". L'elenco delle prime è provvisorio e va esaminato caso per caso, tenendo conto delle varie funzioni svolte dall'impresa attraverso l'attrezzatura in questione. Sull'argomento critico relativo a che cosa costituisca funzione essenziale d'affari dell'impresa, il Commentario aggiunto afferma semplicemente che i Paesi hanno pareri diversi: quali sono le attività di vendita? l'elaborazione specifica dell'ordine di acquisto e/o l'elaborazione del pagamento e/o la consegna? Si può notare che le possibilità tecnologiche del nuovo modo di trattare gli affari offuscano le categorie tradizionali di attività preparatorie ed ausiliarie da una parte e attività essenziali dell'impresa dall'altra. Ciò significa forse che la definizione non è più adeguata a questo proposito?

3. Sono necessari ulteriori chiarimenti in relazione alle implicazioni del concetto di S.O. in altre forme di commercio elettronico, per esempio quando in una configurazione da B a B, le imprese o i liberi professionisti di vari Paesi partecipano a progetti di collaborazione che superano i confini, per conto di un cliente comune su base interattiva attraverso Internet o Intranet con o senza una reciproca rappresentanza e con o senza poteri vincolanti nel loro Paese. Il mandato del TAG sugli Utili d'Impresa era sufficientemente ampio da offrire una guida anche in relazione a queste altre forme.

Seconda questione e risposte: stabile organizzazione (S.O.) tassabile su quale entità di profitto?

Avendo risposto alla domanda della soglia in senso affermativo: "sì, esiste una S.O. in una giurisdizione in cui l'impresa gestisce un server

con un sito web per operazioni imponibili", la questione successiva diventa naturalmente quella di determinare l'ammontare dei profitti attribuibili ad essa.

Ciò comporta l'applicazione del paradigma della determinazione a distanza del profitto della S.O. ai sensi dell'Articolo 7 della Convenzione Modello OECD e del relativo Commentario OECD. Ciò costituisce l'argomento di un Documento di Discussione del Gruppo Tecnico Consultivo sul Monitoraggio dell'Applicazione delle Norme attuali del Trattato per la Tassazione dei Profitti d'Impresa, pubblicate nel febbraio 2001. Secondo il principio generale, l'ammontare del profitto è relativo alla natura delle funzioni che la S.O. esegue, e non tiene conto dei beni utilizzati e dei rischi assunti da esso. La bozza di discussione illustra, mediante l'esempio di una impresa impegnata nell'attività di distribuzione al dettaglio di prodotti da intrattenimento che vengono fisicamente consegnati oppure fruibili on-line ("e-tailing", cioè "vendita elettronica"), le fasi coinvolte in questa analisi funzionale, e lo fa secondo quattro modelli imprenditoriali di vendita elettronica.

VARIANTE 1: Un server per computer autonomo esegue funzioni automatizzate di elaborazione on-line delle transazioni e di trasmissione delle produzioni digitalizzate senza intervento umano nella S.O.

16

Fase 1: Ipotizzare l'impresa distinta e separata

La S.O. non è l'equivalente di un negozio di vendita al dettaglio e nemmeno l'equivalente di un fornitore di servizi indipendente. Il suo equivalente è il fornitore di servizi su contratto, il quale fornisce soltanto servizi di supporto alle vendite o funzioni degli uffici interni per la sede centrale (HO). Questa analisi funzionale e fattuale tiene conto del fatto che le decisioni riguardanti l'entità delle scorte, la determinazione del prezzo dei prodotti, il marketing, le trattative con i fornitori, i contatti e i contratti con i clienti, la distribuzione dei beni fisici, i controlli di credito e la gestione dei fondi, nella maggior parte dei casi vengono prese esclusivamente dalla sede centrale, del fatto che i beni utilizzati consistono prevalentemente in software e hardware di cui la sede centrale è il proprietario economico, e del fatto che i rischi sono assunti dalla sede centrale, salvo i rischi di routine direttamente collegati all'esecuzione delle funzioni automatizzate.

Fase 2: Determinare i profitti della impresa distinta e separata che viene ipotizzata.

In quanto fornitore di servizi su contratto privo di personale, la S.O. sarebbe compensata per i suoi servizi di ospitalità del sito web, per la gestione delle transazioni con i clienti e per l'incanalamento dei proventi per conto della sede centrale e a vantaggio di quest'ultima, mediante un accordo di remunerazione, il valore del quale dovrebbe essere determinato secondo il metodo CUP e, se non è disponibile un CUP, secondo un metodo *cost plus* (cioè un metodo che tiene conto dei costi effettivi più un utile prestabilito, in forma percentuale o forfettaria, *n.d.t.*).

Conclusione di questo Documento di Discussione: "Secondo questo modello basato sui fatti, la S.O. esegue soltanto funzioni automatizzate di basso livello, che costituiscono solo una piccola parte delle funzioni necessarie per agire come rivenditore al dettaglio/distributore a pieno titolo o come fornitore di servizi a pieno titolo. Il livello di profitto percepito, con ogni probabilità, sarà conseguentemente basso e molto inferiore a quello di un rivenditore al dettaglio/distributore a pieno titolo o a quello percepito da fornitori di servizi a pieno titolo".

VARIANTE 2: Server multipli

I fatti sono gli stessi indicati nell'esempio che precede, con l'unica differenza che essi riguardano server di vari Paesi che svolgono le stesse funzioni per conto della sede centrale. Conclusione: "Il modello di fornitore di servizi su contratto secondo cui è probabile che il profitto venga attribuito alla S.O. sulla base del metodo *cost plus*, può essere il modello che meglio si adatta ai fatti e alle circostanze".

VARIANTE 3: Personale di supporto tecnico nella stabile organizzazione (S.O.)

La presenza di personale nella S.O. che provvede al funzionamento continuo del server e fornisce supporto tecnico on-line ai clienti aggiunge altre funzioni alle funzioni automatizzate puramente di routine del primo modello.

Esse possono giustificare il riconoscimento delle transazioni aggiuntive fra la S.O. e la sede centrale in base al trasferimento di proprietà tangibili e intangibili. Le transazioni sarebbero simili a quelle di un fornitore di servizi indipendente. L'accordo di remunerazione dovrebbe riguardare sia il capitale, sia i costi operativi e la S.O. dovrebbe guadagnare un profitto su di essi.

VARIANTE 4: Sito web sviluppato interamente nella stabile organizzazione (S.O.)

Questo modello ipotizza che la S.O. spenda il denaro e metta in atto gli sforzi che sono necessari per sviluppare direttamente l'hardware e il sito web e diventi così il proprietario economico di questo pacchetto. Si può prevedere che gli venga attribuito il profitto che un'entità indipendente otterrebbe sfruttando un analogo pacchetto di beni.

La stima migliore sarebbe il corrispettivo che le società indipendenti che conducono operazioni simili addebitano per la fornitura di questo servizio. Se non è disponibile il CUP, un profitto basato sul rendimento della proprietà intangibile applicato nel settore economico cui appartiene l'impresa potrebbe dover essere riconosciuto come nozione ed essere incluso nella tariffa del servizio.

Valutazione dell'attribuzione del profitto secondo il documento di discussione

La proposta di attribuzione del profitto ai sensi dell'articolo 7 del Modello di Convenzione OECD ad una S.O. esposta nelle quattro varianti di funzionamento del commercio elettronico, e l'analisi fattuale e funzionale ad essa applicata nella Bozza di Discussione richiedono i commenti che seguono:

1. Mentre l'analisi funzionale e fattuale e le sue due fasi non sono metodi controversi, la minimizzazione delle funzioni eseguite, dei beni usati e dei rischi assunti dalla S.O. nel contesto dell'esempio di commercio elettronico lo è. Rileviamo alcune incoerenze fra la risposta del Commentario aggiunto alla domanda sulla soglia – sì, l'impresa di commercio elettronico ha una S.O. in un altro Paese in cui gestisce un sito web e un server per eseguire altre funzioni oltre alle semplici attività preparatorie ed ausiliarie – e la risposta alla domanda conseguente – in questo caso (cioè l'esecuzione di attività di vendita o di altre attività essenziali dell'impresa) la S.O. è l'equivalente di un fornitore di servizi a contratto o, nel migliore dei casi, un ISP indipendente. Come tale, esso incassa un diritto di licenza per le sue funzioni tecniche o di ufficio interno, e in realtà la sua produttività, riguardante principalmente il suo potenziale di penetrazione del mercato e di sfruttamento del sito web, sostituisce largamente quella dei tradizionali canali di vendite (al dettaglio). Anche in assenza di personale, le funzioni di vendita automatizzate eseguite dal pacchetto secondo programmi prestabiliti dovrebbero ricevere una remunerazione più rilevante della tariffa di servizio

per un semplice supporto di livello più basso o per una funzione di ufficio interno.

Si suggerisce che un migliore approccio di determinazione del prezzo a distanza dovrebbe attribuire alla S.O. l'equivalente di un margine di profitto per un punto vendita al dettaglio/distributore, soggetto alla detrazione del profitto guadagnato sui servizi e sui beni forniti dalla sede centrale o, in alternativa, di un margine determinato a distanza in base al metodo RPM o ad un metodo di suddivisione del profitto sulla base delle contribuzioni rispettivamente della sede centrale (HO) e della S.O..

2. Per condurre la sua analisi, la Bozza di Discussione si concentra principalmente sui beni utilizzati, in particolare il marchio di impresa e il software, per i quali, in tutte le varianti eccettuata quella in cui essi sono sviluppati dalla S.O. che ne sostiene anche le spese, il profitto guadagnato è attribuito alla sede centrale che è il loro proprietario economico. Questa impostazione non è coerente con l'attuale Commentario alla Convenzione Modello OECD (in particolare con il paragrafo 17.4). Il Commentario ritiene che i costi per creare i diritti intangibili e la proprietà legale non possono essere attribuiti ad una parte dell'impresa in modo da giustificare una royalty pagabile nozionale.

L'assimilazione con la situazione di imprese associate per quanto riguarda questi costi interni (Articolo 9) non può essere completa nei casi in cui le transazioni avvengano fra diverse parti della stessa impresa, perché si è in presenza di un'unica entità legale (Articolo 7).

3. Il Documento di Discussione non prende in esame altre forme di commercio elettronico, in particolare le transazioni di commercio elettronico da B a B. Non è facile far derivare dal modello di commercio elettronico le regole di determinazione del prezzo del trasferimento applicabili alle transazioni da B a B. Per esempio, se un gruppo di partners o un gruppo di società situati in varie località lavora in collaborazione su determinati progetti tramite Intranet (progettazione di automobili, campagne pubblicitarie, ecc.), uno dei primi problemi potrebbe essere quello di applicare l'analisi delle transazioni separate, benché le Direttive OECD per la Determinazione dei Prezzi dei trasferimenti permettano l'aggregazione delle transazioni collegate. Un altro problema è la determinazione del profitto dell'impresa separata che viene ipotizzata. È chiaro che le funzioni dei partecipanti non sono quelle di un ISP. Inoltre, le contribuzioni potrebbero dover prendere in considerazione il valore del database del gruppo che viene utilizzato da tutti i partecipanti, nonché il cambiamento del suo valore nel corso del progetto, ma essi potrebbero anche non riconoscere questi cambiamenti col senno di poi. Potrebbe anche essere necessario assegnare il profitto residuale a tutte le parti dell'impresa. In mancanza di un CUP, si potrebbe prendere in considerazio-

ne un metodo *cost plus* per remunerare le contribuzioni, in aggiunta, eventualmente, ad un'assegnazione olistica del profitto residuale derivante dai benefici di sinergia.

Possono esservi, inoltre, problemi di applicazione pratica. L'e-business può essere molto specializzato e integrato verticalmente attraverso i confini nazionali mediante una miriade di scambi tramite Intranet che coinvolgono i membri del personale responsabili delle molte società o unità aziendali che partecipano al progetto. Spesso gli scambi non vengono registrati né contabilizzati. Come calcolare e come documentare i contributi di ciascun partecipante? La risposta dovrebbe essere dedotta dalle pratiche interne e dai documenti interni dell'azienda, o da un procedimento di confronto esterno? Nei casi in cui l'impresa è unitaria, dovrebbe essere possibile procedere sulla base di una ripartizione in base a formule (contrariamente alle Direttive attuali)?

Terza questione: considerazioni politiche globali (in attesa di risposte)

Il punto focale non è più l'applicazione e l'interpretazione delle S.O. esistenti e delle regole di determinazione del prezzo dei trasferimenti in relazione al commercio elettronico, ma piuttosto la questione se e quando le regole esistenti e perfino i principi dovrebbero essere modificati e adeguati alle necessità della new economy. Una questione di politica generale è: in che modo dovrebbero essere condivisi gli introiti derivanti dal gettito fiscale fra lo Stato di residenza del contraente (sede centrale) e quello in cui si origina il reddito (S.O.), e più specificamente se e in che modo la definizione di Stabile Organizzazione (S.O.) e la determinazione della sua base imponibile quali essi appaiono attualmente nell'Articolo 5 e nell'Articolo 7 del Modello OECD devono essere modificati nel contesto del commercio elettronico?

Questa questione politica è sollevata dalle difficoltà di applicazione delle regole attuali che possono far ritenere che le regole esistenti non siano più adeguate. Tale relazione spiega perché tanti commentatori delle Bozze di Chiarimento dell'OECD sulla definizione di S.O. hanno sollevato argomentazioni di politica generale per giustificare le loro riserve. Il Gruppo di Lavoro n. 1 sostiene la separazione fra i due argomenti ed ha fatto rilevare che il CFA aveva affermato "che i principi alla base delle norme internazionali che esso ha sviluppato nell'area dei trattati fiscali e in quella della determinazione dei prezzi di trasferimento (attraverso la Convenzione sui Modelli Fiscali e le Direttive sulla Determinazione dei Prezzi dei Trasferimenti) possono essere applicati al commercio elettro-

nico". Il Gruppo di Lavoro ritiene quindi che non sarebbe appropriato suggerire che se l'attribuzione (del profitto ad un insediamento permanente) si dimostra difficile, occorrerebbe tornare indietro, e decidere che non vi è insediamento permanente (punto 14 della Bozza del 3 marzo 2000 sulla definizione di PE). Esso sottolinea che il CFA ha incaricato il TAG sugli Utili di Impresa "di analizzare e commentare le questioni seguenti: a) se il concetto di insediamento permanente offre una soglia appropriata per l'assegnazione dei redditi fiscali fra il Paese in cui si origina il reddito e il Paese di residenza e anche per quanto attiene all'uso dei paradisi fiscali nel contesto del commercio elettronico; b) se esiste la necessità di regole speciali relative al commercio elettronico e se tali regole possano costituire un'alternativa valida alle norme internazionali attuali". Per questo motivo, il Gruppo di Lavoro n. 1 ha concluso che "mentre non può stabilire che in ultima analisi occorrerebbe apportare cambiamenti alle norme esistenti, esso aspetterà la pubblicazione del rapporto del TAG prima di prendere in esame tali eventuali cambiamenti per quanto riguarda il commercio elettronico" (paragrafo 9). Noi, a nostra volta, aspetteremo i rapporti del TAG e le conclusioni del Gruppo di Lavoro prima di fare i nostri commenti.

Nel frattempo, limitiamo il nostro contributo ad un elenco delle considerazioni e delle questioni principali in questo dibattito sulla politica fiscale.

21

1. Le complessità e le incertezze esaminate in precedenza, in merito all'interpretazione e al chiarimento delle implicazioni delle S.O. riguardo ai siti web e ai server.

2. La natura meccanicistica della soluzione basata sull'ubicazione e l'uso del server. La soluzione dipende quindi dalle decisioni [server di proprietà dell'impresa o server ISP, (ri)locazione all'interno o all'esterno del Paese, server mobile o fisso, aggiunta o cancellazione di un'operazione essenziale] che sono più utili, sia come parametri facili da manipolare per la pianificazione fiscale delle imprese (inclusi i rischi di "contribuenti fiscali che scompaiono" nel Cyberspazio, e in particolare nei paradisi fiscali), sia come criterio di collegamento stabile per il mantenimento del gettito fiscale delle autorità fiscali interessate.

3. L'allontanamento nella condivisione dell'autorità fiscale dalla tassazione basata sullo Stato di origine del reddito effettuato mediante questa erosione del concetto di S.O. e mediante la perdita del reddito fiscale attuale degli Stati che sono importatori netti di commercio elettronico.

4. La mancanza di consenso come conseguenza di queste numerose incertezze inerenti e dei rischi di manipolazione della soluzione, ma anche dei diversi interessi economici e geopolitici dei Paesi coinvolti, rispettivamente come importatori netti e come esportatori netti del com-

mercio elettronico. La mancanza di consenso probabilmente darà origine a conflitti di doppia imposizione internazionale o nessuna tassazione.

5. Se si dovesse concludere che i paradigmi della S.O. della determinazione del profitto a distanza non sono soddisfacenti nella nuova economia, il compito diventa non meno difficile: quali principi, regole e concetti alternativi dovrebbero essere ritenuti appropriati, e secondo quale quadro temporale essi dovrebbero essere introdotti? In conclusione, nel valutare le proposte di cambiamento o di abbandono dei paradigmi, la domanda che i riformatori dovrebbero porsi è: rispetto a che cosa? Qualsiasi connessione comporterà errori e problemi per ottenere il consenso.

Quali sono le principali opzioni politiche?

1. Abbassamento della soglia di connessione (da S.O. fisica a S.O. virtuale), ampliando così la base imponibile nel Paese di origine.

2. Ripartizione in base a formule della base imponibile, ad esempio Tassazione nello Stato di Residenza o Tassa sugli Utili al Consumo: la tassa viene calcolata sul profitto globale dell'azienda nella sua attività d'affari consolidata con i consumatori, ripartita in proporzione al consumo di beni e servizi fra i Paesi di importazione in cui viene condotta l'attività di e-business oppure su tutta l'attività d'affari.

3. Riferimento alla ritenuta dello Stato di origine (sui pagamenti sostenuti dallo Stato di origine/dal pagatore allo Stato di residenza/dal titolare del diritto di proprietà).

4. Imposta sui bit e altre imposte alternative collegate all'ICT e quindi probabilmente più facili da riscuotere delle imposte tradizionali, che non tengono conto delle caratteristiche della nuova attività d'impresa.

In questa fase, l'imposta alternativa è soltanto un metodo di ultima istanza. "Nessuna nuova tassa" è un elemento essenziale delle condizioni di tassazione del commercio elettronico dello schema di Ottawa.

Implications of e-commerce for source taxation and in particular for the paradigms of permanent establishment and arm's length profit attribution^(*)

Luc Hinnekens

Professor University of Antwerp

The principle of source taxation and its concepts of permanent establishment (PE) and arm's length determination of its profit exist in income tax and treaty law since, respectively, approximately 100 and 70 years and have become established paradigms. Electronic commerce, by virtue of its special characteristics, puts pressures on them. How to apply concepts, that were designed for an economy of bricks and mortar and for transactions with a distinct and visible profile on the traditional market place, in a virtual economy where established geographic categories and income categories are blurred by new technologies and business patterns? How to impose yesterday's connecting criteria and rules of profit determination on tomorrow's economy?

Electronic commerce is a new form of doing business which has been described as virtual (digitized), global and instantaneous (doing business everywhere at the same time), desintermediated, difficult to trace and to identify (anonymous), highly integrated and specialized cross-borders. Because of the tax significance of those characteristics, electronic commerce – together with the ongoing process of globalization which it spearheads – have been described as “the most consequential tax issue of the 21st Century”. It spawns a great number of tax issues: the characterization of its income, its tax administration and enforcement, approaches to tax avoidance, evasion and abuse, harmful tax competition, etc. However, the characteristics point to the jurisdiction to tax as its single most tricky tax challenge.

The issue of source jurisdiction in the new context

The place in which an enterprise conducts its electronic commerce transactions has been identified as Cyberspace. But let there be no mis-

(*) Lecture held at the international Congress about “Tax jurisdictional criteria and European Union law”, organized by the “Seconda Università” of Naples (Faculty of Law), the “Ordine Dottori Commercialisti of Naples” and this Review.

take. Cyberspace is not some extraterrestrial realm; it is the territory of a state or several states. The problem is that the country where electronic commerce takes place is often difficult to pinpoint and easily displaced anywhere else in the world (such as in a lower tax jurisdiction); and except that the profit attributable to that place is not easily determined coming from sources in many places abroad via channels which are not physical. It explains why the new ("e-") way of doing business puts pressures on the paradigms of PE and arm's length profit attribution.

In the same way, the communication revolution also puts pressures on another paradigm: that of corporate residence as central place of effective management. The issue was recognized by OECD-CFA in its Discussion Draft of Turku (1997) but was no longer retained as a significant practical issue in its Paper for the Ottawa Conference less than a year later. If we will, for that reason, not discuss it in this report on the OECD clarifications of jurisdictional issues, it does not mean that we are satisfied with this conclusion. Why is the "disappearing taxpayer" (i.e. new communication technologies facilitating the move of a "virtual" or "cyber" company to a low tax jurisdiction) all of a sudden no longer a real tax problem "after discussing this issue with business representatives" (par. 52 Ottawa Paper). Because the solution rarely or never depends on the place where virtual meetings have taken place? At any rate, in the May 2000 update of its Model-Commentary, CFA deemed it necessary to refine the concept by a number of predominant and additional factors with little or no reference to the (physical) meeting place of board members and shareholders.

It is true that source State taxation is more of a tax problem in Cyberspace than residence State taxation. How are the PE as a connecting factor and the arm's length standard as its profit attribution rule applied in the new environment? The application and, if need be, the adaptation of existing income tax rules to the challenges of international electronic commerce belong to the tax powers of the individual States. Their individual exercise risks creating an incoherent, conflictual and ineffective tax system. Only if the interpretation and application are coordinated, they will offer an effective response to the tax challenges of this new and global market place.

OECD is an appropriate forum to develop a common understanding of the tax challenges and to seek a consensus among its Members for dealing with those challenges by an internationally consistent taxation approach beneficial for the growth of electronic commerce and for each of every member participating in it.

At the OECD ministerial conference in Ottawa in 1998 an agreement was reached, concerning the "framework conditions of taxation of electronic commerce". In accordance with its mandate from the Ottawa con-

ference, the OECD Committee on Fiscal Affairs established five Technical Advisory Groups (TAG's) with a mandate to take forward the international coordination process with the involvement of the business sector and other economies so as to come to globally accepted and well-considered solutions. The TAG of particular interest to our discussion is the one "on Monitoring the Application of Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits" (in short "Business Profits TAG"). Its proposal was reviewed and finalized by Working Party No 1 on Tax Conventions and Related Questions. In February 2001 it released a discussion paper in the issue of "Attribution of profit to a permanent establishment involved in Electronic Commerce Transactions". It also assisted Working Party No 1 on Tax Conventions and Related Questions on the broad policy issue of "proposals for alternative rules for the taxation of business profits". In the meantime Working Party No 1 issued a Report on the narrower issue of "The Application of the Permanent Establishment Definition in the Context of Electronic Commerce: Proposed Clarification of the Commentary on Articles of the OECD Model Tax Convention". On 22 December 2000 it was approved by the CFA for addition to the OECD Commentary. On our issue of PE taxation in the context of electronic commerce, two documents are thus available, and a third one is expected:

(1) (Approved) Clarification of definition of PE (Article 5 of the OECD Model)

(2) (Draft) Clarification of attribution of profits to PE (Article 7 of the OECD Model)

(3) (To come) Alternative rules or changes for taxation of e-business profits.

First issue and answers: "pe or no pe" in country/countries where enterprise carries on electronic commerce activity?

The threshold issue is that of the paradigm of the PE: how to apply the traditional concept defined in Article 5 of the OECD Model Tax Convention and in the OECD Commentary thereunder to international electronic trading? The answer is more complex than the relatively simple wording of the general definition might suggest: "a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on".

The OECD Committee on Fiscal Affairs focuses on the example of a foreign enterprise ("e-tailer") selling via its website on a server located in a country. Its added Commentary offers the following guidance:

1. Does it have "a place of business" in that country in the sense of physical location, as this expression is described in the existing Com-

mentary: facility such as premises, or, in certain circumstances, machinery or equipment”?

Answer: yes, as far as the server is concerned. A server is a piece of computer equipment. As such, and also because of the room, office, etc. in which it is located, it constitutes “a place of business”.

No, as far as the foreign company’s website is concerned. Being a combination of software and electronic data, the website is not a physical object that constitutes a place of business.

2. Is there a PE if the server is being moved around?

No. The server must be located at a certain place for a sufficient period of time so as to become “fixed”.

3. Is there a PE if the server is (re)located abroad or if not the server located in the source country but back-up servers in other countries are used?

No. It is required that the foreign enterprise performs qualifying functions through computer equipment located at a given place within the country.

4. Must the server be at the disposal of the foreign enterprise i.e. owned or rented by it?

Yes. If the enterprise does business via its website hosted on the local server of an independent Internet Service Provider (ISP), it does not have control over the operation of the server and does not acquire a local place of business by virtue of that hosting arrangement.

The Commentary clarifies that the ISP’s server and location are not at the disposal of the foreign enterprise by virtue of the simple circumstance that its fee arrangement with the ISP would be based on the amount of hard disk space used to store the software and data required by the foreign enterprise’s website.

5. Is it required for a PE that there be personnel of the foreign enterprise to operate the computer equipment at its location in the source country?

No. The equipment can also give rise to a PE if operated automatically. The analogy with the presence of automated vending or gaming machines (Par. 10 of Art. 5 of the existing OECD Commentary) is valid here.

6. Which electronic commerce operations carried on through the local computer equipment constitute “preparatory or auxiliary activities” exempt under paragraph 4 of Art. 5 (“negative cases”)?

Answer: The distinction between activities that are merely preparatory or auxiliary and other (“core”) business functions of the enterprise is illustrated in the new Commentary by the example of an enterprise (“e-tailer”) which carries on the business of selling entertainment products through the Internet. The operation of the server hosting a website ex-

clusively for providing a communications link between suppliers and customers, relaying information through mirror server for security and efficiency purposes, gathering marketing data for the enterprise, advertising, displaying a catalogue and providing information to potential customers, is merely preparatory or auxiliary to the business of selling products on the Internet (it would only not be so if those functions would form an essential and significant part of the commercial activity of the particular enterprise). The performance, even automated, of the functions of conclusion of contract with the customer, processing of payment and delivery of products purchased over the Internet would exceed that exempt threshold.

The reference to “exclusively” in the listing of preparatory or auxiliary activities in the new Commentary makes us believe that the performance of any one of the latter category of functions will push the activities over the exempt line of paragraph 4. However, there is no unanimity about this interpretation. Point 15 of the introduction to the final text of the added Commentary is not conclusive: “It was noted during the discussion that this example is merely illustrative and should not be considered to determine the point at which the preparatory or auxiliary threshold is exceeded, since many countries consider that this could be the case even if only some (LH: placing purchase order, charge of credit card, delivery of products) of the functions described in that example are performed through the equipment.”

7. Does an ISP providing the service of hosting the website(s) of foreign enterprise(s) on its own server, constitute a PE-agency?

Normally not “because the ISP’s will not constitute an agent of the enterprises to which the websites belong, because they will not have authority to conclude contracts in the name of these enterprises and will not regularly conclude such contracts or because they will constitute independent agents acting in the ordinary course of their business, as evidenced by the fact that they host the websites of many different enterprises”.

8. Does an intelligent vending software constitute a PE-agency?

No. The website through which an enterprise carries on its business, even if it functions as an agent authorized to conclude contracts automatically when pre-set conditions are met, does not constitute a PE-agency, itself not being a “person” (as defined in Art. 3, par. 5).

Evaluation of clarification of the PE definition by the new Commentary

The added Commentary calls for the following comments:

1. The Working Party, having received in reaction to its earlier drafts, many comments addressing policy considerations and suggestions for arguably appropriate changes, points out that its Commentary deals solely with the issue of the application and interpretation of the PE definition, as currently found in Article 5 of the OECD Model Tax Convention, awaiting the report of the TAG on Business Profits mandated to consider "the question whether the concept of PE provides an appropriate threshold for allocating tax revenues between source and residence countries". Other comments received focussed on attribution of income issues if the operation of a server would constitute a PE (Article 7).

We will deal with these other issues in the second and third part of this study.

2. Most of the interpretations offered by the newly added Commentary are, in our opinion, straightforward and in line with the definition of Article 5 and consistent with the Commentary thereunder. Other interpretations are controversial and the succession of revised texts disclosed an increasing number of them to the point that the Working Party finally concluded on 3 March 2000 that "it was felt more useful to present the various positions put forward by delegates, with a view to reach a compromise solution at a subsequent meeting on the basis of comments received on these various views, than to try another proposal representing majority views".

Here are some of the less straightforward views:

According to some comments received, disk space taken up on a server corresponds to a rental of disk space taken up on a server at the disposal of the foreign enterprise. The Working Party disagrees and argues that the web hosting contract is generally or typically not a contract for renting disk space, even though part of the consideration may be computed by reference to the amount of disk space used for client's website.

Even less legal certainty in the characterization is offered by the application to electronic commerce (e-tailing) of the distinction of "preparatory and auxiliary activities" and "core business activities". The listing of the former is tentative and to be examined on a case-to-case basis having regard to the various functions performed by the enterprise through that equipment. On the critical question as to what constitutes core business functions of the enterprise, the added Commentary simply states that the countries take different views: which are selling activities? specifically the processing of the purchase order, and/or the processing of the payment and/or the delivery? We can see how the technological possibilities of the new way of doing business blur the traditional categories of preparatory and auxiliary activities on the one hand and, core business

activities on the other hand. Does it mean that the definition is no longer suitable in this respect?

3. Further clarification is needed with respect to PE implications of other forms of e-business e.g. when, in a B to B configuration, enterprises or liberal professions of several countries participate in cross border collaborative projects for a common client on an interactive basis through the Internet or intranet with or without mutual representation and binding powers in their country. The mandate of the TAG on Business Profits was sufficiently broad to offer guidance also with respect to such other forms.

Second issue and answers: PE taxable on how much (or how little) profit?

Having answered the threshold question in the positive – “yes, there is a PE in the jurisdiction where the enterprise operates a server with website for qualifying operations” - the next issue becomes naturally and that is the determination of the amount of profit attributable to it.

It involves the application of the paradigm of the arm’s length determination of the PE profit under Art. 7 of the OECD Model Tax Convention and the OECD Commentary thereunder. It forms the subject matter of a Discussion Paper from the Technical Advisory Group on Monitoring the Application of the Existing Treaty Norms for the Taxation of Business Profits released in February 2001.

Under the general principle, the amount of profit is related to the nature of the functions that the PE performs and it takes into account the assets used and risks assumed by it. The Discussion Draft illustrates, by the example of an enterprise engaged in the business of retail distribution of entertainment products for physical or online delivery (“e-tailing”), the steps involved in this functional analysis and does it according to four e-tail business models.

VARIATION 1: A stand-alone computer server performs automated functions of online processing of transactions and transmission of digitized products, without human intervention in the PE.

Step 1: Hypothesizing the distinct and separate enterprise.

The PE is not the equivalent of a retail outlet and not even that of an independent service provider. Its equivalent is the contract service provider, providing only services of sales support or back office functions for the head office (HO). This functional and factual analysis takes into

consideration that the decisions concerning inventory levels, product pricing, marketing, the negotiations with suppliers, the contacts and contracts with customers, distribution of physical goods, the credit controls and management of funds are carried out most of the times exclusively by the head office, that the assets used consist mostly of software and hardware of which the head office is the economic owner and that risks are assumed by the head office other than the routine risks directly related to the performance of automated functions.

Step 2: Determining the profits of the hypothesized distinct and separate enterprise.

As a contract service provider without personnel, the PE would be compensated for its services of website hosting, handling of transactions with customers and channeling of proceeds on behalf and for the benefit of the head office by a fee arrangement, the value of which should be determined according to the CUP method and, if no CUP is available, according to a cost plus method.

Conclusion of this Discussion Paper: "Under this fact pattern, the permanent establishment is only performing low level automated functions that make up only a small proportion of the functions necessary to act as a full function retail outlet/distributor or as a full function service provider. The level of profit earned is likely to be commensurately low and very significantly less than that earned by full function retail outlet/distributor or full function service providers."

VARIATION 2: Multiple servers.

The facts are the same as in the previous example except that servers located in several countries are involved and assume the same functions for the head office. Conclusion: "The contract service provider model under which profit will likely be attributed to the permanent establishment on the basis of the cost plus method, may be the model that best suits the facts and circumstances."

VARIATION 3: Technical support staff in PE.

The presence of personnel in the PE maintaining the continuous operations of the server and providing technical support to online customers adds additional functions to the purely routine automated functions in the first model.

They may justify the recognition of additional dealings between the PE and the head office on account of the transfer of tangible and intangible property. The dealings would be akin to these of an independent service provider. The fee arrangement should cover both capital and operating costs and the PE should earn a profit thereon.

VARIATION 4: Website fully developed in PE.

This model assumes that the PE expends the cost and effort of developing itself the hardware and website and thus becomes the economic owner of this package. It may expect to be attributed the profit that an independent entity would make when exploiting a similar package of assets.

The best estimate would be the service fee charged by independent enterprises conducting similar operations. If CUP is not available, a profit based on the return of the intangible property used in the business of the enterprise may have to be recognized notionally and included in the service fee.

Evaluation of profit attribution according to the Discussion Paper

The proposed attribution of profit under Article 7 of the OECD Model Tax Convention to a PE involved in four variations of e-tailing operations, and the factual and functional analysis applied to it in the Discussion Draft, call for the following comments:

1. While the functional and factual analysis and its two steps are not controversial methods, the minimization of the functions performed, assets used and risks assumed by the PE in the context of the e-tailing example is. We find some inconsistency between the answer of the added Commentary to the threshold question – yes, the e-tailing enterprise has a PE in another country where it operates a website and a server to perform more than preparatory and auxiliary activities – and the answer to the consequential question – in such case (i.e. of performing selling or other core business activities) the PE is the equivalent of a contract service provider or at best an independent ISP. As such it earns a fee for its technical or back office function, where in reality its productivity relating mainly to its potential of market penetration and exploitation of the website replaces largely that of the traditional (retail) sales channels. Even in the absence of staffing, the automated functions of selling performed by the package according to pre-set programs should receive a remuneration that is more substantial than the service fee for a low level support or back office function.

It is suggested that a better arm's length pricing approach attributes to the PE the equivalent of a retail outlet/distribution profit margin, subject to the deduction of the profit earned on services and assets supplied by the head office, or, alternatively, by a margin determined at arm's length under the RPM method or by a profit split method on the basis of the contributions of respectively HO and PE.

2. For its analysis the Discussion Draft focuses mainly on the assets used, notably the brand name and the software for which, in all variations except the one in which they are developed and expended by the PE, the profit earned is attributed to the head office being their economic owner. This approach is not consistent with the existing Commentary to the OECD Model Tax Convention (notably paragraph 17.4). The latter Commentary takes the view that the costs of creating intangible rights and legal ownership cannot be attributed to one part of the enterprise so as to justify a notional royalty payable.

The assimilation with the situation of associated enterprises with respect to such internal costs (Article 9) cannot be complete where the dealings are between parts of the same enterprise because there is one legal entity (Article 7).

3. The Discussion Paper does not deal with other forms of electronic commerce, notably the B to B electronic commerce transaction. It is not easy to derive from the e-tailing model the rules of transfer pricing applicable to B to B transactions. For instance, if partners or group companies in several locations work over the intranet on collaborative projects (design of car, advertisement campaign, etc.), a first problem may be to apply the separate transaction analysis, although the OECD Transfer Pricing Guidelines permit aggregation of linked transactions. Another problem is the determination of the profit of the hypothesized separate enterprise. It is clear that the functions of the participants are not those of an ISP. Furthermore, the contributions may have to consider the value of the group's data base being used by the participants as well as the changes in its value in the course of the project except that it may not recognize such changes by hindsight. It may also have to allocate residual profit over all parts of the enterprise. If no CUP is available, a cost plus may be considered to remunerate the contributions plus possibly a holistic allocation of the residual profit resulting from synergistic benefits.

There can also be practical application problems. E-business can be very specialized and vertically integrated across national borders by a myriad of exchanges over the intranet involving the responsible staff members of the many corporations or business units participating in the project. The exchanges are often not recorded or accounted for. How to calculate and document the contributions of each participant? Should the answer be deduced from the internal practices and documents of the enterprise or from a process of external comparison? Where the business is unitary, should it be possible to proceed on the basis of formulary apportionment (contrary to the present Guidelines)?

Third issue: overall policy considerations (awaiting answers)

The focus is no longer on the application and interpretation of existing PE and transfer pricing rules to electronic commerce but rather on the question whether and how existing rules and even principles should be changed and adjusted to the needs of the new economy. A general policy question is: how should the right to tax business profits be shared by the contracting state of residence (head office) and that of source (PE), and specifically, whether and how the definition of PE and the determination of its tax base as they currently appear in Art. 5 and 7 of the OECD Model Tax Convention should be changed in the context of electronic commerce?

This policy issue is raised by the difficulties of applying existing rules which may suggest that the existing rules are no longer appropriate. That relationship explains why so many commentators of the OECD draft clarifications of PE definition raised general policy arguments to justify their reservations. Working Party No 1 maintains the separation of the two issues and noted that the CFA had stated "that the principles which underlie the international norms that it has developed in the area of tax treaties and transfer pricing (through the Model Tax Convention and Transfer Pricing Guidelines) are capable of being applied to electronic commerce". The Working Party therefore considers that it would be inappropriate to suggest that if attribution (of profit to a PE) proves to be difficult, one should go back and decide there is no PE (point 14 of 3 March 2000 draft on PE definition). It points out that the CFA has mandated the TAG on Business Profits "to consider and comment on the following questions: a) whether the concept of PE provides an appropriate threshold for allocating tax revenues between source and residence countries and with respect to the use of tax havens in the context of electronic commerce; b) whether there is need for special rules relating to electronic commerce and whether such rules would be a viable alternative to the existing international norms." For that reason Working Party No 1 concluded that "while it cannot rule out that changes could eventually be made to the existing rules, it will await the report of the TAG before considering any such changes as regards e-commerce" (par. 9). We will, in turn, await the reports of the TAG and of the conclusions of the Working Party before commenting on them.

In the meantime we confine our contribution to a listing of the main considerations and issues in that tax policy debate.

1. The complexities and uncertainties of the interpretation and clarification of the PE implications of website and server, discussed hereinbefore.

2. The mechanistic nature of the solution based on the location and the use of the server. The solution is thus dependent on decisions (own server or ISP server, (re)location within or outside country, moving or fixed place server, adding or deleting a core operation) which are more helpful, as easy to manipulate parameters for the tax planning of enterprises (including risks of “disappearing taxpayers” in Cyberspace, notably tax havens), than as stable connecting factor for maintaining the tax claim of the tax authorities concerned.

3. The shift in the sharing of the tax authority from source state-based taxation effected by this erosion of the PE concept and loss of current tax revenue of the states which are net importers of electronic commerce.

4. The lack of consensus as a result of these many inherent uncertainties and risks of manipulation of the solution but also of different geopolitical and economic interests of the countries involved respectively as net importers and net exporters of electronic commerce. Lack of consensus is likely to give rise to international double taxation and no taxation conflicts.

5. If it would be concluded that the paradigms of PE and arm’s length profit determination are not satisfactory in the new economy, the task becomes no less tricky: which alternative principles, rules and concepts would be deemed appropriate and according to which time framework should they be introduced? In the end, in evaluating any proposed changes or abandonment of the paradigms, the question reformers should ask is: compared to what? Any nexus is going to have flaws and problems of gathering consensus.

34

Which are the main policy options?

1. lowering the threshold of the nexus (from physical PE to virtual PE), thereby broadening the tax base in the source country;

2. formulary apportionment of tax base, e.g. Home State Taxation or Consumption Profit Tax: the tax is calculated over the global profit of the company on its consolidated business with consumers, allocated in proportion to consumption of goods and services between the countries of importation in which the e-business or all business are conducted;

3. reliance on source state withholding (on payments borne by source state/payer to residence state/beneficial owner);

4. bit tax and other alternative taxes related to ICT and therefore supposed to be easier to collect than traditional taxes that do not take into account the characteristics of the new business.

At this stage the alternative tax is only a method of last resort. “No new taxes” is an essential element of the Ottawa framework conditions of taxation of electronic commerce.

L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza^(*)

Prof. **Claudio Sacchetto**
Ordinario di diritto tributario
Università di Torino

Introduzione

Ideale e provocatorio punto di partenza di una indagine storico-economica, nonché positiva, dei principi fondamentali che informano i sistemi fiscali dei paesi industrializzati ci paiono le paradossali conclusioni cui è giunto l'autorevole *The Economist* del 31 maggio 1997: "... in the days gone by, kings used to collect most of their revenue from land taxes (dots) ... how ironic it would be whether the computer age required the post industrial world to go back to pre-industrial tax system?".

35

In estrema sintesi, la ricostruzione di questa perentoria conclusione può fondarsi sulla evoluzione che la struttura politica dei sistemi (politici) contemporanei, tipicamente gli Stati, sta subendo - a causa della progressiva *globalizzazione, dematerializzazione, finanziarizzazione* della ricchezza e dei conseguenti effetti - rispetto ai sistemi fiscali.

In questi termini, si può rilevare, anzitutto, che l'assetto internazionale nato con l'età moderna e fondato sulla catena *Stato - territorio - ricchezza ivi esistente - tassazione* si è progressivamente spezzata.

Ecco perché per molto tempo la dottrina tributaria ha potuto rinvenire il contenuto essenziale del principio di territorialità come criterio di connessione, nella necessità cioè di riscontrare un legame tra la potestà tributaria dello Stato ed un ambito territoriale (in senso stretto, materiale) di sua pertinenza, nel cui ambito spaziale la prima può concretamente estrinsecarsi (1).

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario" organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

(1) Cfr., C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, ad vocem, in "Enc. Dir.", Roma, 313.

Senonché il principio di territorialità non si esaurisce solo in questa definizione perché è strettamente collegato con il modo di intendere lo Stato, con il fondamento della potestà di imposizione e più specificamente sulle prevalenti concezioni finanziarie del momento.

Nel momento in cui le due nozioni cominciano a modificarsi come conseguenza della variazione delle sue componenti strutturali, territorio, popolazione, governo (*rectius*, quando si modifica il modo di intenderle), comincia anche il diverso modo di intendere il principio di territorialità e potremmo anche dire il suo inarrestabile declino.

Un primo fondamentale mutamento strutturale e culturale si opera quando si comincia a pensare che il collegamento con il territorio dello Stato possa essere soggettivo e oggettivo.

Mentre nel secondo caso la manifestazione diretta od indiretta di capacità contributiva viene tassata in quanto essa sia oggettivamente collegata con lo spazio, il territorio dello Stato, nel primo il prelievo si giustifica in funzione del soggetto cui tale manifestazione si riferisce, essendo questa ricondotta in virtù di tale legame nell'ambito territoriale sottoposto alla sovranità di uno Stato. Nel primo caso la sequenza logica e giuridica potestà – bene – capacità contributiva nel secondo caso è potestà – soggetto (cittadino o residente) – capacità contributiva.

36

Nell'ambito dell'imposizione del reddito la giustificazione personale del collegamento è anche servita tradizionalmente a fondare, nel diritto tributario internazionale, la necessità che la misurazione della capacità contributiva del soggetto – contribuente avvenisse nel suo Stato di residenza e giustificare in un secondo momento con l'affermarsi del principio di progressività, tecnicamente possibile solo nel Paese di residenza (*world wide income principle*).

A misura che le forme della ricchezza più significative sono divenute transnazionali, lo Stato ha reagito e si è adeguato, rincorrendo la ricchezza sfuggente al di fuori del proprio territorio, con l'unico strumento disponibile, quello normativo, esasperandolo con l'uso e spesso l'abuso delle fattispecie legali e delle presunzioni.

La legislazione italiana ne è un esempio. Essa nelle norme unilaterali sulla territorialità della imposizione delle diverse forme di reddito è ritmata sul tempo dell'*incipit* come un salmo biblico: «*si considerano prodotti nel territorio dello stato i redditi ecc. ...*». Dove il «*si considerano*» sottolinea il tipico fenomeno della *fictio* giuridica. Ora lo Stato, in astratto può operare come insegna la teoria normativistica di Kelsen sul piano del diritto anche con le finzioni, ma con il rischio che si generi uno scollamento totale tra pretesa normativa statuale e presupposto economico.

La territorialità è divenuta molto spesso, come criterio di collegamento con riguardo ai redditi transnazionali, un mero referente nominale, un

espediente linguistico e di tecnica normativa per riportare nella astratta pretesa della potestà tributaria di uno Stato, materia imponibile avente presupposti soggettivi ed oggettivi di estraneità con il territorio dello Stato

E ciò è stato possibile perché dogmaticamente ancora si giustifica il principio della universalità di ogni ordinamento giuridico statale e quindi l'illimitatezza della potestà normativa statale. Su questi presupposti di natura dogmatica dò per scontata la conoscenza di chi mi ascolta.

Tuttavia anche questi tradizionali presupposti se non sono venuti completamente meno sono ora in discussione. Non solo perché lo Stato non riesce a rendere spesso effettiva la propria pretesa, per l'esistenza del concorrente principio della territorialità cosiddetta formale che impedisce di esercitare la potestà tributaria fuori dai propri confini, ma perché oggi le stesse forme di ricchezza transnazionali si "delocalizzano" nello spazio secondo logiche di investimento che prescindono dal territorio in cui risiede l'investitore.

Se veniamo ai nostri giorni – e questo è il secondo fenomeno dirompente –, la *dematerializzazione* delle forme di ricchezza, citiamo per tutte l'*e-commerce* (2), libera la ricchezza dai vincoli territoriali (che consentivano allo Stato-nazione, attraverso il controllo del territorio anche il controllo della ricchezza fisicamente contenuta o comunque individuata nello stesso).

In questo nuovo contesto gli strumenti sinora applicati della imposizione personale e progressiva stanno di fatto, come evidenzia da tempo una autorevole dottrina, producendo effetti opposti di sostanziale regressività rispetto a quelli astrattamente ideali.

La parte più "affluente", più sofisticata e più volatile della ricchezza può infatti "migrare" fuori dal dominio territoriale statale mentre l'altra parte, la parte più povera e meno sofisticata, resta sul territorio e ... rischia di essere l'unica a sostenere l'onere della tassazione "progressiva". Per non dire la tassazione *tout court*.

Ma non è solo sotto il profilo della *equity* che si fanno sentire gli effetti negativi. Questi si avvertono anche sotto il profilo della neutralità e della efficienza dell'intero assetto della economia internazionale.

1. Definizione, contenuto ed evoluzione del principio di territorialità

A) Il metodo giuridico

Fatto questo necessariamente breve *flash* sul tema dell'indagine vediamo di approfondirne qualche aspetto, partendo proprio da come na-

(2) Si veda sul punto proprio L. HINNEKENS, *Looking for an appropriate jurisdictional framework for source-State taxation of international electronic commerce in the twenty-first Century*, in *Intertax*, 6-7, 1998, 192 ss..

sce e si evolve il principio di territorialità perché è a questo che si riconducono pure i principi della residenza e quello della tassazione mondiale. Anche in questo paragrafo le considerazioni sono propedeutiche alle valutazioni successive che non si possono correttamente intendere senza una condivisione di queste premesse dogmatiche.

Dovendo e volendo per necessità schematizzare si può dire che due sono stati gli approcci al problema della territorialità della imposizione: uno di taglio giuridico e a fondamento giuspositivo, normativista, espresso prevalentemente negli ultimi 50 anni dalla dottrina tedesca e uno di taglio economicistico, espresso (a parte la figura per molti aspetti singolare di Benvenuto Griziotti) dalla cultura di scienza delle finanze americana.

Nelle elaborazioni della dottrina di impostazione giuridica ci si riferisce alla territorialità quale criterio giuridico per la determinazione dei fatti che lo Stato può assumere quali presupposti – materiali e soggettivi – di propri tributi. Il principio è esaminato quindi di norma per il suo aspetto materiale (3).

La dottrina tributaria agli inizi di secolo e soprattutto di elaborazione tedesca, ha potuto rinvenire il contenuto del principio di territorialità – come si è rilevato più sopra – nella necessità di riscontrare un legame o meglio un criterio razionale tra la potestà tributaria ed un ambito territoriale di sua pertinenza, nel cui ambito spaziale la potestà tributaria può concretamente estrinsecarsi. Nella impostazione primitiva dello Spitaler, essa ha carattere territoriale in senso stretto come *Gebietshoheit* e personale come *Personhalhoheit* per i soggetti che l'ordinamento tributario configura come appartenenti alla comunità statale (4).

In questa prima accezione teorica, il principio di territorialità finiva per condizionare l'esercizio in concreto della potestà tributaria perché gli Stati si ritenevano autorizzati a colpire quelle fattispecie che esaurivano i loro elementi nel presupposto, oggettivo e soggettivo, dello spazio del territorio dello Stato.

Sempre autorevole dottrina internazionalistica tributaria tedesca (5) faceva notare che occorre distinguere tra "*räumlichen Zuständigkeit*"

(3) Cfr., in questo senso, G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in "Dir. Prat. Trib.", I, 1965, ora anche in *Opere minori di diritto tributario*, Vol. II, Milano, 1982, 42 ss.; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1998, 164 ss.; C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, cit., 304 ss..

(4) D. SPITALER, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Bad Reichenberg, 1936, 84.

(5) C. VERDROSS, *Völkerrecht*, Vienna, 1959, 178.

(ambito spaziale di competenza) e "räumlichen Geltungsbereich" (ambito spaziale di validità) (6), per distinguere cioè:

a) **un principio di territorialità in senso materiale**: ricerca dei limiti interni (oggi di rilevante importanza quelli costituzionali) ed internazionali alla potestà normativa tributaria statale nel collegamento di obblighi, obbligazioni e doveri a presupposti aventi elementi oggettivi e soggettivi di estraneità con il proprio territorio; e qui non vi sarebbero in sostanza principi di diritto internazionale limitativi ma eventualmente solo quelli interni di natura costituzionale;

b) **un principio di territorialità in senso formale**: esistenza di limiti interni ed internazionali all'attuazione (*Durchführung*) alla potestà di imposizione statale al di fuori dell'ambito territoriale dello Stato [cfr., C. Sacchetto, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978, 57]. Qui vale il principio di diritto internazionale costituzionale che inibisce l'esercizio o l'attuazione della potestà tributaria al di fuori del territorio del proprio ordinamento (7).

Tralascio altre distinzioni pure fondamentali per le quali rinvio all'opera fondamentale di K. Vogel, *Der raumliche Anwendungsbereich des Verwaltungsrechtsnormen*, Francoforte/Berlino, 1965, *passim*.

Nell'ambito della cosiddetta territorialità materiale, importanza fondamentale assume la cosiddetta teoria della localizzazione non sempre distinta con chiarezza, alla cui importanza non si segnalerà mai abbastanza nello studio del diritto tributario internazionale perché riguarda la funzione degli elementi di connessione (*Anknüpfungs*) i quali hanno la funzione in concreto di collegare un fatto o una persona con un determinato ordinamento giuridico. Come ha ben chiarito Xavier (*Direito tributario internacional do Brasil*, San Paolo, 1998, "O elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a «localização» de uma situação de vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação") - e traducendo quasi alla lettera si intende che il loro effetto ti-

(6) Per la dottrina italiana, si veda G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, 68, per quella straniera, A. BÜHLER, *Internationales Steuerrecht (ISr) und Internationales Privatrecht (IPR)*, Amsterdam, 1960, 163.

(7) Questa distinzione è da ascrivere a H. HERZFELD, *Probleme des internationalen steuerrecht unter besonderer berücksichtigung des territorialität-problems und des qualifications problems*, in "Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht", Berlino, 1932, 441 ss., ripresa dalla dottrina italiana, G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965; G.A. MICHELI, *Problemi attuali di (...)*, op. cit., 47; SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, cit., 305.

pico è quello di determinare l'ambito di applicazione delle leggi dell'ordinamento di cui fanno parte, a una determinata situazione di vita.

Questo in astratto ed in termini di dogmatica giuridica. In concreto quanto alla necessità che gli Stati nella tassazione delle fattispecie transnazionali, si attengano ad un uso stretto e *ragionevole* dei criteri di connessione è stato ribadito in modo esemplare dal Bundesverfassungsgericht del 1983 in merito alla potestà impositiva statale e che vale la pena di citare: "*The imposition of taxes upon a foreigner living abroad, which is found upon a set of facts wholly or partly implemented abroad requires sufficiently appropriate points of contact for taxation by the taxing State to prevent interference, contrary to public international law, with the foreign State's claim to sovereignty. These points of contact and their factual closeness must, from the point of view of public international law, satisfy a minimum of reasonableness. This requirement constitutes ... a restriction of its international legislative jurisdiction. The legal possibility of imposing taxes upon foreigners is subject to clear limits by the necessity of contact ...*" [BverfG 170/1983].

Riprendiamo il nostro percorso dicendo che i criteri di connessione possono essere oggettivi (es. luogo di produzione del reddito) o soggettivi (es. residenza ecc.).

Schematizzando molto questi criteri di collegamento si riportano alla nota contrapposizione tra principio della fonte (*Source principle o Quelleprinzip*) che viene molto spesso identificato o etichettato *tout court* come criterio di territorialità mentre io assegnerai il termine, come dirò tra breve, ad un altro ordine di fenomeni, e principio della residenza (*Residence principle o Wohnsitzprinzip*) (8).

Diverso concettualmente e logicamente successivo è il problema, di quale debba essere l'estensione del potere dello Stato competente, di tassare le fattispecie ad esso attribuite a seguito della preventiva applicazione del criterio di connessione. I tedeschi hanno infatti usato il termine *Umfang* per indicare l'estensione, l'entità ecc. da quello di connessione *Anknüpfungspunkt*.

È su questa seconda fase della problematica che si apre la dicotomia ormai classica tra tassazione delle fattispecie ritenute collegate secondo il principio del *World Wide Principle* o della *Universalità* o solo per i redditi prodotti nel territorio dello Stato: *Principio di Territorialità*.

Quindi la dicotomia Fonte \leftrightarrow Residenza ha riguardo al fondamento alla legittimità del potere di imposizione.

La dicotomia Universalità \leftrightarrow Territorialità ha riguardo alla esten-

(8) Si veda sul punto J.A. MÖSSNER, *Steuerrecht international tatiger Unternehmen*, Colonia, 1992, 42.

sione, alla ampiezza del potere di imporre i redditi derivanti da fattispecie transnazionali.

Per questo aspetto valgono meno i condizionamenti di tipo esterno, internazionale, economico e più quelli interni di natura costituzionale, quelli connessi con l'idea, come sopra detto, di quale sia il fondamento dello Stato, della sua funzione e della connessa funzione dell'attività impositiva, del grado di concorso al sostenimento delle spese pubbliche dei soggetti passivi ecc. considerazioni e concetti tutti riassumibili nella cosiddetta equità interna. Quindi concettualmente residenza e universalità non sono biunivoci. Solo storicamente, nella attuale esperienza e per ragioni politiche si rendono automatici ma – si ripete – non in linea teorica.

In altri termini il criterio della connessione della residenza può convivere sia con la modalità di tassazione della universalità sia con quello della territorialità.

Controprova: vi sono Stati che tassano i redditi che ad esso sono attribuiti secondo il principio di residenza, altri in base al principio territoriale vale a dire se sono prodotti nel territorio dello Stato: vedi Francia o Portogallo per la tassazione delle società.

Gli Stati possono diversamente tassare anche i non residenti con il metodo complessivo o della tassazione mondiale: esempi si sono dati storicamente nella legislazione americana.

A questi criteri interni si aggiunge, in alcuni Stati, il principio della progressività per le persone fisiche: es. Italia o Francia ecc..

B) *Il metodo economico*

Non si comprenderebbero le soluzioni storicamente e positivamente via via adottate nel tempo dagli Stati per regolare i due aspetti della territorialità sopra accennati, se non si tenesse conto anche dell'approccio economico/finanziario (*economic and political allegiance*) che, in questa materia, ha esercitato un ruolo determinante sui legislatori nazionali anche se, nella impostazione normativistica e quindi rigidamente formalistica degli stati di *civil law*, questo tipo di argomentazioni sono considerate come meno rigorose dal punto di vista tecnico-dogmatico quanto meno quando non vengono assunte, come nel caso italiano, nella previsione di norme di rango costituzionale (9).

Secondo l'approccio economico il problema della coordinazione di più sistemi fiscali in un quadro di mobilità del lavoro e del capitale, ol-

(9) Nella prospettiva della dottrina economico-finanziaria per una recente rivisitazione di questi concetti si rinvia al recente volume di R.J. JEFFREY, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation*, L'Aia - Londra - Boston, 1999, 3-12.

tre che dei beni, determina sinteticamente tre problemi di fondo:

1) la risoluzione del problema attinente al perseguimento della neutralità od efficienza fiscale [*international tax neutrality/efficiency*];

2) la risoluzione del problema attinente al trattamento tributario da accordare ai contribuenti – soggetti alla potestà impositiva di più Stati [*international tax equity*];

3) la ripartizione del gettito erariale tra più Stati [*inter-country o international equity*].

Una revisione critica approfondita di questi concetti è stata operata recentemente da enti governativi nordamericani (10) in previsione di una modifica strategica della normativa CFC (11). Vediamoli separatamente.

1. Un sistema di imposizione del reddito transnazionale può considerarsi efficiente (o neutrale) se le decisioni relative agli investimenti produttivi non sono influenzate dalle differenze di trattamento fiscale nelle varie giurisdizioni fiscali.

Siffatto obiettivo sarebbe raggiunto automaticamente, secondo autorevoli analisi di tipo economico-finanziario, se l'imposizione in tutte le giurisdizioni fiscali operasse in base al cosiddetto "**principio del beneficio**" in modo puro.

Il principio del beneficio è sempre stato l'unico criterio che ha presieduto e presiede alla ripartizione delle potestà di imposizione ai fini quanto meno della soluzione della doppia imposizione fiscale internazionale.

È però da rilevare che la stessa scienza economica non è riuscita ad elaborare criteri univoci per la determinazione dei benefici goduti dal contribuente in seguito all'imposizione del reddito.

Il principio della **neutralità interna** prevede che ai soggetti che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere accordato lo stesso trattamento tributario che è accordato ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro lo Stato di residenza [*capital export neutrality*].

Il principio della **neutralità esterna** prevede che ai soggetti residenti che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere ri-

(10) Nella dottrina americana fondamentali sono gli studi di: R. MUSGRAVE, *Effects of business taxes upon international commodity flows*, in R. MUSGRAVE (a cura di), *The roles of direct and indirect taxes in the federal revenue system*, Princeton, 1964, 239 e 248. Senza nulla togliere agli studiosi americani mi piace ricordare che già il nostro Griziotti, della scuola pavese, nel 1926 aveva configurato alcuni aspetti di questa impostazione. Sul punto Cfr. B. GRIZIOTTI, *L'imposizione fiscale des étrangers*, Parigi, 1926, 18, 34, 67.

(11) Cfr. *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations. A Policy Study*. Office of Tax Policy Department of the Treasury December 2000.

conosciuto lo stesso trattamento tributario stabilito dallo Stato entro il quale tale reddito è prodotto ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro quel Paese [*capital import neutrality*] (12).

2 - Mentre la neutralità fiscale attiene all'eguaglianza globale del trattamento fiscale tra diverse categorie di soggetti e ha come obiettivo quello della efficienza del sistema fiscale nel suo complesso, la "**equità fiscale**" [*tax equity*] riguarda invece la intrinseca giustizia del trattamento fiscale di un soggetto nei riguardi di altri soggetti con riferimento a singole fattispecie di imposizione concrete.

Questo criterio corrisponde ad un duplice ordine di prescrizioni per le quali:

a) soggetti in situazioni differenti devono essere trattati in maniera differente (*vertical equity*);

b) soggetti in situazioni eguali devono essere trattati in maniera uguale (*horizontal equity*).

Ai già noti problemi che la eguaglianza di trattamento tributario (giustizia fiscale) impone su di un piano esclusivamente interno, la problematica sul piano internazionale aggiunge il problema del cosiddetto *tertium comparationis* vale a dire con quale soggetto deve essere comparato il contribuente che produce reddito (anche) all'estero.

3. Il problema della cosiddetto *inter-country equity* o *inter-national equity* riguarda la ripartizione del gettito tra gli Stati esportatori di capitale (paesi sviluppati - paese di residenza/*Residence principle*) e gli Stati importatori di capitale (di norma paesi in via di sviluppo) - paesi della fonte (*source principle*).

2. Dal principio di territorialità al principio di residenza. Il superamento di entrambi nel diritto positivo

E' noto che fu attorno a quale di questi due principi, fonte o residenza, che si pose la questione quale dovesse avere la prevalenza, e di conseguenza di come dovessero essere formulate le leggi fiscali interne aventi riguardo a fattispecie internazionali.

La dottrina economico-finanziaria ha elaborato nel tempo **vari criteri** per affrontare l'ipotesi della ripartizione del gettito tra Stati nelle ipotesi in cui si verificano fattispecie di imposizione aventi rilevanza transnazionale.

La dialettica tra personalità (residenza) e territorialità (fonte) si è

(12) La distinzione si trova nell'opera di MUSGRAVE sopra citata.

espressa nel fondamentale quesito se il tributo dovesse essere prelevato dallo Stato nel quale il reddito aveva la propria "origine" o "fonte", o se invece nello Stato in cui il percettore di quel reddito aveva la propria residenza (13).

In termini di *teoria del beneficio*, la questione attiene alla ripartizione della potestà impositiva primaria: allo Stato nel quale si registra il "beneficio" per il contribuente oppure allo Stato nel quale sono riconducibili gli elementi soggettivistici e personali indicatori della globale capacità contributiva del soggetto percettore del reddito.

Come si è accennato sopra, in sede di trattazione della neutralità fiscale internazionale, il principio della tassazione in base al beneficio costituisce, in linea teorica, la soluzione al problema della ripartizione del reddito transnazionale, anche da un punto di vista di efficienza nella allocazione delle risorse intesa come neutralità delle decisioni economiche rispetto al fattore fiscale.

In un sistema fondato sul principio del beneficio effettivo ogni giurisdizione fiscale preleverebbe il tributo in base ai servizi da essa forniti, sia in via diretta che in via indiretta, per la produzione del reddito (14).

Nell'ipotesi in cui lo Stato della residenza esporti capitale produttivo in eccesso in uno Stato B, (Stato cosiddetto della fonte) che per contro difetta di capitale produttivo, si è argomentato (15) che è legittimo che lo Stato importatore di capitale, che fornisce il lavoro e le risorse naturali per il processo produttivo, reclami in forma impositiva la corresponsione di una "rendita" sul reddito prodotto dal capitale straniero. Il livello di tale rendita fiscale sarebbe rapportato ai fattori produttivi forniti dallo Stato entro il quale l'investimento è stato effettuato.

Nella sua applicazione pura o più ristretta il Principio di territorialità materiale, comporterebbe la tassazione esclusiva nel paese della fonte e lo Stato della residenza sarebbe obbligato a esentare tali redditi. Nes-

(13) La discussione su questa dicotomia è ben evidenziata da uno dei massimi studiosi del problema il A. SELIGMAN, *Double taxation and international fiscal cooperation*, New York, 1928, 86 e in epoca successiva da K. VOGEL, *World-wide or source taxation of income*, in "Rass. Trib.", 1988, I, 259. Si veda però già l'analisi del collegamento personale del soggetto al territorio sviluppata da B. GRIZIOTTI, *Divergenti casi di interessi passivi pagati a banche estere*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1937, II, 80 che parla di appartenenza "politica", "sociale", "economica" e "complessa".

(14) Cfr. A. BIEHL, *Towards a general theory of taxing international transactions - A taxonomy of international taxation principles*, in "Public Finance", 1982, 188.

(15) Cfr. D. RICHMAN, *Taxation of foreign investment income, An economic analysis*, Baltimora, 1963, 59.

suno oggi infatti metterebbe in discussione il diritto dello Stato della fonte di tassare i redditi o i capitali prodotti nel proprio territorio per evidenti ragioni connesse allo stretto collegamento tra il territorio e la fonte produttiva del reddito.

Anche nelle versioni formalizzate di stampo germanico e accolte dalla dottrina italiana, anche prima della entrata in vigore delle norme costituzionali, il principio di territorialità pura dell'imposizione derivava dal concetto più generale di sovranità che è territorialmente limitata: se lo Stato – si sosteneva – può esercitare la propria sovranità generale entro un determinato territorio, ciò vale anche per quanto riguarda la potestà di imposizione, di talché anch'essa risulta territorialmente delimitata (16). Recependo l'impostazione dello Spitaler, (17), la potestà tributaria ha carattere territoriale in senso stretto come *Gebietshoheit* e personale come *Personhalhoheit* per i soggetti che invece l'ordinamento tributario configura come appartenenti alla comunità statale.

In questa accezione, il principio di territorialità condiziona l'esercizio della potestà tributaria nel senso – sviluppato da Xavier (18) – di individuare gli elementi a fondamento dei quali lo Stato (gli Stati) ha il potere di tassare (definiti dalla dottrina tedesca *Anknüpfungspunkt*) (19). In questo ordine di idee, il territorio non è assunto quale elemento costitutivo della sovranità, ma quale limite all'esplicarsi della stessa.

In secondo luogo, in questa accezione il principio è configurato come conseguenza diretta della *realità dei tributi* negli ordinamenti esistenti alla fine dell'ottocento, fino agli albori del nostro secolo (in questo senso si giustifica la dizione nel titolo di principio *positivo*).

Questo principio "puro" di territorialità non teneva in alcun modo in considerazione il collegamento personale tra il soggetto passivo ed il territorio dello Stato, a nulla importando sul piano materiale la distinzione tra soggetti residenti e soggetti non residenti (rilevante, diversamente, sotto il profilo formale per la riconduzione ai non residenti di obblighi formali connessi all'obbligazione tributaria distinti dai soggetti re-

(16) Cfr., per tutti, V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 110-113.

(17) A. SPITALER, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei*, cit., 84.

(18) A. XAVIER, *Dereito tributario internacional do Brasil*, San Paolo, 1997.

(19) Cfr. anche J. M. MOSSNER, *Steuerrecht international tätiger (...)*, cit., 92 ss..

sidenti), posto che la imponibilità dei redditi era giustificata e determinata dalla mera localizzazione dei beni produttivi (20). Sappiamo che questo schema non è sempre stato e non è ancora oggi seguito in modo coerente dagli Stati nelle loro legislazioni interne. E' invece prevalente l'opposto principio, salvo le correzioni di cui si dirà subito, della tassazione del paese di residenza.

Infatti mentre con riferimento a tributi indiretti o a tributi a carattere reale il principio del beneficio (bisognerebbe dire *pour cause*) ebbe la prevalenza, per quanto riguarda, invece le imposte dirette venne in rilievo il cosiddetto principio di "economic allegiance", che nella sua originaria formulazione era inteso come il luogo nel quale si trovavano gli "interessi effettivi" dell'individuo nelle diverse fasi di formazione della ricchezza (21).

Oggi si riconducono a 5 le ragioni fondamentali della scelta del principio di residenza:

- il rispetto del principio di **eguaglianza** interno;
- il rispetto, che ha in molti Stati fondamento costituzionale, del principio di **progressività** (ad es. Italia).

E proprio tali due principi, sui quali si ispira in linea di massima la tassazione del reddito, senza distinzione di origine e frontiere, portano in linea diretta alla tassazione complessiva del contribuente e pertanto al principio del reddito mondiale (*World-Wide income*) (22).

Le altre ragioni sono nel senso che la **protezione** dei fattori produttivi è offerta anche dal paese di residenza per i redditi in partenza e rimessi;

- il rischio di **evasione**, se i redditi per i capitali esportati non sono tassati nello stato della fonte;
- ragioni infine di **natura politica/economica**: perdita di entrate per lo stato esportatore;
- incentivo per i capitali residenti **ad allocarsi all'estero**.

Nell'ipotesi base dello Stato A della residenza che esporta capitale nello Stato B della fonte, in assenza di imposizione in quest'ultimo, il reddito derivante dall'investimento affluisce nello Stato A di residenza degli investitori e costituisce un "national gain" per lo Stato A di residenza. Se invece lo Stato B della fonte impone un tributo sul reddito ivi prodotto,

(20) Cfr. art. 2 del T.U. 24 agosto 1877, n. 4021, e le considerazioni di B. GRIZIOTTI, *Divergenti casi di interessi passivi pagati a banche estere*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1937, II, 80.

(21) A. SELIGMAN, *Double taxation and (...)*, op. cit., 111 ss..

(22) Cfr.: C. SCHULZE, W. BRACHMANN, *Totalitäts-oder Territorialratsprinzip?*, in "Steuer und Wirtschaft", 1964, 589.

il "national gain" spettante allo Stato A della residenza è diminuito in misura corrispondente al prelievo effettuato dallo Stato B della fonte (23).

Già il Rapporto sulla Doppia Tassazione predisposto nel 1925 per la Società delle Nazioni contribuì in maniera determinante ad una più precisa e completa definizione del concetto di *economic alligiance*. Ci si riferisce al rapporto tra fonte e residenza nei termini correlativi di dialettica tra tassazione in base al beneficio e tassazione in base alla capacità contributiva, tra territorialità e personalità della legge. Il Gruppo della S.N. concluse che "la soluzione ideale è che il reddito globale dell'individuo sia sottoposto a tassazione, ma soltanto una volta, e che la base imponibile sia ripartita nelle varie giurisdizioni fiscali in conformità agli interessi da esso esercitati in ciascuna" coniugando elementi personali (residenza fiscale) e reali (luogo di effettiva produzione del reddito).

Gli argomenti posti dall'una e dall'altra impostazione sono da tempo riconosciuti come fondati da entrambe le parti. Le divergenze oggi riguardano l'intensità di applicazione dell'uno e dell'altro criterio.

Ecco perché ha finito per prevalere un terzo approccio, che rappresenta una composizione dei rapporti del principio della residenza e del principio della fonte (24).

Per completezza va detto che non sono mancate anche altre alternative alla composizione come l'adozione del principio della "tipizzazione" integrato a volte dal principio del "libero accordo integrale" (25).

Paesi infatti che pure adottano il principio della residenza, apportano correttivi significativi alla absolutezza del principio (credito di imposta per i redditi prodotti all'estero, tassazione solo territoriale per i non residenti, tassazione territoriale per le società, ecc.). Per contro sono tassati con ritenute nello Stato della fonte i redditi pagati o corrisposti a soggetti non residenti come le *royalties* e gli interessi. I Paesi che hanno sostenuto l'applicazione del principio della territorialità pura (26) come

(23) H. KLUGE, *Das Deutsche Internationale Steuerrecht*, 1992, Munchen, 45 ss., M. PIRES, *Da dupla tributacao juridica internacional al sobre o rendimento*, Lisbona, 1984, 237 ss..

(24) A. SELIGMAN, *Double taxation and (...)*, op. cit., 88-113 e R. MUSGRAVE, P. MUSGRAVE, *Internation equity*, in Bird e Head (a cura di), *Modern fiscal issues. Essays in honor of C.S. Shoup*, Toronto, 1972, 130 ss..

(25) FLICK, *Volgerungen*, cit. p. 96.

(26) A. VALDES COSTA, *La experiencia latinoamericana en la imposicion internacional*, in *Estudios de derecho tributario latinoamericano*, Montevideo, 1982, 283 e Id., *Istituciones de derecho tributario*, Buenos Aires, 1992, 27; si veda anche la International Chamber of Commerce, *Avoidance of double taxation. Exemption versus tax credit method*, Resolution of ICC and Report of Commission Taxation, London, 1955.

i Paesi centro e sud americani oggi si sono avvicinati al sistema misto (27).

In dottrina inoltre è opinione comune che il sistema di imposizione personale esprima “*uno sviluppo del sistema impositivo*” dello stesso sistema su base territoriale (28). Non sono in grado di esprimere un giudizio fondato su questa affermazione. Ciò che posso constatare è che col tempo è risultato più chiaro che mentre da un punto di vista economico il principio della tassazione in base alla fonte del reddito (cioè in ragione della localizzazione delle attività produttive di reddito) attiene direttamente alle questioni di *intercountry equity*, cioè ai problemi di ripartizione del gettito tra diversi Stati dotati di potestà impositiva originaria, il principio della tassazione in base alla residenza non attiene, invece, solo alla ripartizione del gettito tra Stati, in quanto non inerisce alla spettanza, allo Stato esportatore di capitali, del “*national gain*” derivante dall’investimento estero, ma riguarda la ripartizione tra contribuenti ed erario.

Detto altrimenti lo Stato di residenza, indipendentemente dal metodo utilizzato per l’eliminazione della doppia imposizione, ripartisce la perdita nazionale della mancata imposizione, pari al tributo prelevato dallo Stato della fonte, tra erario e contribuente.

Altrimenti detto il criterio della tassazione globale in base al collegamento personale non attiene alla ripartizione del gettito tra Stati, bensì si risolve nella unilaterale asserzione di una pretesa dello Stato, a cui è estraneo qualunque criterio di ripartizione tra Stati.

Quali i fattori economico-sociali che **hanno provocato** tale significativa evoluzione e la affermazione della tassazione mondiale? Sono molteplici ma come detto all’inizio si possono identificare:

1 - nella progressiva **internazionalizzazione dell’attività economica**: la quota di reddito prodotto all’estero rispetto a quella prodotta entro il territorio nazionale aumenta considerevolmente a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale (29).

2 - la creazione – con le costituzioni emanate dopo la Seconda Guerra Mondiale – **dello Stato sociale**: costante necessità di recuperare risorse monetarie per soddisfare le esigenze di tutela e di promozione delle categorie più deboli nonché del progressivo intervento dello Stato nell’eco-

(27) Cfr., CIAT, *Documento su Imposte sul reddito nei paesi dell’america centrale e meridionale*, down laoded da OECD.

(28) Cfr. G. PERSKY, *Conflicts between source and residence-based taxation*, in “Tax Notes International”, 1981, 344.

(29) INTERNATIONAL MONETARY FUND, *World Economic Outlook*, Washington, 1992.

nomia (30). È in questa ottica, ad esempio (ma il tema sarà oggetto di approfondimento più avanti) che l'obbligo tributario è qualificato nella Costituzione italiana quale "dovere inderogabile" ex artt. 2 e 53 Cost..

3. Critiche e crisi del principio di residenza e del *world wide principle*

La disputa sulla preferenza tra *world wide principle* e il principio della territorialità è sorta sin dal momento del loro stesso affermarsi. Il fondamento dei due principi, nella più antica e primitiva prospettiva giuridico formale, può essere identificato nelle tesi di due autori tedeschi già alla fine del XIX secolo, Adolph Wagner e Georg von Schanz (31).

Per Wagner, la tassazione in ragione del *world wide principle* è conseguenza diretta del presupposto che l'imposizione deve essere generale, ovvero che l'imposizione (diretta) deve "coprire" egualmente tutte le fattispecie reddituali (32). La sua posizione, osserva acutamente il Vogel, è (anche) conseguenza del particolare clima politico: isolazionismo ed egoismo nazionale (politica autarchica) che attribuiva alla doppia imposizione un significato, se non proprio positivo, quantomeno neutro.

Von Schanz, diversamente, rigetta l'idea della residenza quale criterio base nella determinazione dell'obbligo tributario, al pari della nazionalità e della presenza fisica all'interno di un dato ordinamento giuridico: questi criteri importano (e conseguentemente conducono) ad una imposizione di soggetti che non ricevono benefici (o che ricevono benefici solo parzialmente) dalla attività statale. Solo un principio, se correttamente applicato, consente di evitare siffatti problemi: l'imposizione in ragione della *Wirtschaftliche Zugehörigkeit* (termine che non coincide con il più coinvolgente "*economic allegiance*") qui da intendere in senso oggettivo, materiale. Se un soggetto conduce la propria attività economica oltre che nello Stato di residenza anche in un altro Stato, per Von Schanz è nello Stato della fonte la "*allegiance*" di tale atti-

41

(30) E. GERELLI, *Il fantasma della globalizzazione e la realtà dei sistemi tributari negli anni 2000*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1997, 449.

(31) Cfr. K. VOGEL, *World-wide or source taxation of income*, in "Rass. Trib.", 1988, 259, a 260-261 e G. MARINO, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, 843, in "Studi in onore di Victor Uckmar", Padova, 1997.

(32) A. WAGNER, *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebühren - und allgemeine Steuerlehre*, Berlino, 1880, 296.

vità (ovvero lo Stato della fonte ha più importanza nella imposizione di tale attività economica) mentre allo Stato di residenza, cui il contribuente è legato attraverso il consumo, spetta comunque una limitata competenza fiscale, "nella misura di un quarto" (sic) dell'attività complessivamente prodotta (33).

La dottrina più recente – non dimentichiamo la strenua difesa soprattutto della scuola latino-americana – (34), ha largamente approfondito l'applicazione del principio di territorialità quale criterio per la tassazione del reddito transnazionale sulla base di elementi e presupposti di natura (esclusivamente) economica: neutralità dell'imposizione internazionale del reddito ed equità.

Poiché tali considerazioni sono state riprese – sebbene solo in parte – da Klaus Vogel, se ne ripropongono gli aspetti più significativi perché questo Autore ha dato uno dei contributi massimi, forse epocali, alla materia del diritto tributario internazionale.

(1) La prima critica è rivolta alla duplicazione del concetto di neutralità fiscale. Vogel osserva che l'idea-base di neutralità consiste nell'eliminazione di elementi esterni, quali l'imposizione, nelle scelte che attengono al processo economico.

Il passaggio ulteriore è, quindi, per usare la sue stesse parole "*if this interpretation is correct, how can the concept of neutrality be divided? (...) In other words, export as well as import neutrality only stand for the absence of particular influences, they are not neutrality properly speaking*" (35).

In questo senso, l'imposizione secondo il principio di territorialità non provoca distorsioni economiche, poiché le singole attività economiche sono poste in concorrenza alle condizioni di un unico ordinamento giuridico sovrano: quello della fonte.

Occorre inoltre partire da un approccio più generale. Si deve, anzitutto, ricercare la *ratio* dell'imposizione. Vogel si rimette, citando Buchanan (36), alla teoria del beneficio, in particolare al punto in cui la

(33) Cfr. G. VON SCHANZ, *Zur Frage der Steuerpflicht*, in "Finanzarchiv", 1882, 9.

(34) Cfr., per tutti GIULIANI FONROUGE, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, 1976, 333;

(35) Cfr. VOGEL, *World-wide or ...*, op. cit., 262. A conferma di queste deduzioni egli porta N. TURE, *Taxing foreign source income*, in "U.S. Taxation of foreign business abroad", New York, 1975, 38-39, che ha elaborato il concetto di neutralità fiscale a livello internazionale "*neither country will attempt to use its fiscal powers to change relative prices in the other country, any more than it would in the absence of taxes*".

(36) A. BUCHANAN, *Fiscal theory and political economy. Selected Essays*, New York, 1960, 12 ss.

tassazione si giustifica in ragione dell'insieme dei servizi che lo Stato rende all'attività economica di riferimento. In questo senso, assumono maggiore rilevanza – sempre secondo l'autore citato – qualitativa e quantitativa, i servizi resi dallo Stato della fonte rispetto a quelli di residenza. Si tratta di una affermazione sicuramente vera se si guarda alla realtà ma ci permettiamo di osservare non in modo assoluto. Intendiamo evidenziare che non è escluso che alcuni servizi siano pure prestati dallo Stato di residenza a favore dell'investitore sia quando investe sia durante l'investimento nel Paese della fonte.

2) Quanto al secondo degli elementi indicati – quello dell'equità – bisogna distinguere tra: equità individuale ed equità internazionale. Non può darsi comparazione tra il reddito prodotto all'estero con il reddito prodotto nel Paese di residenza fino a quando il primo non è interamente rimpatriato al fine del consumo o di investimento.

Un'ultima considerazione di natura non teorica ma estremamente pragmatica ed empirica, a favore del principio di territorialità, emerge tra le righe del Vogel, e in modo più evidente nella monografia sulla residenza di Giuseppe Marino (37). Ove si fa notare che tutti i Paesi che accolgono il principio del *world wide* quale principio informatore dell'imposizione del reddito transnazionale, introducono altresì numerose deroghe al principio stesso in senso territoriale. Si veda ad esempio da ultimo, nella legislazione italiana, l'art. 2, comma 1, lett. a), n. 1), D.Lgs. 21 luglio 1999, n. 259, che esclude dall'imposizione in Italia gli interessi e altri proventi corrisposti da soggetti residenti o stabili organizzazioni in Italia a soggetti non residenti [art. 20, comma 1, lett. b), Tuir].

Per altri autori (38), diversi, almeno in parte, sono i fattori che giustificano il diverso trattamento del reddito prodotto all'estero rispetto a quello prodotto nel Paese di residenza, e cioè ragioni di carattere pratico. Tali fattori sono:

a) il rischio dell'investimento: l'investimento di capitale al di fuori del territorio comporterebbe un margine di rischio più elevato rispetto alle attività condotte a livello nazionale;

b) la competitività internazionale: deriva dalla necessità di far sì che sia assicurato, alle imprese che operano sul mercato estero, almeno lo stesso trattamento fiscale cui sono sottoposte le imprese locali o quelle

(37) Cfr. G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.

(38) Cfr. G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in "Dir. Prat. Trib." I, 1981, 1134 anche se non mi sembra prospetti un ritorno al principio di territorialità dell'imposizione in senso puro.

di altri Paesi operanti sullo stesso mercato ed evitare, quindi, che lo strumento fiscale costituisca elemento di distorsione della concorrenza sul piano meramente economico;

c) neutralità fiscale: la scelta dell'imprenditore non dovrebbe essere influenzata dal fattore fiscale.

4. Il principio di territorialità nell'ordinamento giuridico nazionale

Quali le conseguenze di questi rilievi avendo come riferimento l'ordinamento costituzionale tributario italiano? I problemi maggiori in evidenza si pongono in relazione agli artt. 53, 2 e 3 della Costituzione nella interpretazione che ne dà la dottrina dominante e la giurisprudenza costituzionale.

A seguito della entrata in vigore della Costituzione sono mutati alcuni fondamentali presupposti ideologici e finanziari sui quali si fondava l'attività di imposizione, come quello di sovranità e l'esercizio del potere legislativo è ora vincolato a regole costituzionali ben precise (39).

Il legislatore costituente ha consapevolmente preso atto con grande preveggenza dei mutamenti socio-economici che si sarebbero verificati e così statuì prima di tutto all'art. 53 che "**Tutti sono tenuti a contribuire alle spese pubbliche...**" non solo i cittadini (criterio precedente) ma i residenti cittadini e stranieri in quanto residenti, in ragione dei vantaggi che ricevono in quanto appunto presenti, *residenti*, nello Stato. Il criterio di omogeneità è dato dalla residenza talché per gli stranieri residenti il concorso se persone fisiche è secondo al principio della progressività per le persone giuridiche secondo un criterio proporzionale come per i soggetti passivi interni. Per i non residenti la tassazione avviene per i soli redditi prodotti nel territorio dello Stato in applicazione del principio del beneficio.

È noto che la dottrina quasi unanimemente, nonché una consolidata giurisprudenza costituzionale, considerano l'art. 53 Cost., che introduce il criterio di ripartizione delle spese pubbliche in ragione della capacità contributiva, informato ad una **duplice ratio**.

1 - Da un lato, che ai nostri fini assume limitato rilievo, il fatto che tale norma costituisca una garanzia per l'individuo a che l'imposizione (le sole imposte, per l'esattezza) sia informata in ragione della ricchezza detenuta e prodotta dal singolo.

(39) Si veda in tal senso la pregevole opera di L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 123 ss..

2 - Dall'altro lato, di maggiore interesse per la nostra indagine, la norma introduce un criterio di giustizia fiscale nella ripartizione dei carichi pubblici nel senso che: a) tutti coloro che manifestano forza economica devono concorrere; che b) a parità di forza economica deve corrispondere un pari obbligo di concorso alle spese pubbliche. Si vedano, in questo senso, le lucide e fondamentali osservazioni di Moschetti ove, interpretando la parola **tutti** sottolinea: "se con questa parola ci si riferisce ai titolari di un dovere di **solidarietà**, ciò presuppone un rapporto solidale tra i contribuenti e quindi una loro **partecipazione alla comunità statale**."

L'ente pubblico potrà imporre la obbligazione tributaria solo a carico di quelle persone nei cui confronti sia configurabile un dovere di solidarietà verso gli altri membri del gruppo sociale e ciò richiede non una mera momentanea presenza nel territorio nazionale, ma un legame durevole.

Il collegamento con l'ente impositore non si spiega solo come limite di efficacia o di opportunità della legge tributaria, ma anche come requisito minimo, necessario a giustificare un dovere di solidarietà" (40).

In questa logica, il meccanismo del credito d'imposta rappresenta, sul piano applicativo, la più corretta attuazione dell'art. 53 Cost. sia a livello interno che internazionale (convenzioni contro le doppie imposizioni). Più precisamente, l'istituto del credito d'imposta funge da "ammortizzatore dei differenziali interstatali di pressione fiscale" perché consente l'eguale trattamento di imposizione del residente che ivi produce tutto il reddito e del residente che produce parte del proprio reddito al di fuori del territorio nazionale.

Si noti che tale affermazione è applicabile, almeno astrattamente, anche all'imposizione delle società di capitali che esercitano parte della propria attività al di fuori dei confini nazionali ma in questo caso, il vincolo costituzionale appare meno intenso in virtù della natura propria dell'imposizione societaria, qualificata come "anticipatoria" della tassazione progressiva e personale degli individui (41). Recente dottrina ha posto però in dubbio questa interpretazione dominante dell'art. 53 Cost. (42) in base alla (principale) considerazione che non esiste una

(40) *Amplius*, su tali considerazioni, F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, capp. II e III e L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse...*, cit., 196.

(41) C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, 67, in "Trattato di diritto tributario", Vol. IV, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994.

(42) Cfr., G. MARINO, *La residenza nel ...*, cit., 304.

diretta correlazione tra residenza e godimento di pubblici servizi offerti da uno Stato e, viceversa, tra la non residenza ed un mancato godimento degli stessi.

Questo condurrebbe ad una antinomia, prosegue sempre questa dottrina, con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. "*allorquando si verifica quella discriminazione sostanziale tra lo straniero residente ed il cittadino italiano residente che posseggono solo redditi di fonte estera, ovvero, tra lo straniero residente che possiede solo redditi di fonte estera ed il cittadino italiano non residente che non produce redditi nel territorio italiano*". E qui la critica del *world wide principle* diventa pesante ed indifendibile se poi si aggiunge anche l'effetto progressività.

In questo senso, appare di assoluto rilievo, quantomeno pragmatico, l'indirizzo adottato dal Regno Unito, che per certe categorie di residenti (gli stranieri) assoggetta a tassazione i soli proventi rimessi entro la "*jurisdiction*" britannica. Questa impostazione andrebbe esaminata a fondo. Tuttavia è vero che in sede di attuazione positiva della catena dei principi residenza/solidarietà/beneficio, il legislatore si è affidato, per ignoranza o altro, a criteri come quelli di cui all'art. 2 Tuir che sono di tipo formalistico, di rilevanza solo civilistica e che il tempo si è incaricato di rendere obsoleti e quindi oggi maggiormente a rischio di legittimità costituzionale. Questo per i residenti.

Anche per i non residenti i criteri adottati sono così ampi da tradursi facilmente in criteri per l'applicazione del *world wide principle* ma senza reali presupposti sostanziali di appartenenza solidale e pertanto a rischio di legittimità costituzionale. Rinvio alla relazione del Prof. Marino.

Ancora una precisazione al Prof. Kemmeren dopo aver letto la sua relazione sia pure provvisoria. Ora è certamente vero che la residenza non costituisce *in re ipsa* un presupposto impositivo avente rilevanza economica come afferma testualmente (43). Mi sembra che noi dobbiamo ragionare sul fondamento giuridico-positivo, non solo su quello meramente economico. Nell'ordinamento costituzionale italiano, la residenza fiscale non assurge a presupposto di imposizione nel senso sostanziale, ma a criterio o presupposto di individuazione del soggetto secondo il criterio della territorialità, tenuto a partecipare alla ripartizione delle spese pubbliche. In questo senso, la residenza fiscale permette di qualificare l'obbligo fiscale dell'individuo quale dovere inderogabile.

(43) Cfr. E. KEMMEREN, *Principle of origin as possible solution to abuse of a DTC*, manoscritto, 2 "*in my view, the principle of residence should not qualify as a leading principle for the allocation of tax jurisdiction on income, because residence as such does not produce income. In substance, residence is a way of consuming the income produced*".

Non sono tenuti alla contribuzione alle spese pubbliche solo i cittadini, ma tutti coloro, che sono legati in qualche maniera al gruppo sociale. Il godimento dei servizi dello Stato quale criterio di ripartizione della spesa pubblica è stato “spazzato via” dal concetto di “solidarietà” introdotto dalla Costituzione del 1948. Altrimenti detto obbligo tributario non sorge sulla base di un rapporto commutativo Stato-individuo, ma sulla base di un rapporto di appartenenza ad una comunità, che è individuato nella residenza.

Vi è cioè una inconciliabilità di fondo tra una auspicata disciplina che faccia salve le istanze di maggior efficienza e neutralità internazionali e i sistemi costituzionali nazionali che, come quello italiano, si ispirano ad una idea di attività impositiva di tipo redistributivo, solidarizzante ecc..

Conclusioni

Le critiche al criterio della residenza come criterio di collegamento e della tassazione mondiale sono oggi non prive di fondamento. Lo dimostrano i numerosi correttivi ed eccezioni che gli Stati nel tempo hanno introdotto nelle proprie legislazioni.

Si noti, sebbene solo qui incidentalmente, che la Corte di Giustizia ha seriamente messo in discussione il fondamento della tassazione soggettiva nel Paese di residenza, ritenendo possibile considerare la situazione del contribuente anche nello Stato comunitario della fonte in considerazione della direttiva 77/799/CEE sullo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie dei vari Paesi membri (44).

La crisi della tassazione in base al principio del reddito mondiale è caratterizzata anche da elementi di effettività ed efficienza. La possibilità di trasferire facilmente le fonti produttive di reddito in Paesi a bassa fiscalità importa la costruzione di una sistema di accertamento più evoluto che permetta, anche solo indirettamente, di raccogliere tutte le informazioni necessarie alla liquidazione dell'obbligazione tributaria del contribuente.

Ci si chiede perché mantenere allora il principio del reddito mondiale quando esso viene sistematicamente derogato nella pratica legislativa e non si torna **tout court al sistema di territorialità puro** come suggeriscono ragioni di opportunità pratica. Non è facile approntare ricette perché in questa materia valgono più considerazioni di tipo pratico che

(44) Cfr. G. BIZIOLI, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso Saint Gobain*, in “Riv. Dir. Trib.”, 2000, 192.

quelle di natura sistematica, ma posso pensare a quali elementi di valutazione possono essere tenuti in considerazione per un approccio più razionale al problema.

Intanto da un lato non è sempre facile – come ammette la stessa dottrina (Vogel) – stabilire in concreto quale sia lo stato della fonte, dove sia esattamente collocabile la *substantial activity*. Questa difficoltà è confermata dalle numerose regole di precisazione contenute nelle convenzioni contro le doppie imposizioni. Sotto questo profilo è auspicabile che si arrivi ad una progressiva standardizzazione della tassazione degli *assets* caratterizzati da potenziale mobilità, (OECD) quindi:

- necessità di conservazione e di attrazione dei capitali dall'estero e, per contro, una crescente articolazione, differenziazione ed innovazione della tecnica della tassazione sugli altri *assets*, strutturalmente immobili,
- un ruolo crescente assegnato alla tassazione alla fonte (cedolari se-
che) e, in particolare,
- un ruolo crescente della tassazione reale e, di riflesso,
- un movimento crescente dalla tassazione diretta alla tassazione in-
diretta,

l'emersione di nuove tecniche di tassazione di Internet.

In definitiva se un ritorno puro e semplice alla territorialità pura non è forse pensabile e forse neppure auspicabile (a tacere che le nozioni di neutralità ed efficienza non sono ascrivibili al solo principio di territorialità) è altrettanto vero che il sistema della residenza e della tassazione mondiale offrono ancora molti margini di perfezionamento dal punto di vista tecnico. La linea da seguire è quella del pragmatismo.

Il secondo dato più in generale è legato al fatto che questa problematica è, malgrado lo sforzo di razionalità della dottrina e degli organismi internazionali, molto condizionata, come di evidenza, da forti giudizi di valore assiologici, ideologici, di potere, ecc..

Per chi ritiene che gli Stati nazionali non siano più gli spazi esclusivi in cui si svolge la vita umana politica ed economica, allora in un contesto in cui sparisce o si allenta questo legame politico ed economico, viene meno la ragione ed il fondamento di una attività impositiva ispirata a criteri di solidarietà, di finanza funzionale, di redistribuzione. Va in crisi il principio della progressività.

Per contro per chi ritiene che non possa negarsi che sia pure in una fase di tendenziale perdita del loro ruolo di regolatori delle comunità umane, gli Stati siano ancora, come hanno detto gli studiosi di questo fenomeno, “*i luoghi della politica*” dove si compongono i conflitti di natura economico-sociale, allora la tassazione deve essere concepita come strumento di politica economica.

Se si affida per tale composizione un ruolo fondamentale alla attività

di imposizione come strumento redistributivo siamo su una posizione opposta al principio del beneficio.

Sebbene la corrispettività tra pagamento dei tributi e benefici ricevuti dal contribuente in termini di servizi pubblici sia di fatto sopravvissuta alla Costituzione soltanto in relazione alle tasse [questo almeno è l'orientamento della Corte Costituzionale e della dottrina maggioritaria (45)], è opportuno sottolineare, anche in questo caso, solo incidentalmente, che la rimozione degli ostacoli al godimento delle libertà comunitarie ha fatto notevolmente aumentare le situazioni in cui la ricchezza di un soggetto viene tassata in uno Stato membro mentre questo beneficia dei servizi pubblici finanziati da un'altra Comunità nazionale.

Pertanto si realizza come nel mito Kantiano la sparizione degli Stati oppure prefigurare un assetto internazionale che sia regolato dalle sole leggi del mercato, sopra gli Stati, è pura utopia. L'idea centrale di questa nuova filosofia è che la fiscalità sia solo un fattore della produzione (46) e non debba avere carattere redistributivo. E non è un caso che questa posizione di pensiero sia contraria a ogni rafforzamento di istituzioni sovranazionali allargate (es. Unione Europea).

Sotto questo profilo è invece auspicabile che si raggiungano a breve assetti istituzionali sovranazionali più ampi e coordinati come quello della Unione Europea, nell'intento di tener conto delle diverse esigenze economico-sociali e secondo procedimenti democratici e dove si possano operare forme di compensazione e di *clearing* tra gli Stati (47).

5

(45) Si veda, ad es. la critica di V. Uckmar che parla di capacità contributiva relativa, "cioè in relazione con il consumo differenziale dei servizi pubblici". Così V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Padova, 1999, 84.

(46) Cfr. S. CNOSSEN, *Tax coordination in the European Community*, Deventer, 1997.

(47) Questo è quanto è stato suggerito ad esempio per una soluzione della tassazione dell'e-commerce.

The evolution of the principle of territoriality and the crisis of taxation of global income in the country of residence^(*)

Claudio Sacchetto
Professor of Tax Law
University of Turin

Introduction

The ideal starting point for a positive historic and economic study of the fundamental principles of the fiscal systems in industrialised countries would appear to be the conclusions in the 31st May 1997 edition of *The Economist*. These states that "...in days gone by, kings used to collect most of their revenue from land taxes (dots)...how ironic it would be if the computer age required the post industrial world to go back to a pre-industrial tax system."

Very briefly, the reconstruction of this statement may be founded on the changes that the structure of contemporary political systems are undergoing. These are due to a progressive *globalisation, de-materialisation and financialisation* of riches and the consequent effects on fiscal systems.

In these terms, it may be stated, above all, that the international set-up born with the modern era and founded on the *State – territory – wealth – taxation* chain has been progressively broken down.

This is why, for a long time, the taxation doctrine has been able to connect itself to the essentials of the principle of territoriality. In other words, it has been necessary to find ties between a State's powers of taxation and its pertinent territory (strictly material), over which the former may exercise its power (1).

The principle of territoriality is not contained solely in this definition because it is strictly connected to the State, the principle of powers of taxation and, more specifically, the prevalent financial concepts.

When both notions begin to change as a consequence of variations to their structural components, territory, population and government (*rectius* when

(*) Lecture held at the International Congress about "Tax jurisdictional criteria and European Union law", organized by the "Seconda Università" of Naples (Faculty of Law), the "Ordine Dottori Commercialisti of Naples" and this Review.

(1) See **C. Sacchetto**, *Territorialità (diritto tributario)*, *ad vocem*, in Enc. Dir., Roma, 313.

their meaning changes), a different way of understanding the principle of territoriality takes over, and, it could be said, its terminal decline begins.

A first fundamental structural and cultural change occurs when we begin to think that the connection with State territory could be subjective and objective.

In the second case, the direct or indirect requirement of tax-bearing-ability is taxed because it is objectively connected with State territory. The first case is justified because of the subject that such requirement refers to, which goes back to State sovereignty by virtue of this tie. In the first case, the logical sequence is *juridical power – goods – tax-bearing-ability*, while in the second case it is *power – subject (citizen or resident) – taxation capability*.

Within the framework of income tax, personal justification of the connection has been used to found the necessity, in international taxation rights, that the tax payers' taxation capability should only be recognised in their country of residence. It also justifies the principle of progression, technically possible only in the country of residence (*worldwide income principle*).

To prove that the main forms of income are now international, the State has reacted and adjusted to these using the only instrument available (regulations), exasperating them by using, and frequently abusing, legal assumptions.

Italian legislation is an example of this. In its unilateral statutes on territoriality of income tax, it sounds like a psalm from the Bible: "*income, etc. is considered as produced in state ...*". "*Is considered*" underlines the typical phenomenon of juridical *fictio*. Now, the State may abstractly operate on the basis of fiction, as the Kelsen theory states, running the risk of the link between state statutes and economic needs degenerating.

Territoriality has, regarding international income, become merely a nominal reference, a linguistic and regulatory expedient to bring taxable material from outside the State territory within the powers of taxation of a State.

This has been possible because the principle of universality of every State juridical ordinance, and therefore unlimited regulatory powers of the State, is still justified. I assume that readers will understand the nature of these suppositions.

Nevertheless, these suppositions are now under discussion. This is not only because the State often cannot make its needs effective, due to the existence of the formal principle of territoriality which does not allow powers of taxation to be exercised outside its own borders, but because the same forms of international income are "*delocalised*" according to investment logic which depends on where the investor is resident.

Today, and this is the second current phenomenon, *de-materialisation* of income, above all *e-commerce* (2), frees this income from territorial

obligations. These allowed the State, through control of territory, to also control the income within this territory.

In this new context, the instruments of personal and progressive taxation applied until now are, as evidenced by an authoritative doctrine, producing the opposite effect of substantial regression to that desired.

The more affluent, sophisticated and volatile parts of income can “migrate” outside territorial state domination, while the rest, the poorer and less sophisticated part, stays within the state and “risks being the only part to sustain progressive taxation burdens”, not to mention *tout court* taxation.

But the negative aspects are not felt solely in the case of equity. They are also felt in a neutral way and in the efficiency of the whole international economic set-up.

1. Definition, content and evolution of the principle of territoriality.

a) Juridical method

Having made this necessarily brief insight into the theme of this study, it is now necessary to detail certain aspects, starting with how the principle of territoriality was born and how it has changed. This is because all principles of residence and global income come back to this idea. The considerations made in this section are connected to the following evaluations, which cannot be correctly understood without agreeing to these premises.

It can be said that there are two approaches to the problem of territoriality of taxation. One is juridical, positive and normative, and has been prevalently expressed in the last 50 years by German doctrine. The other one is economic, expressed (apart from the singular figure of Benvenuto Griziotti) by the scholars of American finance.

In elaborating the juridical taxation doctrine, territoriality is referred to as a juridical criterion for determining the facts that the State may consider as material and subjective premises for taxation. The principle is therefore examined under a material aspect (3).

(2) See **L. Hinnekens**, *Looking for an appropriate jurisdictional framework for source-State taxation of international electronic commerce in the twenty-first Century*, in *Intertax*, 6-7, 1998, 192 ss..

(3) In this sense **G.A. Micheli**, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, 1965, ora anche in *Opere minori di diritto tributario*, Vol. II, Milano, 1982, 42 ss.; **A. Fantozzi**, *Diritto tributario*, Torino, 1998, 164 ss.; **C. Sacchetto**, *Territorialità (diritto tributario)*, *cit.*, 304 ss..

Taxation doctrine at the beginning of the century has above all a German origin. The principle of territoriality, as mentioned above, may be traced back to the need for a tie or rational criterion between powers of taxation and territoriality in which powers of taxation may be concretely exercised. Under the Spitaler tax system, this is territorial in the strict sense of *Gebietshoheit* and personal as *Personalhoheit*, for subjects considered as belonging to the state community under tax regulations (4).

In this first theory, territoriality affected the concrete exercising of powers of taxation because States believed they were authorised to outlaw regulations which were based on objective and subjective assumptions within State territory.

German international taxation doctrine (5) also noted the need to distinguish between "*räumlichen Zuständigkeit*" (*territory of competence*) and "*räumlichen Geltungsbereich*" (*territory of validity*) (6). That is, to distinguish between:

a) **a principle of material territoriality**: the search for national (the most important being constitutional) and international limits for state powers of taxation. These connect obligations and ties to objective and subjective assumptions extraneous to national territory. Here, there are, in principle, no limiting international principles, but only those national ones of a constitutional nature;

b) **a principle of formal territoriality**: the existence of national and international limits for the actuation (*Durchführung*) of state powers of taxation outside State territory [ref. C. Sacchetto, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padua, 1978, p.57]. Here, the international principles that inhibits exercising or actuating powers of taxation outside national territory is valid (7).

(4) D. Spitaler, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Bad Reichenberg, 1936, 84.

(5) C. Verdross, *Volkerrecht*, Vienna, 1959, 178.

(6) For domestic scholars, see G.A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, 68, for the international one A. Bühler, *Internationales Steuerrecht (IStR) und Internationales Privatrecht (IPR)*, Amsterdam, 1960, 163.

(7) This distinction is attributable to H. Herzfeld, *Probleme des internationalen steuerecht unter besonderer berücksichtigung des territorialität-problems und des qualifikations problems*, in *Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht*, Berlino, 1932, 441 ss., taken from Italian doctrine G.C. Croxatto, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padua, 1965; G.A. Micheli, *Problemi attuali di (...)*, op. cit., 47; Sacchetto, *Territorialità (diritto tributario)*, cit., 305.

I will not touch on other fundamental distinctions. For these, refer to *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm* by K. Vogel, Frankfurt/Berlin, 1965, *passim*.

Within the framework of material territoriality, the theory of localisation, which is not always clearly distinguished, is of vital importance. The importance of this will never be clear enough in the study of international tax law because it concerns the uses of connecting elements (*Anknüpfungs*) whose function is to connect a fact or person with a specific juridical ordinance. Xavier has made this very clear (*Direito tributario do Brasil*, Sao Paulo, 1998, "O elemento de conexão é o elemento da previsão normativa que, determinando a 'localização' de uma situação de vida num certo ordenamento tributário, tem como efeito típico determinar o âmbito de aplicação das leis desse ordenamento a essa mesma situação"). Translating this almost word for word, it is understood that their typical effect is to determine whether the scope of application of law can be applied to a specific real life situation.

This is in terms of abstract and juridical dogma. Regarding the necessities of States in taxing international transactions, the fact that they adhere to a strict and *reasonable* use of the connection criteria concerning state powers of taxation is well documented in the 1983 Bundesverfassungsgericht. This states that: "The imposition of taxes upon a foreigner living abroad, which is founded upon a set of facts wholly or partly implemented abroad, requires sufficiently appropriate points of contact for taxation by the taxing State to prevent interference, contrary to international law, with the State's claim to sovereignty. These points of contact and their factual closeness must, from the point of view of public international law, satisfy a minimum of reasonableness. This requirement constitutes...a restriction of its international legislative jurisdiction. The legal possibility of imposing taxes upon foreigners is subject to clear limits by the necessity of contact..." [BverfG 170/1983].

Going back to our original course, we state that the criteria for connection can be objective (e.g. place of origin of income) or subjective (e.g. residence, etc.).

Schematising these connection criteria, we come to the well-known contrast between the source principle (*Quelleprinzip*), which is often identified or labelled as a territorial criterion while I, as I will mention shortly, would assign it to a different order of phenomena, and the residence principle (*Wohnsitzprinzip*) (8).

(8) On this point, see J.A. Mössner, *Steuerrecht international tätiger Unternehmen*, Colonia, 1992, 42.

A different concept, but one which follows on logically, is the problem of how a State's powers should be widened to tax facts attributed to them following the preventive application of the connective criteria. In fact, the Germans have used the term *Umfang* to indicate the extension, entity etc. from connection (*Anknüpfungspunkt*).

The second phase of the problem opens the classic dichotomy between taxation of actions considered to be connected according to the *Worldwide Principle* or *Universality* or only income produced within State territory: *Principle of Territoriality*.

The Source – Residence dichotomy concerns the legitimacy of the powers of imposition.

The Universality – Territoriality dichotomy concerns the extension and broadness of the power to tax income deriving from transnational actions.

For this aspect, external, international and economic factors carry less weight, and domestic constitutional factors, those closely connected to the idea, as mentioned above, of the foundations of the State, its functions and connected tax activities, the extent to which public expense by passive subjects can be sustained, all considerations that can be summarised under internal equity, carry more weight. Therefore, conceptually, residence and universality are not the same thing. This is only historically, from experience and for political reasons they are automatic, but not in theory.

In other words, the connective criterion of residence may cohabit with the taxation methods of universality and with territoriality.

Counterpoint: there are States that tax income attributed to them according to the residence principle and others that tax income according to the principle of territoriality (i.e. that produced within state territory). See France and Portugal for company taxation.

States may diversely tax non-residents by the overall method or global taxation. There are examples of this in American legislation.

In some States, the progression principle is added to these internal criteria, for example in Italy, in France, etc.

b) The economic method

The solutions historically and positively adopted in time by States to regulate the two aspects of territoriality mentioned above could not be understood without taking into account the economic/financial approach (*economic and political allegiance*). This has played a fundamental role on national legislators, even if, in the formalistic approach civil law, these arguments are considered less rigorous from a technical-dogmatic point of view, especially if they are applied, as in Italy,

in providing constitutional regulations (9).

According to the economic approach, the problem of coordinating several fiscal systems for labour and capital, as well as goods, results in three main problems:

1. resolving the problem of seeking neutrality or fiscal efficiency [*international tax neutrality/efficiency*];
2. resolving the problem of tax treatment for tax-payers subject to taxation in more than one State [*international tax equity*];
3. split-off of revenue among several States [*inter-country or inter-nation equity*].

A critical revision in depth of these concepts was recently carried out by the North American government agencies (10) in anticipation of a strategic variation to CFC regulations (11). Let us examine them separately.

1. A taxation system for transnational income can be considered efficient (or neutral) if decisions relating to productive investments are not influenced by differences in fiscal treatment in the various fiscal systems.

This purpose would be automatically reached, according to authoritative economic-financial analyses, if imposition in all fiscal systems was based purely on the "**benefit principle**".

The benefit principle has always been the only criterion governing division of powers of taxation, at least as a solution to international double taxation.

However, it must be stated that economics has not elaborated criteria for determining benefits enjoyed by the taxpayer following taxation of income.

The principle of **internal neutrality** provides that subjects producing income abroad as well as nationally (or only abroad) must be given the same tax treatment that is given to subjects who only produce income

(9) In the economic-financial perspective, for a recent review of these concepts see R.J. Jeffrey, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation*, L'Aia – Londra – Boston, 1999, 3-12.

(10) In the American doctrine, the fundamental studies are R. Musgrave, *Effects of business taxes upon international commodity flows*, in R. Musgrave (a cura di), *The roles of direct and in direct taxes in the federal revenue system*, Princeton, 1964, 239 e 248. To take nothing away from American scholars, I like to recall that the Italian Griziotti, from Pavia, had in 1926 configured some of the aspects of this thesis. See B. Griziotti, *L'imposizione fiscale des etrangers*, Parigi, 1926, 18, 34, 67.

(11) See *The Deferral of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations. A Policy Study*. Office of Tax Policy Department of the Treasury December 2000.

within their State of residence [*capital export neutrality*].

The principle of **external neutrality** provides that residents who produce income abroad as well as nationally (or only abroad) must be given the same tax treatment given by the State within such income is produced to subjects who only produce income exclusively within that country [*capital import neutrality*] (12).

2. While tax neutrality aspires to global equality of tax treatment between different categories of taxpayers and aims to improve the efficiency of the tax system as a whole, "**tax equity**" concerns the intrinsic justice of the tax treatment by one subject towards others, referring to single taxable actions.

This criterion corresponds to a double order of prescriptions, for which:

a) taxpayers in different situations must be treated in different ways (*vertical equity*);

b) taxpayers in the same situations must be treated in the same way (*horizontal equity*).

On the international front, the problem of the so-called *tertium comparationis* (to whom should the taxpayer (also) producing income abroad be compared) is added to the problems posed by equity of tax treatment (fiscal justice) on the domestic front.

3. The problem of the so-called inter-country equity or international equity concerns the division of revenue between the States exporting capital (developed countries) – country of residence/residence principle and the States importing capital (normally developing countries) – source principle.

2. From the principle of territoriality to the residence principle. the position of both in positive law.

It is well known to which of these principles, source or residence, the question of who has priority is posed, and therefore how internal fiscal regulations regarding international actions should be formulated.

Economic-financial doctrine has in time elaborated **various criteria** to confront the hypothesis of division of revenue between States in the case of taxable international actions of trans-national relevance.

The dialectic between personality (residence) and territoriality

(12) The distinction is found in the above mentioned Musgrave.

(source) has been expressed in the fundamental question if the tax should be withdrawn from the State of "origin" or "source" of the income, or in the State in which the producer of that income is resident (13).

In terms of the *benefit theory*, the question concerns the division of primary powers of taxation: the State in which the "benefit" to the taxpayer is registered or the State in which the subjective and personal elements indicating global tax-bearing-ability of the subject producing the capital lead to.

As mentioned briefly above in dealing with international fiscal equity, the principle of taxation on the basis of benefit constitutes, theoretically, the solution to the problem of division of trans-national revenue, also from the point of view of the efficiency in allocating the resources. This is seen as neutrality of economic decisions in a fiscal sense.

In a system founded on the principle of effective benefit, every fiscal system would withdraw the tax on the basis of services provided by them, directly and indirectly, for producing the capital (14).

In the case of the State of residence exporting excessive productive capital to State B (the so-called source State), which lacks productive capital, it has been argued (15) that it is legitimate for the State importing the capital, which provides work and natural resources for the production process, to claim "income" for the revenue produced, in the form of tax. The level of such tax payment would be related to production factors provided by the State within which the investment was made.

In its pure or restricted application, the principle of material territoriality would mean taxing exclusively the source country, and the State of residence would be obliged to exempt such income. In fact, today no-one could argue the right of the source State to tax income or capital produced within their territory, for obvious reasons concerning the connec-

(13) Discussion on this dichotomy is well highlighted by one of the most famous author on the problem **A. Seligman**, *Double taxation and international fiscal cooperation*, New York, 1928, 86 and successively **K. Vogel**, *World-wide or source taxation of income*, in *Rass. Trib.*, 1988, I, 259. See also the analysis of the personal connection of the subject to territory developed by **B. Griziotti**, *Divergenti casi di interessi passivi pagati a banche estere*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, II, 80 who discusses "political", "social", "economic" and "complex" belonging.

(14) See **A. Biehl**, *Towards a general theory of taxing international transactions – A taxonomy of international taxation principles*, in *Public Finance*, 1982, 188.

(15) See **D. Richman**, *Taxation of foreign investment income, An economic analysis*, Baltimora, 1963, 59.

tion between territory and production source of the income.

Even in the formal German versions used by Italian doctrine before the coming into force of constitutional norms, the principle of territoriality derived from the concept of sovereignty, which is limited territorially. It was thought that if the State can exercise its sovereignty within determined borders, then this is also valid for powers of taxation, as this is also limited territorially (16). According to the imposition of Spitaler (17), powers of taxation are territorial, as *Gebietshoheit*, and personal, as *Personalhoheit*, for subjects that tax system sees as belonging to the state community.

In this sense, the principle of territoriality affects the exercising of powers of taxation in as much as – as explained by Xavier (18) – it identifies the elements by which the States have powers of taxation (defined by the German *Anknüpfungspunkt* doctrine (19)). In this order of ideas, territory is not seen as an element constituting sovereignty, but as limits of the same.

Secondly, in this sense, the principle is seen as a direct consequence of the *reality of taxes* in the orders in force at the end of the nineteenth century and the dawn of the twentieth century (in this sense, the title of *positive* principle is justified).

This “pure” principle of territoriality did not take into consideration in any way the personal connection between the taxpayer and the State territory. The distinction between residents and non-residents was not materially important (on the contrary, the imposition of formal obligations regarding taxation of non-residents that were different from those for residents was important), provided that taxation of income was justified and determined by localisation of the goods produced (20). We know that this scheme was not always in domestic legislation, and not followed coherently by the States. The opposite principle of taxation of the country of residence was prevalent, except for the corrections that

(16) See **V. Uckmar**, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 110-113.

(17) **A. Spitaler**, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei*, cit., 84.

(18) **A. Xavier**, *Dereito tributario internacional do Brasil*, San Paolo, 1997.

(19) See also **J. M. Mössner**, *Steuerrecht international tätiger (...)*, cit., 92 ss..

(20) See Art. 2 del T.U. 24 agosto 1877, n. 4021, and Griziotti's thoughts in **B. Griziotti**, *Divergenti casi di interessi passivi pagati a banche estere*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, II, 80.

will now be mentioned.

In fact, the principle of benefit (we should say *pour cause*) was prevalent regarding indirect tax or real tax. Regarding direct tax, the so-called principle of “*economic allegiance*” came to the fore. In its original form, this was seen as a place in which the “*effective interests*” of the individual were located in the different phases of accumulation of wealth (21).

There are 5 fundamental reasons for choosing the residence principle:

- respect of the principle of internal **equity**;
- respect of the progression principle (e.g. in Italy), which in many States is of constitutional level.

They are these two principles, on which income tax is based without distinction between origin and territory, that lead directly to overall taxation of the taxpayer and therefore to the worldwide income principle (22).

The other reasons are along the lines that **protection** of the productive factors is also provided by the country of residence in the case of exported and imported taxes:

- the risk of **evasion** if revenue from exported capital is not taxed in the source state;
- reasons of a **political/economic nature**: loss of income for the exporting state;
- incentive for resident capital to be **located abroad**.

In the basic case of the State of residence (A) exporting income to the source State (B), in the absence of taxation in the latter, the income deriving from the investment goes to the State of residence of the investors (A) and constitutes a “*national gain*” for the State of residence (A). If, on the other hand, the source State (B) imposes tax on income thus derived, the “*national gain*” for the State of residence (A) is lessened in a measure corresponding to the tax imposed by the source State (B) (23).

The Report on Double Taxation produced by the League of Nations in 1925 contributed significantly to a more precise and complete definition of the concept of *economic allegiance*. The relationship between source and residence in terms of dialectic between taxation on the basis of benefit and taxation on the basis of tax-bearing-ability, between terri-

(21) A. Seligman, *Double taxation and (...)*, *op. cit.*, 111 ss..

(22) See C. Schulze, W. Brachmann, *Totalitäts- oder Territorialratsprinzip?*, in *Steuer und Wirtschaft*, 1964, 589.

(23) H. Kluge, *Das Deutsche Internationale Steuerrecht*, 1992, Munchen, 45 ss., M. Pires, *Da dupla tributacao juridica internacional al sobre o rendimento*, Lisbona, 1984, 237 ss..

toriality and personality of the law. The League of Nations concluded that "the ideal solution is that global revenue of the individual should be taxed, but only once, and that the taxable base should be divided in the various legal systems in conformity to the interests exercised by these one individually". This unites personal elements (fiscal residence) and objective elements (effective place of origin of the revenue).

The themes established by both systems are recognised as legitimate by both parties. Current divergence concerns the intensity of application of both criteria.

This is why a third approach has prevailed. This is represented by a composition of the relationships between the residence principle and the source principle (24).

For completeness, it should be said that there is no shortage of other alternatives to the composition, such as the adoption of the "typifying" principle, sometimes integrated with the principle of "free agreement" (25).

In fact, countries that also adopt the residence principle make significant changes to the absoluteness of the principle (tax credit for revenue produced abroad, only territorial tax for non-residents, territorial tax for companies, etc.). On the contrary, income paid or credited to non-resident subjects, such as royalties and interest, are taxed in the source State. Countries that supported the application of the principle of pure territoriality (26), such as the Central and South American countries, are now inclined towards the mixed system (27).

It is a common opinion that the personal taxation system expresses "positive development of the taxation system" of same on a territorial basis (28). I am not able to pass a sound judgement on this statement. What I can state is: that, from an economic point of view, the

(24) **A. Seligman**, *Double taxation and (...)*, op. cit., 88-113 e **R. Musgrave**, **P. Musgrave**, *International equity*, in Bird e Head (eds), *Modern fiscal issues. Essays in honor of C.S. Shoup*, Toronto, 1972, 130 ss..

(25) **Flick**, *Volgerungen*, cit, p. 96.

(26) **A. Valdes Costa**, *La experiencia latinoamericana en la imposición internacional*, in *Estudios de derecho tributario latinoamericano*, Montevideo, 1982, 283 e Id., *Instituciones de derecho tributario*, Buenos Aires, 1992, 27; see also International Chamber of Commerce, *Avoidance of double taxation. Exemption versus tax credit method*, Resolution of ICC and Report of Commission Taxation, London, 1955.

(27) See, CIAT, *Documento su Imposte sul reddito nei paesi dell'america centrale e meridionale*, down laoded da OECD.

principle of taxation on the basis of source of the income (the localisation of the production activities of the revenue) is directly related to the question of *inter-country equity*. In other words, it is directly related to the problems of division of income between different States with original powers of taxation. The principle of taxation on the basis of residence, on the other hand, does not solely adhere to division of income between States. This is because it does not concern the right of the State exporting the capital to the “*national gain*” deriving from investment abroad, but concerns the division between taxpayers and the Treasury.

In other words, the State of residence, independently of the method used for eliminating double taxation, divides the national loss of the non-imposition, equal to the tax withdrawn from the source State, between the Treasury and the tax-payer.

This means that the criterion of global taxation on the basis of personal links does not concern the division of revenue between States, but the unilateral assertion of a claim by the State, to which any criteria of division between States are extraneous.

What are the economic-social factors that **caused** such a significant change and the affirmation of global taxation? They are numerous, but, as mentioned at the beginning, they may be identified thus:

1- in the progressive **internationalisation of economic activities**: the quota of income produced abroad with respect to that produced within national territory has increased considerably since the end of the Second World War (29).

2- The creation – with the constitutions outlined after the Second World War – **of the Social State**: the constant necessity to recoup monetary resources to satisfy the needs of tutelage and promotion of the weaker categories, and the progressive intervention of the State in economic affairs (30). It is in this light, for example (this will be outlined in more detail later), that the tax obligations are classed as a “**binding duty**” in the Italian Constitution (ex art. 2 and 53).

(28) See **G. Persky**, *Conflicts between source and residence-based taxation*, in *Tax Notes International*, 1981, 344.

(29) **International Monetary Fund**, *World Economic Outlook*, Washington, 1992.

(30) **E. Gerelli**, *Il fantasma della globalizzazione e la realtà dei sistemi tributari negli anni 2000*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1997, 449.

3. Criticism and problems of the residence principle and the worldwide principle

Argument about the preference between the worldwide principle and the principle of territoriality started when they both appeared. The foundation of both principles, in the oldest and most primitive formal legal prospective, may be identified in the essays written by two German authors, Adolph Wagner and Georg von Schanz, at the end of the nineteenth century (31).

According to Wagner, taxation according to the worldwide principle is a direct consequence of the presumption that taxation must be general, or that (direct) taxation must "cover" equally all taxable activities (32). His position, as observed accurately by Vogel, is (also) the consequence of a particular political climate: isolationism and national egoism (self-sufficient policy) which gave a, if not positive, then at least neutral, meaning to double taxation.

Diversely, von Schanz rejects the idea of residence as the basic criterion in determining tax obligations, as well as nationality and physical presence within a given juridical ordinance. These criteria signify (and consequently lead to) the taxation of subjects who do not receive benefits (or receive partial benefits) from the State. Only one principle, if applied correctly, allows such problems to be avoided. This is the imposition of the *Wirtschaftliche Zugehörigkeit* (a term which does not coincide with "economic allegiance"), understood here in a material, objective sense. If a subject carried out economic activities in another State as well as the State of residence, Von Schanz states that the "allegiance" is in the source State of such activity (or the source State is more important in the taxation of such economic activity). The State of residence is in any case entitled to a limited fiscal sum "in the measure of one quarter" (sic) of the activities carried out overall (33).

More recent doctrine – not forgetting strenuous defence, particularly by the Latin American scholars – (34) has widely detailed the application of the principle of territoriality as a criterion for taxing transnational in-

(31) See **K. Vogel**, *World-wide or source taxation of income*, in *Rass. Trib.*, 1988, 259, a 260-261 e **G. Marino**, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, 843, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997.

(32) **A. Wagner**, *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebühren – und allgemeine Steuerlehre*, Berlino, 1880, 296 .

(33) **G. Von Schanz**, *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *Finanzarchiv*, 1882, 9.

(34) See **Giuliani Fonrouge**, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, 1976, 333;

come on the basis of exclusively economic elements and presumptions: neutrality of international taxation of revenue and equity.

As such considerations were re-stated – if only in part – by Klaus Vogel, some of the more significant aspects are reproduced here because this author produced one of the most important writings on the subject of international tax law.

1) The first criticism is aimed at the duplication of the concept of fiscal neutrality. Vogel observes that the basic idea of neutrality consists in the elimination of foreign elements, such as taxation, in the choices regarding the economic process.

Furthermore, in his own words: “*if this interpretation is correct, how can the concept of neutrality be divided? In other words, export as well as import neutrality only stand for the absence of particular influences, they are not neutrality properly speaking*” (35).

In this sense, taxation according to the principle of territoriality does not cause economic distortions, as single economic activities are coherent to the conditions of a single sovereign juridical order: that of the source.

Furthermore, it is necessary to begin from a more general approach. Firstly, we must find the *ratio* of taxation. Vogel, quoting Buchanan (36), mentions the theory of benefit, in particular the point where taxation is justified by the services provided by the State for the economic actions referred to. In this sense, the services provided by the source State assume more qualitative and quantitative significance, according to the author quoted, than those of the State of residence. This is surely true if we consider reality, but do not observe this absolutely. We intend to highlight that it is not excluded that some services may also be provided by the State of residence to the investor, both when investments are being made and during investments in the country of origin.

2) Regarding the second element mentioned – equity – a distinction must be made between individual and international equity. No comparison can be made between income produced abroad and income produced in the country of residence until the former has been entirely repatriated for consumption or investment.

(35) See **K. Vogel**, *World-wide or ...*, *op. cit.*, 262 to confirm these deductions, he leads to **N. Ture**, *Taxing foreign source income*, in U.S. Taxation of foreign business abroad, New York, 1975, 38-39, who elaborated the concept of tax neutrality on an international level “*neither country will attempt to use its fiscal powers to change relative prices in the other country, any more than it would in the absence of taxes*”.

(36) **A. Buchanan**, *Fiscal theory and political economy. Selected Essays*, New York, 1960, 12 ss. -

A last consideration, not theoretical but extremely pragmatic and empirical, in favour of the principle of territoriality emerges from Vogel's issues, and more obviously in the monograph on residence by Giuseppe Marino (37). This notes that all the countries that adopt the worldwide principle as the main principle of taxation for transnational income also introduce numerous repeals to the same principle in a territorial sense. As an example, see Italian legislation, art. 2, para. 1, part a) of Legislative Decree 259, dated 21st July 1999, which excludes from taxation in Italy interests and other income paid by residents or Permanent Establishments in Italy to non-resident subjects (art. 20, para. 1, part b), Tuir).

According to other authors (38), the factors which justify different treatment of income produced abroad with respect to that produced in the country of residence are different, at least in part. In other words, they are practical reasons. These factors are:

a) the risk of investing: investment of capital outside the boundaries would mean more risk with respect to activities carried out nationally;

b) international competitiveness: derives from the necessity of ensuring, to companies operating abroad, at least the same fiscal treatment as local companies or those from other countries operating in the same territory, thereby avoiding that the fiscal instrument constitutes an element of distortion in competition on an economic level;

c) fiscal neutrality: the choice of the businessman should not influence the fiscal factor.

4. The principle of neutrality in the Italian juridical order.

What are the consequences of these findings in reference to the Italian constitutional taxation order? The major problems highlighted are related to articles 53, 2 and 3 of the Constitution, in their interpretation by the dominant doctrine and constitutional case-law.

Following the coming into force of the Constitution, the fundamental ideological and financial requirements on which taxation was founded have changed, such as sovereignty and the exercising of legislative

(37) See **G. Marino**, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.

(38) See **G. Maisto**, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. Prat. Trib. I*, 1981, 1134 although it seems to me that this does not mean a return to the principle of territoriality in a pure sense.

powers, and are now governed by precise constitutional norms (39).

The constituent has consciously and with foresight noted the social-economic changes that would have occurred, and therefore art. 53 states firstly that *"Everyone is bound to contribute to public expenditure"*. This means not only citizens (the previous criterion), but resident citizens and non-citizens as residents, by reason of the benefits they receive as *residents* in the State. The criterion of homogeneity is given by residence, as for resident foreigners, participation is according to the principle of progress, and for companies by a criterion of proportion, as for domestic taxpayers. For non-residents, taxation is only for income produced within State territory, according to the benefit principle.

It is well known that doctrine almost unanimously considers Constitutional art. 53, which introduces the criterion of split-off of public expenditure, with reference to tax-bearing-ability applied to a **double ratio**, as does constitutional case-law.

1- On the one hand, which is of limited importance to us, the fact that such a norm constitutes a guarantee for the individual and that taxation is informed with reference to the wealth held and produced by the individual.

2- On the other hand, and of more interest to our study, the norm introduces a criterion of fiscal justice in dividing public work. This is in the sense that: a) all those who manifest economic strength must participate, and b) equality in economic strength must correspond to equal obligations as regards public expenditure. We can see, in this sense, Moschetti's lucid observations, when he underlines that (highlighting the word **everyone**): *"if with this word we refer to an obligation of solidarity, this assumes that there is an agreement between the tax payers and therefore they participate in the state community."*

The public body can only impose tax obligations on those people who should manifest solidarity towards other members of the community, and this requires not a momentary presence within the country, but a binding connection.

The connection with the taxing body is not explained only as a limit in the efficiency or opportunity of taxation laws, but as a minimum requisite, necessary to justify the need for solidarity". (40)

(39) L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 123 ss..

(40) *Amplius*, on these thoughts F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, capp. II e III and L. Antonini, *Dovere tributario, interesse...*, cit., 196.

In this logic, the mechanism of tax credit represents, in the application sense, the most correct actuation of art. 53, both under a national and international (Conventions against double taxation) level. More precisely, the institution of tax credit works as "*a cushion to the international differentials of fiscal pressure*". This is because it allows equal tax treatment for the resident whose income is produced within the State and the resident whose income is produced partly outside national territory.

It must be noted that this affirmation is applicable, at least abstractly, to taxation of companies who exercise part of their activities outside national territory. In this case, the constitutional ties appear less intense by virtue of the nature of company taxation, classed as "*anticipatory*" of progressive and personal taxation of individuals (41). Recent doctrine has cast doubts on this dominant interpretation of Constitutional article 53 (42) on the basis of the (main) consideration that there is no direct correlation between residence and benefit from public services offered by the State and, vice versa, between residence and non-benefit from such services.

This would lead to antimony, still according to this doctrine, with the principle of equity as mentioned in Constitutional article 3 "*when there is substantial discrimination between the Italian resident who only possesses foreign income, the resident foreigner who only possesses foreign income and the non-resident Italian citizen who does not produce income within national territory.*" Here, the criticism of the worldwide principle becomes heavy and indefensible if the effect of progress is added to this.

In this sense, the system adopted by the United Kingdom appears to be of a paramount importance. This, for some categories of residents (foreigners), only subjects revenue derived from within British jurisdiction to taxation. This must be examined in depth. Furthermore, it is true that in positively actuating the residence/solidarity/benefit chain, the legislator is bound, through ignorance or not, to criteria as in art. 2 (Tuir) that are formalistic. These are only relevant in Civil terms, and time has rendered them obsolete and therefore more at risk of constitutional legitimacy. This applies to residents.

Also for non-residents, the criteria adopted are ample enough for application of the worldwide principle, but without substantial assumptions of solidarity, and are therefore at risk of constitutional legitimacy. Refer to Prof. Marino's essay.

(41) C. Sacchetto, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, 67, in *Trattato di diritto tributario*, Vol. IV, edited by A. Amatucci, Padova, 1994.

(42) G. Marino, *La residenza nel ...*, cit., 304.

One further note, albeit provisional, from Prof. Kemmeren, having read his essay. It is certainly true now that residence does not constitute *in re ipsa* an economic reason for taxation, as he states word for word (43). It appears to me that we must reason on a juridical-positive field, and not merely on an economic one. In Italian constitutional order, fiscal residence is not a reason for taxation in a general sense, but a criterion for taxing the individual on the basis of territoriality, bound to participate in the split-off of public expenditure. In this sense, fiscal residence allows qualification of the tax obligation of the individual as a binding commitment.

Not only citizens are bound to contribute to public expenditure, but all those who are in some way linked to the social group. Enjoyment of State services as a criterion for division of public expenditure was “swept away” by the concept of **solidarity** introduced by the Constitution in 1948. In other words, tax obligations are not based on a State-individual relationship, but on the basis of belonging to a community, which is identified by residence.

Therefore, a discipline which produces more efficiency and international neutrality is irreconcilable with national constitutional systems, such as the Italian one, that aspire to an idea of taxation activities based on re-distribution and solidarity (the Italian one).

Conclusions

Criticisms of the criteria of residence as a connecting criteria and of global taxation are not unfounded. The numerous correctives and exceptions that States have in time introduced into their legislations is a proof of this.

It should be noted, albeit incidentally, that the ECJ have seriously questioned the foundation of subjective taxation in the country of residence. It states that it is possible to consider the taxpayer's situation also within the EU source State, in consideration of EU directive 77/799 on the exchanging of information between the financial administrators of the member States (44).

(43) E. Kemmeren, *Principle of origin as possible solution to abuse of a DTC*, manuscript, 2 “in my view, the principle of residence should not qualify as a leading principle for the allocation of tax jurisdiction on income, because residence as such does not produce income. In substance, residence is a way of consuming the income produced”.

(44) See G. Bizioli, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso Saint Gobain*, in Riv. Dir. Trib., 2000, 192.

The crisis of taxation on the basis of the global income principle is also characterised by elements of effectiveness and efficiency. The possibility of easily transferring productive sources of income to countries with low tax levels means the setting up of a more developed control system which allows, even indirectly, the gathering of all the necessary information to liquidate the taxpayer's obligations.

We ask why keep the global income principle when this is systematically repealed in legislative practice and not return *tout court to the system of pure territoriality*, as practical reason suggests. It is not easy to solve this problem because practical suggestions carry more weight than systematic ones in this subject, but I can think which elements of evaluation can be considered in a more rational approach to the problem.

On the one hand, it is not always easy, as the same doctrine (Vogel) admits, to concretely establish which is the source State and where the *substantial activity* should be allocated. This difficulty is confirmed by the numerous precise norms contained in the Conventions against double taxation. Under this profile, it is feasible that progressive standardisation of taxation of potentially mobile assets is attained, (OECD) therefore:

- necessity to preserve and attract foreign capital and an increasing articulation, differentiation and innovation of taxation techniques on other assets, structurally immobile;

- an increasing role for source taxation (all-inclusive tax), more specifically:

- an increased role for real tax, and as a consequence:
 - increased movement of taxation towards indirect tax;
 - immersion of new Internet taxation techniques.

If a return to pure and simple territoriality is not perhaps thinkable or possible (provided that notions of neutrality and efficiency are not only applicable to the principle of territoriality), it is equally true that the residence system and global taxation still have ample margin for technical improvement. The way forward is pragmatism.

The second more general finding is tied to the fact that this problem is, despite the rationality of the doctrine and international organisations, very much affected by strong ideological feelings and power, etc.

For those who believe that national States are not the exclusive area where human political and economic life unfolds, in a context in which this political and economic tie disappears or is weakened, lessens the reason and foundation of a taxation system founded on the criteria of solidarity, functional finance and re-distribution. The principle of progress is therefore questioned.

On the other hand, for those who believe that States are still, as numerous experts in this field have said, "*political*", where social-economic

conflicts are founded, even in a phase of lessening of their roles as regulators of the community, then taxation must be seen as an instrument of economic policy.

If, because of this, we give taxation activities a fundamental role as re-distributing instruments, we are in the opposite situation to the benefit principle.

The correspondence between payment of taxes and benefits received by the tax payer in terms of public services has survived the Constitution only in relation to taxes [at least, this is the orientation of the Constitutional Court and the majority doctrine (45)]. Therefore, it is appropriate to underline, again incidentally, the fact that removal of obstacles to enjoyment of community freedom has significantly increased the situations in which increase in one subject's income is taxed in a member State, while the subject benefits from public services financed by another.

Therefore, either, as according to Kant, States disappear, or the setting up of an international system regulated solely by market forces, rather than States, becomes simply Utopia. The central idea to this new philosophy is that taxation is only a production factor (46) and should not have a re-distribution aspect. It is not by chance that this school of thought is contrary to any reinforcement of non-national institutions, for example the EU.

78

In this sense, it is possible that wider and coordinated non-national set ups like the EU will become reality in the near future, where the intent to take into account the diverse social-economic needs, according to democratic procedures, and where compensation and clearing between States can be realised (47).

(45) See for example the criticism by V. Uckmar who mentions relative tax-bearing ability, "*in relation to the differential consumption of public services*". So V. Uckmar, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Padova, 1999, 84.

(46) Cfr. S. Cnossen, *Tax coordination in the European Community*, Deventer, 1997.

(47) This is what has been suggested as, for example, a solution to the taxation of e-commerce.

Convenzioni sulla doppia tassazione basate sull'origine e neutralità delle importazioni^(*)

Eric Kemmeren (1)

1. Introduzione

Le attuali convenzioni sulla doppia imposizione sono basate principalmente sul principio della residenza. È mia convinzione che gran parte della pianificazione fiscale internazionale tragga origine, e che i (presunti) illeciti delle convenzioni fiscali (2) siano provocati da asimmetrie nella struttura delle attuali convenzioni fiscali bilaterali. Per trovare soluzioni riguardo agli errori della struttura delle convenzioni fiscali (3), si possono seguire due impostazioni fondamentali. L'asimmetria potrebbe essere eliminata, in primo luogo, in favore dello Stato di residenza del ricevente del beneficio oppure, in secondo luogo, in favore dello Stato in cui il beneficio ha origine.

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario" organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

(1) Docente di legislazione fiscale internazionale presso l'Istituto Fiscale di Tilburg, Università di Tilburg. L'autore è anche consulente tecnico della Ernst & Young, Tax Advisers a Rotterdam, Olanda.

(2) La pianificazione fiscale consiste nello strutturare gli affari economici del contribuente fiscale nella maniera più favorevole dal punto di vista fiscale. Vedere, *ad esempio*, *International tax avoidance and tax evasion, four related studies*, OECD, Parigi 1987, pp. 12, 16-17, OC Articolo 1, paragrafo 7, e il Rapporto della Commissione di Esperti Indipendenti sulla Tassazione delle Aziende ("Commissione Ruding"), CE, Bruxelles/Lussemburgo 1992, p. 138. La pianificazione fiscale potrebbe raggiungere un punto oltre il quale essa non potrà essere tollerata entro un sistema legale inteso a rispettare i principi della giustizia. Vedere Klaus Vogel in: Klaus Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Terza Edizione, Kluwer Law International, Londra 1997, Articolo 1, pp. 116-117, m.no. 77.

(3) Vedere anche, *ad esempio*, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 150-152, che sottolinea che la causa dell'elusione fiscale internazionale sta nella rinuncia da parte dello Stato di origine del reddito ad una possibile giurisdizione fiscale onnicomprensiva sugli oggetti nazionali imponibili a livello nazionale generale in relazione ai contribuenti fiscali non residenti. Vedere anche, *ad esempio*, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 136.

Lascerò da parte l'impostazione basata sullo Stato di residenza concentrandomi sull'impostazione basata sull'origine. Mi concentrerò in particolare sul principio di origine e sulla sua relazione con la neutralità dell'importazione. Presenterò alcuni schemi di una convenzione sulla doppia tassazione basata sull'origine, affrontando gli argomenti seguenti:

1. Il principio di origine: che cosa significa?
2. I principi legali per l'attribuzione della giurisdizione fiscale, con particolare riferimento alla classificazione del principio di origine rispetto ad altri principi.
3. La neutralità fiscale, e in particolare la neutralità delle esportazioni rispetto alle importazioni verrà esaminata in relazione al principio di origine.
4. Quale neutralità fiscale è più idonea per il mercato interno della Comunità Europea?
5. Tratterò brevemente anche l'argomento delle detrazioni fiscali e quello delle aliquote fiscali progressive.
6. Terminerò con alcune osservazioni conclusive.

2. Il principio di origine

80

L'attribuzione della giurisdizione fiscale basata sul principio dell'origine giustifica la tassazione del reddito da parte di uno Stato se il reddito viene creato all'interno del territorio di tale Stato; cioè, se la causa del reddito si trova all'interno del territorio di quello Stato (4).

(4) Confrontare, *ad esempio*, Camera di Commercio Internazionale, *Avoidance of Double Taxation: Exemption versus Credit Method*, Risoluzione del Consiglio ICC e Rapporto della Commissione sulla Tassazione (Tokyo, 1955): "Il Paese di origine, cioè il Paese da cui viene derivato il reddito (...)", Adolfo Atchabahian, *The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation*, 28 Bulletin for International Documentation, 309, 315 (1974), che utilizza il termine "fonte" mentre io utilizzo il termine "origine", poiché egli definisce "il principio della fonte" come: "Cioè, il potere impositivo rimane al Paese nel cui territorio tale reddito ha origine o viene generato". Vedere anche Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I)*, (*Tassazione del Reddito a livello Mondiale rispetto alla Tassazione alla Fonte - Esame e Nuova Valutazione degli Argomenti (Parte I)*), *Intertax*, 1988/8-9, p. 223, che utilizza anch'egli il termine "fonte", definendo la "fonte" come "il luogo dell'attività di produzione del reddito". Il Tesoro degli Stati Uniti usa anch'esso il termine "fonte" e argomenta che, in generale, la fonte del reddito è situata dove avvengono le attività economiche che creano il reddito. Vedere, US Treasury, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*, 1996, p. 18.

L'origine del reddito è il luogo in cui si trova l'elemento intellettuale (fra i beni) (5). Questo elemento intellettuale è fornito dalle attività dei singoli esseri umani. Soltanto *gli individui* possono creare reddito, le cose in sé no (6). L'attribuzione della giurisdizione fiscale sul reddito basata sul principio di origine dovrebbe essere limitata ad una attività di produzione del reddito *sostanziale* nello Stato in esame (7). Una attività di produzione del reddito viene ritenuta "sostanziale" se tale attività forma parte essenziale e significativa dell'attività nel suo insieme (8). Per ragioni pratiche si potrebbe ipotizzare di introdurre regole di sicurezza che stabiliscano se un'attività può essere considerata "sostanziale" (9).

Vorrei sottolineare che io faccio distinzione fra i termini "origine" e "fonte". Il termine "fonte" viene usato con vari significati (10). Per esempio, esso viene indicato come lo Stato in cui è situata una proprietà tan-

(5) Dei professori Bruins, Einaudi, Seligman e Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation (Rapporto sulla Doppia Tassazione)*, presentato alla Commissione Finanziaria, Lega delle Nazioni, Ginevra, 5 April 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 20.

(6) Vedere anche, per esempio, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 143, e Michael P. Boyle a.o., *The Emerging International Tax Environment for Electronic Commerce*, 28 *Tax Mgmt. Int'l J.* 357, 374 (1999).

(7) Vedere anche, ad esempio, Georg Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, p. 372, e Hugh J. Ault, *Comparative Income Taxation*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1997, p. 431.

(8) OC Articolo 5, paragrafo 24, in relazione agli utili d'impresa.

(9) Nell'ambito di una imposta sul capitale, il termine "origine" non sembra appropriato. A tale proposito, si preferisce il termine "ubicazione economica", che significa che la giurisdizione fiscale sul possesso di proprietà dovrebbe essere attribuita allo Stato che fornisce un ambito legale e/o una infrastruttura fisica per stabilire e conservare la proprietà in questione.

(10) Vedere anche, ad esempio, Ramón Valdés Costa, *The Treatment of Investment Income under the Andean Pact Model Convention - The Andean View*, 29 *Bulletin for International Documentation* 91, 92 (1975), Tulio Rosembuj, *Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain*, 26 *Intertax* 4, 9-13 (1998), e John F. Avery Jones, a.o., *Tax Treaty Problems Relating to Source*, *European Taxation*, marzo 1998, p. 79.

gibile o intangibile (11), in cui viene utilizzata una proprietà tangibile o intangibile (12), o in cui i servizi vengono eseguiti, o che è interessato dai servizi, o in cui il contratto viene firmato, o in cui il contratto viene eseguito, o le cui leggi regolano il contratto (13), o con cui è collegata l'identità del contribuente, o in cui è situato il contribuente (14), o da cui è stato effettuato il pagamento (15), o che sostiene le spese (16). Quindi,

(11) Vedere, *ad esempio*, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 61, che utilizza il termine tedesco "Ursprung" con il significato di "fonte" e non quello di "origine", come vedremo più avanti. Vedere anche, *ad esempio*, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 122.

(12) Vedere, *ad esempio*, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 121: "Fonte di produzione o in un senso economico - Secondo questa definizione, la fonte è situata nel territorio dello Stato in cui vengono utilizzati i fattori di produzione."

(13) Vedere, *ad esempio*, la cosiddetta Regola del passaggio del titolo di proprietà. Vedere, *ad esempio*, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 122-123, R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, p. 109, David L. Forst, *The Continuing Vitality of Source-Based Taxation in the Electronic Age*, 15 *Tax Notes International* 1455 (1997) e John K. Sweet, *Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles*, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1949-2011 (1998).

(14) Queste categorie includono "il principio dello Stato pagante". L'assegnazione della giurisdizione fiscale è quindi giustificata dal fatto che il reddito è pagato da uno Stato o da un suo Ministero o ente, oppure dal luogo in cui è situato il contribuente. Né il fatto che uno Stato o un suo Ministero effettui il pagamento, né il fatto che il contribuente sia situato in un determinato Stato riflettono la causa della produzione del reddito.

(15) Vedere, *ad esempio*, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 61, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income (Doppia Tassazione Giuridica Internazionale del Reddito)*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 122: "Fonte di pagamento o in senso finanziario - La fonte è situata nel territorio dello Stato in cui è messo a disposizione il reddito, in cui vengono sostenuti i costi corrispondenti a tale reddito".

(16) Vedere, *ad esempio*, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 80-81.

il termine 'fonte' viene utilizzato per un gruppo eterogeneo di giustificazioni per l'attribuzione della giurisdizione fiscale. Spesso questo rende faticose le discussioni, perché si utilizza uno stesso termine per esprimere concetti diversi.

3. I principi legali per l'attribuzione della giurisdizione fiscale

3.1. Principi qualitativi

Nelle relazioni internazionali, la giurisdizione fiscale può essere giustificata se esiste una relazione sufficiente con lo Stato in questione. Tale relazione può consistere in un collegamento politico e/o economico (17).

La giurisdizione fiscale è basata particolarmente sulla relazione economica con lo Stato in esame (18); come minimo, la giurisdizione fiscale relativa al reddito e al capitale dovrebbe essere basata su di essa (19). Il reddito viene prodotto soltanto se un individuo utilizza il fattore di produzione del lavoro o, in aggiunta al lavoro, del capitale. La tassazione del reddito dovrebbe essere collegata, il più possibile, con questo utilizzo, e quindi anche con il luogo (il territorio) in cui questi fattori vengono uti-

85

(17) Vedere anche, ad esempio, Tulio Rosembuj, *Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain*, 26 *Intertax* 4-6 (1998).

(18) R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 22 e 183, Luc Hinnekens, *De Territorialiteit van de Inkomstenbelasting op Nieuwe Wegen en Grondslagen*, Kluwer Rechtswetenschappen België, Deurne 1993, p. 28, Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 145 (1998), e Moris Lehner, *Limitation of the National Power of Taxation by Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Clauses of the EC Treaty*, 9 *EC Tax Review* 5, 12-12(2000).

(19) Vedere anche, ad esempio, Georg Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 372-380, e Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 71. Per un parere diverso, vedere ad esempio Alex Easson, *Fiscal Derogation and the Inter-nation allocation of Jurisdiction*, *EC Tax Review*, 1996/3, p. 112, e Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 *Duke L. J.* 1021, 1092-1093 (1997).

lizzati (principio del territorio) (20). La pura e semplice fedeltà politica è una base insufficiente per la giurisdizione fiscale in relazione alla produzione del reddito, perché la fedeltà politica non produce reddito (21) (22).

Per stabilire se esiste un punto di connessione sufficiente per l'attribuzione della giurisdizione fiscale, occorre effettuare un collegamento tra il principio del territorio e il principio del beneficio diretto, e cioè la tassazione dovrebbe essere considerata come un contributo per i benefici

(20) Questo principio del territorio è una elaborazione costruita su misura e appositamente ai fini della tassazione del reddito e del capitale del principio generale del territorio nell'ambito della legge pubblica internazionale, come descritto da Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, p. 163:

“Es hat zum Inhalt die Begrenzung der ausschliesslichen Herrschaft des eigenen Staats durch das Staatsgebiet mit der Wirkung, dass ohne seine Zustimmung Akte einer fremden Staatsgewalt, die Personen oder Sachen in diesem Staatsgebiet verpflichtet, nicht zulässig sind.”

Secondo R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, p. 45, la sovranità territoriale comprende il potere dello Stato di esercitare l'autorità suprema su tutte le persone e le cose all'interno del suo territorio.

(21) Vedere anche, dei professori Bruins, Einaudi, Seligman e Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, Lega delle Nazioni, Ginevra, 5 aprile 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 19. Dissenziente: R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 69, 71, 79 e 99, che ritiene che sia logico che la giurisdizione fiscale basata sulla nazionalità sia una giurisdizione altrettanto valida quanto quella basata sulla territorialità, poiché la giurisdizione è un attributo della sovranità. Secondo il suo parere, un collegamento economico è rilevante soltanto rispetto alle imposte sul capitale e non rispetto alle imposte sul reddito, per le quali egli ritiene predominante il collegamento personale. È da notare che la finalità del suo studio (vedere pag. 2) era “di accertare le ‘nude’ regole della legge obiettiva o piuttosto che la legge internazionale generale nelle questioni di giurisdizione fiscale, cioè le regole che si applicherebbero in assenza di trattati fiscali o doganali per prevenire o eliminare la doppia tassazione”.

(22) Un'eccezione potrebbe essere necessaria in relazione ai rappresentanti diplomatici e consolari, per i quali la sovranità personale (dello Stato inviante) potrebbe avere più peso della sovranità territoriale. Vedere R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 43-46, e 182-185 in relazione alle modalità distinte di sovranità personale, territoriale, e funzionale. D'altro canto, i rappresentanti diplomatici e consolari e i rappresentanti delle organizzazioni internazionali potrebbero anche essere considerati un unico gruppo, per cui la sovranità funzionale potrebbe essere decisiva, perché la particolarità delle loro funzioni potrebbe richiedere che la sovranità funzionale abbia la precedenza sulla sovranità territoriale. In questo caso, la sovranità personale non dovrebbe svolgere un ruolo nell'assegnazione della giurisdizione fiscale.

forniti ad un individuo attraverso le attività dello Stato (23). Il principio del beneficio diretto può essere considerato parte del principio di facoltà o principio di capacità di pagare (24). Il patrimonio di una persona fornisce la capacità di pagare le imposte. Il principio della facoltà implica che le persone che si trovano in posizioni economiche analoghe devono essere trattate in maniera uguale (uguaglianza orizzontale) e che le persone che si trovano in posizioni economiche diverse devono essere trattate in maniera diversa secondo il grado di disuguaglianza (uguaglianza verticale) (25). Sulla base del principio del beneficio diretto, la persona che beneficia delle spese pubbliche effettuate da uno Stato deve anche contribuire a queste spese (26). Ciò significa che una persona che produce reddito, inclusi i redditi di capitale, e cioè una persona che aumenta la sua facoltà individuale, beneficia delle spese pubbliche effettuate da un determinato Stato, che gli consente di produrre reddito, e quindi dovrebbe contribuire a tali spese.

Per quanto riguarda le imposte sul reddito, il principio del beneficio diretto viene elaborato ulteriormente mediante i principi della nazionalità/cittadinanza, luogo di costituzione/*sede reale*, domicilio/residenza, fonte, origine e funzionalità. Questi principi sono di natura più qualitativa, e

(23) Vedere, ad esempio, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 36-37, Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments* (Part III), *Intertax*, 1988/11, pp. 394-395, R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 19-21 per una elaborazione su questa teoria, e Tulio Rosembuj, *Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain*, 26 *Intertax* 4 (1998). Dissenziente a questo proposito, Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, (Equità e Tassazione del Reddito Internazionale), 29 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 145 (1998).

(24) Vedere anche i professori Bruins, Einaudi, Seligman e Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, Lega delle Nazioni, Ginevra, 5 Aprile 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 18. Vedere anche pp. 20-22. Non è d'accordo Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law and Policy in International Business* 145, 158 (1998), la quale ritiene che la teoria del beneficio e la teoria della capacità di pagare siano teorie concorrenziali. Ella collega tuttavia la capacità di pagare con la redistribuzione dei beni nella società.

(25) Vedere anche Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law and Policy in International Business* 164-166 (1998), S. Cnossen and A.L. Bovenberg, *Vermögensrendementsheffing: Vondst of Miskleun*, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2000/6369, p. 8.

(26) Vedere anche, ad esempio, Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of In-*

questo significa che essi indicano se vi sia una *giustificazione* per l'assegnazione della giurisdizione fiscale ad un determinato Stato (27). Oltre a questi principi qualitativi, il principio dell'universalità ed una applicazione più limitata del principio del territorio (il principio di territorialità) svolgono un ruolo importante in merito all'attribuzione della giurisdizione fiscale. Questi principi sembrano essere più di natura quantitativa, e cioè, fermo restando che sia stato soddisfatto un principio qualitativo, essi sembrano determinare più o meno la grandezza dei diritti impositivi.

A mio parere, i principi qualitativi basilari di cui si è detto sopra andrebbero classificati come segue:

1. Principio di origine;
2. Principio della fonte;
3. Principio della residenza;
4. Principio della nazionalità.

Per l'attribuzione della giurisdizione fiscale sul reddito e sul capitale, i principi di nazionalità e di residenza non si qualificano come principi guida perché la nazionalità e la residenza come tali non producono reddito (28). La residenza è considerata ancora più lontana dalla pura e semplice fedeltà politica o personale e più vicina alla fedeltà economica, cosicché lo Stato di residenza potrebbe, in ultima analisi, avere diritti più forti di quelli dello Stato da cui una determinata persona trae la propria nazionalità (29). Tuttavia, in sostanza, la residenza è un modo per *con-*

come - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III), *Intertax*, 1988/11, pp. 394-395, Van Soest, *Belastingen*, 18^a edizione, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 20, e M. Romyn, *Internationaal Belastingrecht*, Sesta Edizione, Gianotten, Tilburg 1999, p. 3. Alex Easson, *Fiscal Derogation and the Inter-nation allocation of Jurisdiction*, *EC Tax Review*, 1996/3, p. 112, ritiene che nozioni quali la fedeltà economica o il principio del beneficio diretto non sono in grado di dare risposte soddisfacenti alla questione di come la giurisdizione fiscale dovrebbe essere condivisa fra i vari Stati.

(27) Vedere anche, *ad esempio*, Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments* (Part I), *Intertax*, 1988/8-9, p. 216, e Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law and Policy in International Business* 145, 152, 157 (1998).

(28) Vedere anche Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 120, e 131-134, dove l'autore elenca e valuta (altri) argomenti pro e contro.

(29) Dei professori Bruins, Einaudi, Seligman e Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, Lega delle Nazioni, Ginevra, 5 Aprile 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 19.

sumare il reddito prodotto o il capitale di cui si ha il possesso (30). Perciò, la residenza offre una base per l'attribuzione della giurisdizione fiscale in relazione al consumo del reddito piuttosto che in relazione alla produzione del reddito. Il principio della fonte, in ultima analisi, non può neppure servire come giustificazione per una imposta sul reddito e sul capitale, poiché il reddito può essere prodotto in un altro Stato, diverso da quello in cui la proprietà è situata fisicamente. Poiché il principio di origine è più strettamente collegato alla tassazione basata sulla cosiddetta *wirtschaftliche Zugehörigkeit*, la fedeltà economica, e la produzione dell'aspetto ricchezza della facoltà, è il principio primario (31), se non esclusivo, su cui dovrebbero essere basati l'attribuzione della giurisdizione fiscale fra gli Stati contraenti in una convenzione fiscale bilaterale sul reddito e sul capitale (32).

3.2. Principi quantitativi

Il principio di universalità implica che tutto il reddito di una persona, in qualsiasi modo ed ovunque prodotto, può essere tassato dallo Stato interessato. Questo principio è collegato prevalentemente ai principi

(30) Vedere anche Georg Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 375-376, e A.C. Rijkers, *Rente, Regels en Realisme*, Serie Belastingadviseursdagen nummer 41, FED 1996, pp. 76-78. Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, a p. 71 aderisce anch'egli a questo punto di vista, ma alle pp. 72 e 74 esprime una posizione contraddittoria, poiché considera un'abitazione come una fonte di reddito, argomentando in questo caso che lo stato di origine e lo stato di residenza coincidono.

(31) Vedere anche, *ad esempio*, Georg Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 372-380, Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, p. 184, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 24-49, e Michael J. Graetz e Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, (L'"Intento originale" della tassazione internazionale USA), *46 Duke L. J. 1021, 1102-1105 (1997)*. Anche la Bozza di Convenzione Fiscale Modello Messicano della Lega delle Nazioni (1943) era fortemente in favore del principio della fonte. Vedere ad esempio, Heyko Meyer, alle pp. 31-33, ed E. Bunders e J.A.C.A. Overgaauw, *Terugblik op een Eeuw Nederlandse Belastingverdragen. Wat Zal de Nieuwe Eeuw Brengen?*, *MBB 2000/1*, p. 27.

(32) Vedere Camera di Commercio Internazionale, *Avoidance of Double Taxation: Exemption versus Credit Method*, Risoluzione del Consiglio ICC, e il Rapporto della Commissione sulla Tassazione (Tokyo, 1955): "Il Paese di origine (...) ha il diritto

qualitativi della nazionalità e della residenza (33). La manifestazione più significativa del principio di universalità si trova in un sistema fiscale basato su un metodo di credito d'imposta. Tuttavia è anche possibile che i principi della fonte o dell'origine svolgano un ruolo in un sistema fiscale basato sul principio di universalità. In tale sistema, l'equilibrio fra lo Stato di nazionalità o di residenza e lo Stato della fonte o di origine del reddito si sposterà in favore di quest'ultimo, e cioè lo Stato della fonte o di origine riceve il diritto primario di tassare il reddito in esso prodotto, e lo Stato di nazionalità o di residenza, tassando il reddito a livello mondiale, imputerà (in una certa misura) le tasse imposte nello Stato di fonte o di origine. Il principio di territorialità, in quanto applicazione più limitata del principio del territorio, implica che la grandezza dei diritti impositivi di uno Stato è determinata semplicemente dal reddito guadagnato all'interno di tale Stato. In contrasto con il principio di universalità in base al quale il livello di tassazione dello Stato di nazionalità o di residenza prevale (34), il livello di tassazione dello Stato della fonte o di origine è decisivo in base al principio di territorialità. Il principio di territorialità è strettamente collegato con il principio della fonte e con il principio di origine (35). La tassazione esclusiva da parte dello Stato della fonte o di origine implica l'esenzione della base imponibile nell'altro

esclusivo di tassare il reddito". In Nepal nel 1957, la dichiarazione è stata ammorbida in questo modo: "concedendo al Paese di origine il diritto prioritario di tassare il reddito che si origina all'interno della sua giurisdizione". A quanto pare, la Camera di Commercio si allontanerebbe dal principio dell'origine in favore del principio della fonte, quali definiti sopra. Vedere anche, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 71-78, Adolfo Atchabahian, *The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation*, 28 *Bulletin for International Documentation* 309, 315-317 (1974).

(33) Vedere, ad esempio, Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, pp.165-166, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, p. 21, Paul R. McDaniel /Hugh J. Ault, *Introduction to United States International Taxation (Introduzione alla Tassazione Internazionale degli USA)*, Kluwer Law International, The Hague, Olanda, 1998, p. 33, e J.A.G. van der Geld, *De Herzienne Deelnemingsvrijstelling*, Kluwer, Deventer 1990, pp. 68-69.

(34) A meno che il livello di tassazione dell'altro Stato contraente non sia più alto.

(35) Vedere anche, ad esempio, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income (Doppia Tassazione Giuridica Internazionale del Reddito)*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 142.

Stato contraente (36). L'argomento più forte in favore dell'esenzione della base imponibile e del principio di territorialità rispetto ad un credito fiscale e al principio di universalità si ritrova nel principio del beneficio diretto. Se un contribuente può compensare le sue perdite all'estero con il reddito nazionale "positivo", egli non contribuisce alle spese pubbliche dello Stato in questione secondo la proporzione di cui egli beneficia dallo Stato che gli consente di acquisire ricchezza. D'altro canto, è chiaro che, in un sistema fiscale onnicomprensivo, la facoltà del contribuente a livello globale dovrebbe essere tassata soltanto una volta. Per quanto riguarda l'imposta sul reddito, questo implica che, se lo Stato di appartenenza (*home state*) ha consentito al contribuente di produrre un reddito "positivo", e lo Stato straniero ha consentito al contribuente di produrre un reddito "negativo", lo Stato straniero dovrebbe sopportare la riduzione della ricchezza. Questo deriva dal principio di beneficio diretto che appare come un meno, mentre generalmente appare come un più. Lo Stato straniero dovrebbe compensare il contribuente con un'imposta negativa. Tuttavia, se i metodi basati sul principio di universalità vengono scelti come metodi guida, lo Stato straniero dovrebbe compensare lo Stato d'appartenenza. Questi risultati sono in linea con il principio di origine. Il principio di territorialità dovrebbe essere classificato al di sopra del principio di universalità e, di conseguenza, l'esenzione della base imponibile dovrebbe prevalere sul credito d'imposta (37).

4. Neutralità fiscale

L'efficienza dell'economia mondiale dovrebbe essere massimizzata attribuendo i fattori di produzione ai luoghi in cui "essi guadagnano" il rendimento più alto (38). In questo modo, la prosperità a livello mondiale

(36) In base alla esenzione modificata, gli elementi di reddito o di capitale che sono imponibili nello Stato di fonte o di origine e l'ubicazione economica sono inclusi nella base imponibile dell'altro Stato contraente, e poi quest'ultimo è tenuto a ridurre l'importo della *tassa*, cioè, a dedurre da essa quella parte che corrisponde agli elementi di reddito o di capitale interessati. A mio parere, questo non è un metodo di esenzione, ma un metodo di credito. In sostanza, si applica il principio dell'universalità, e non il principio di territorialità.

(37) Inoltre, l'esenzione modificata dovrebbe classificarsi al di sopra del credito fiscale perché la prima soddisfa meglio dell'ultima il principio del beneficio diretto.

(38) Gary Clyde Hufbauer e Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Istituto di Economia Internazionale, Washington, D.C.

migliorerà (39). Oltre che da una efficiente creazione di reddito, la prosperità mondiale dipende ovviamente anche da un'equa distribuzione del reddito guadagnato. Rispetto all'efficienza dell'economia mondiale, la neutralità delle imposte dovrebbe prevalere nei mercati aperti, cioè, la tassazione non dovrebbe influenzare, o almeno dovrebbe influenzare il meno possibile una efficiente attribuzione dei fattori di produzione, lavoro e capitale (40). Le considerazioni economiche diverse dai motivi fiscali dovrebbero determinare il comportamento degli operatori economici (41). Una neutralità completa potrebbe non essere possibile, ma dal

1992, p. 55. Nella valutazione dell'efficienza, anche l'efficienza amministrativa svolge un ruolo. Vedere anche, *ad esempio*, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law; An Institutional Approach*, Fondazione per gli Studi Fiscali Europei, Università Erasmus Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 28-29, il quale allude a questo proposito alla "produzione amministrativa netta" di un determinato Stato, cioè, il surplus del valore totale dei servizi forniti dallo Stato rispetto ai redditi dello Stato (in particolare il gettito fiscale). La differenza fra il prodotto ottimale netto e il prodotto effettivo netto è considerata "consumo statale improduttivo". La legislazione che prevede sia la produttività ottimale sia lo scambio e una riduzione del consumo statale improduttivo in misura ragionevole, è considerata abbastanza neutrale. Per osservazioni critiche sull'argomento vedere, *ad esempio*, Johan Brands, *Comment: Trade-off between Subsidiarity and Neutrality*, in: Klaus Vogel, *op. cit.*, pp. 40-41.

(39) Vedere anche, *ad esempio*, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law; An Institutional Approach*, Fondazione per gli Studi Fiscali Europei, Università Erasmus Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, p. 28, and Stephen G. Utz, *Taxation Panel: Tax Harmonization and Coordination in Europe and America*, 9 *Conn. J. Int'l L* 767, 786 (1994). In contrasto, *ad esempio*, Julie Roin, *The Great Illusion: A Neutral System for Taxation of International Transactions*, 75 *Virginia Law Review* 919, 963-969 (1989).

(40) Vedere, *ad esempio*, Hugh J. Ault, *Colloquium on Corporate Income Tax: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, 47 *Tax L. Rev.* 565, 572 (1992), Gary Clyde Hufbauer e Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Istituto di Economia Internazionale, Washington, D.C. 1992, p. 50, Albert Rädler e Jens Blumenberg, *Harmonization of Corporate Income Tax Systems within the European Community*, in: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Ruding Committee)*, CE, Bruxelles/Lussemburgo 1992, p. 441, Stephen G. Utz, *Taxation Panel: Tax Harmonization and Coordination in Europe and America*, 9 *Conn. J. Int'l L* 767, 785 (1994). S. Cnossen, *Om de Toekomst van de Vennootschapsbelasting in de Europese Unie*, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1996/6203, pp. 876 e 889-890.

(41) Vedere anche, *ad esempio*, Otto Gandenberger, *Die Einfluß der Einkommen-*

punto di vista dell'efficienza, occorrerebbe perseguire la neutralità al livello più elevato possibile (42). Altri valori, come l'equità, potrebbero giustificare la deroga da questa regola.

4.1. Neutralità dell'importazione di capitale e manodopera anziché neutralità sull'importazione di capitale

In relazione agli effetti delle imposte sull'attribuzione internazionale dei fattori, ci si concentra principalmente sul movimento di capitali (43), e, conseguentemente, sul contrasto fra i principi della Neutralità delle Esportazioni di Capitali (CEN) e la Neutralità dell'Importazione di Capitali (CIN) (44). Sia i termini sia le loro definizioni omettono il fattore di produzione manodopera fornito dagli individui. In linea con la mia opi-

und Körperschaftsteuer auf die internationalen Wirtschaftströme, in: Klaus Vogel, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1985, pp. 36-37, Richard Doernberg, *International Taxation, in a Nutshell*, West Group, St. Paul, Minn. 1999, pp. 3-6, e U.S. JCT (Joint Committee on Taxation), *Reports on International Taxation*, x19 *Tax Notes Int'l* 69, 92 (1999). Dissenzienti, D. Juch, *Internationaal Fiscaal (Verdragen)Recht*, MBB, 1999/3, p. 116. per quanto riguarda i recenti rapporti sulla concorrenza fiscale dannosa, una serie di Stati sembra perseguire una politica che si allontana da questo concetto di neutralità fiscale. Vedere, ad esempio, il rapporto OECD, *Harmful Tax Competition, A Emerging Global Issue*, OECD, Parigi 1998, e il rapporto UE del Gruppo sul Codice di Condotta sulla Tassazione delle Imprese, Bruxelles, 23 Novembre 1999, SN4901/99 al Consiglio ECOFIN in data 29 Novembre 1999.

(42) Vedere anche, ad esempio, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Fondazione per gli Studi Fiscali Europei, Università Erasmus Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 27-28, e Johan Brands, *Comment: Trade-off between Subsidiarity and Neutrality*, in: Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 38.

(43) Vedere, ad esempio, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II)*, *Intertax*, 1988/10, p. 311, e Alexander W. Capellen, *National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties*, *Finanzarchiv N.F.*, Bd. 56 (1999), pp. 424-442.

(44) Vedere, ad esempio, U.S. JCT., *Reports on International Taxation*, 19 *Tax Notes Int'l* 69, 92, 93 (1999). Vedere anche, ad esempio, Gary Clyde Hufbauer e Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Institute for International Economics, Washington, D.C. 1992, pp. 49-61, i quali, alle pp. 55-57, analizzano anch'essi la neutralità nazionale, cioè la politica fiscale di una nazione è quella di massimizzare i guadagni della nazione dall'uso del capitale di proprietà dei cittadini di quella nazione. L'obiettivo principale è quindi la prosperità nazionale, non

nione che soltanto gli individui possono creare reddito mentre le cose in sé non possono, e nonostante le differenze di grandezza della mobilità fra capitale e manodopera, vorrei suggerire di integrare i termini e le definizioni con il fattore manodopera: CEN diventerebbe CLEN e CIN diventerebbe CLIN. CLEN si definirebbe quindi come segue: una persona che percepisce un reddito dovrebbe pagare la stessa imposta totale (nazionale più estera), sia che egli riceva un determinato reddito da lavoro o da investimento da fonti estere sia che lo riceva da fonti nazionali. La definizione di CLIN è: il lavoro e i fondi di capitale che si originano in vari Stati stranieri dovrebbero concorrere in maniera paritaria nei mercati del lavoro e dei capitali, rispettivamente, di qualsiasi Stato, indipendentemente dal luogo di residenza del lavoratore o dell'investitore.

4.2. Il CLIN deve essere classificato al di sopra del CLEN

4.2.1. Investimenti diretti

Per quanto riguarda l'investimento diretto (impresa), ritengo che la tassazione basata sul principio di universalità crei un sistema non neutrale e quindi inefficiente, a causa delle differenze di tassazione alla residenza dei concorrenti sul mercato in questione (45). Le aziende entrano

l'efficienza dell'economia mondiale. Si tratta dell'equivalente del protezionismo fiscale. La neutralità nazionale è riflessa da un sistema di detrazioni delle tasse estere come spese, quindi non si tratta di un credito euro-per-euro. Vedere anche, ad esempio, Richard Doernberg, *International Taxation, in a Nutshell*, West Group, St. Paul, Minn. 1999, pp. 3-6, David L. Forst, *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships: A Policy-Based Approach*, 14 *Berk. J. Int'l Law* 239, 241-249 (1996), e Michael J. Graetz e Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 *Duke L. J.* 1021, 1042-1043 (1997), che, a mio parere correttamente, argomentano che il termine "neutralità nazionale" è fuorviante e destinato a fallire per i suoi propri termini. Alex Easson, *Fiscal Derogation and the Inter-nation Allocation of Tax Jurisdiction*, *EC Tax Review* 1996/3, p. 112, ritiene che i principi CIN e CEN non aiutano molto a dare risposta alla questione di come la giurisdizione fiscale dovrebbe essere condivisa fra lo Stato di fonte e quello di residenza. Egli si dichiara in favore di una tassazione dello Stato fonte per due motivi. Innanzitutto gli Stati che importano capitale tendono, nell'insieme ad essere più poveri di quelli che esportano capitali. Considerazioni di equità fra le nazioni sembrerebbero quindi in favore della tassazione dello Stato fonte. La seconda argomentazione, a suo parere più vincolante, riguarda la difficoltà di tassare i redditi di capitale internazionali. Egli ritiene che in realtà, la scelta potrebbe essere fra tassazione dello Stato fonte o nessuna tassazione.

(45) Vedere anche, ad esempio, Otto Gandenberger, *Die Einfluß der Einkommen- und Körperschaftsteuer auf die internationalen Wirtschaftströme*, in: Klaus Vogel, *Grund-*

in concorrenza con le aziende, non i proprietari con i Proprietari (46). Una attribuzione basata sulla territorialità della giurisdizione fiscale sulla produzione del reddito dovrebbe essere favorita. Essa consente alle imprese di entrare in concorrenza in condizioni paritarie con i loro concorrenti esteri perché, presumibilmente, tutti i concorrenti sono soggetti allo stesso trattamento fiscale. Un simile sistema fiscale contribuirebbe ad una attribuzione efficiente a livello mondiale dei fattori di produzione. Ai sensi delle convenzioni sulla doppia imposizione, il CLEN non potrebbe essere sostenuto argomentando che un sistema fiscale basato su questo principio è tenuto a prevenire uno spostamento del capitale di investimento da un Paese ad alta tassazione ad uno a bassa tassazione, poiché la politica generale globale degli Stati è quella di concludere convenzioni fiscali con Stati in buona fede, e cioè Stati con una aliquota fiscale e una base imponibile "decente" (47). Inoltre, il compromesso reale si avrebbe fra le situazioni in cui l'attività è svolta da aziende che hanno sede all'estero e quelle in cui essa è svolta da aziende che hanno sede nel Paese (48). Le società madri potrebbero minimizzare le imposte sul loro reddito a livello mondiale spostando la propria residenza legale dagli Stati ad alta tassazione agli Stati a bassa tassazione (49).

fragen des Internationalen Steuerrechts, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1985, pp. 44-46, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments*, (Part II), in *Intertax*, 1988/10, pp. 311-313. Inoltre, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law; An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 21-29, and S. Cnossen, *Om de Toekomst van de Vennootschapsbelasting in de Europese Unie*. Weekblad voor Fiscaal Recht 1996/6203, pp. 876, e 892-893.

(46) Vedere Michael J. Graetz e Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L. J. 1021, 1036 (1997), citando Thomas S. Adams, *Fundamental Problems of Federal Income Taxation*, 35 Q.J. Econ. 527, 542 (1921).

(47) Vedere, ad esempio, *International Tax Avoidance and Tax Evasion, Four Related Studies*, OECD, Parigi 1987, p. 23, il memorandum del Sottosegretario alla Finanza olandese, *Fiscaal Verdragsbeleid*, 2 Ottobre 1996, N. IFZ96/741, V-N 1996/51, pp. 4011, e Peter Wattel, *Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons. Legal Issues of European Integration*, 1996/1, p. 119.

(48) Vedere anche, ad esempio, Gary Clyde Hufbauer e Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Istituto per l'Economia Internazionale, Washington, D.C. 1992, p. 58.

(49) Vedere anche il Rapporto dell'OECD, *Taxing Profits in a Global Economy, Domestic and International Issues*, OECD, Parigi 1991, p. 179, e Michael J. Graetz e Mi-

4.2.2. Investimenti di portafoglio

Per quanto riguarda il reddito da investimenti di portafoglio, io ritengo che la tassazione in questione sarà neutrale soltanto se non modifica le condizioni di mercato in base alle quali il *debitore* opera (50). Ipotezzando che l'onere fiscale del creditore verrà tassato nei confronti del debitore (51), le differenze di tassazione da parte dei vari (potenziali) Stati creditori influenzeranno le condizioni di mercato alle quali è soggetto il debitore. La conclusione è che un sistema basato sulla universalità non è neutrale, e che esso non solo influenzerà la posizione del debitore, ma anche il funzionamento dei mercati di capitale. Un sistema basato sulla territorialità e sull'origine, tuttavia, sarà neutrale rispetto alla posizione del debitore, perché l'interesse subirà soltanto la imposizione nello Stato del debitore. Inoltre, un sistema basato sul CLIN potrebbe essere più efficace per prevenire le frodi fiscali (52). La stessa cosa si applica, *muta-*

chael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L. J. 1021, 1060 (1997). I fattori fiscali, sono ovviamente uno solo dei fattori che influenzano l'ubicazione di una società madre.

94

(50) Vedere anche, *ad esempio*, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II)*, Intertax, 1988/10, p. 315 (il quale preferisce il termine "investimento non imprenditoriale"), Hugh J. Ault, *Colloquium on Corporate Income Tax: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, 47 Tax L. Rev. 565, 571 (1992) (che usa il termine "investimento indiretto"), e Michael J. Graetz e Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L. J. 1021, 1058, 1071-1072 (1997), i quali indicano che anche gli Stati Uniti nei primi anni Venti hanno sostenuto all'interno della Camera di Commercio internazionale una tassazione dello Stato fonte sui dividendi e gli interessi sulla base, fra l'altro, della bilancia internazionale dei pagamenti, "che era in favore degli Stati Uniti in maniera schiacciante e che permetteva (e forse anche allo scopo di fornire dollari per l'acquisto delle esportazioni USA e per il pagamento dei debiti sostenuti dagli USA, richiedeva) generosità nelle regole degli Stati fonte verso gli importatori di capitale".

(51) Vedere anche, *ad esempio*, Richard M. Bird, *Shaping a New International Tax Order*, Università Erasmus di Rotterdam, 1988, pp. 7-8, OC Articolo 11, paragrafo 13, che, per contro, fa riferimento alle tasse imposte dallo Stato fonte che verranno passate al debitore dal creditore. Vedere anche, *ad esempio*, Ulrich Döring, *Zinsverschiebungen - Einde deutsche Quellensteuer auf Zinseinkünfte im internationalen Kontext*, ZfBf 43 (12/91), pp. 1087-1106.

(52) Vedere anche, *ad esempio*, and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L. J. 1021, 1097-1105 (1997).

tis mutandis ai dividendi (53). La tassazione sugli interessi e la tassazione sul reddito delle società, accompagnata o no da una ritenuta fiscale sul dividendo ed una imposta sui profitti delle filiali dovrebbero essere armonizzate. Di conseguenza, le convenzioni sulla doppia tassazione possono consentire molto opportunamente agli Stati contraenti nella loro qualità di Stato di origine, di differenziare fra la tassazione del reddito da investimento di portafoglio in questione.

4.2.3. Leasing operativi

Per raggiungere le neutralità fiscale, il pagamento dei leasing operativi, incluse le royalties, dovrebbe essere suddiviso in quattro parti. Una compensazione per gli ammortamenti del valore originario di mercato della proprietà in questione, una compensazione per il mantenimento della proprietà, una compensazione per l'assunzione dei rischi, ed una componente di interesse. La componente di interesse dovrebbe essere distinta perché un leasing può economicamente, almeno in parte, essere messo alla pari con il finanziamento della proprietà che viene messa a disposizione attraverso il leasing. Il leasing di una proprietà è simile dal punto di vista economico, almeno in una certa misura, all'acquisto della proprietà tramite un pagherò. Considerando l'analogia con le vendite e i servizi, le prime tre componenti dovrebbero essere attribuite allo Stato in cui il locatore svolge le sue attività. La componente di interesse dovrebbe essere attribuita allo Stato in cui il locatario svolge le sue attività (54).

95

4.2.4. Servizi personali

La tassazione basata sul principio di universalità non sarebbe neu-

(53) Vedere, ad esempio, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II)*, in *Intertax*, 1988/10, pp. 315-317, benché il suo ragionamento sia a volte un po' diverso. Dissenziente ad esempio, D. Juch, *Internationaal Fiscaal (Verdragen) Recht*, MBB, 1999/3, p. 118, il quale ritiene che una tassazione alla fonte sui dividendi impedisce il CLIN. Un diverso trattamento degli utili distribuiti e non distribuiti, ovviamente, impedirebbe la neutralità. Vedere anche, ad esempio, Albert Rädler e Jens Blumenberg, *Harmonization of Corporate Income Tax Systems within the European Community*, in: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation ("Ruding Committee")*, CE, Bruxelles/Lussemburgo 1992, p. 441.

(54) Confrontare, ad esempio, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-Evaluation of Arguments, (Part II)*, in *Intertax*, 1988/10, pp. 317-318, che distingue tre parti, perché egli considera le parti due e tre come un'unica parte: una compensazione per il mantenimento della proprietà e l'assunzione dei rischi.

trale neanche nel caso di servizi personali indipendenti e dipendenti al di là dei confini. Da un punto di vista economico, la decisione di lavorare in un Paese estero, di stipulare un contratto con un professionista straniero, o di impiegare un dipendente straniero, potrebbero essere ostacolate da questo sistema. Un sistema basato sul CLIN, tuttavia, sarà neutrale rispetto al mercato del lavoro nello Stato in cui viene prodotto il reddito da lavoro (55).

Di conseguenza, un'attribuzione basata sull'origine della giurisdizione fiscale attraverso le convenzioni fiscali bilaterali, a mio parere, non solo è sostenuta da principi legali, ma anche da principi economici, e cioè dal CLIN. Tuttavia, anche se come politica guida venisse scelto il CLEN, e si applicasse un sistema di credito d'imposta, resterebbe comunque possibile promuovere il principio di origine più di quanto non venga fatto oggi. Ciò potrebbe avvenire mediante una "nuova redazione" delle regole di distribuzione nelle convenzioni sulla doppia tassazione in base a questo principio.

5. I CLIN più idonei per il mercato interno

96

Agli Stati membri della Comunità Europea è stato lasciato ampio margine non solo in relazione ai fattori di collegamento per l'attribuzione della giurisdizione fiscale sul reddito e il capitale, ma anche nella scelta dei metodi per l'eliminazione della doppia tassazione. Nell'ambito delle convenzioni fiscali, l'eliminazione della doppia tassazione sembra la preoccupazione primaria, se non esclusiva, della Corte Europea di Giustizia. Il modo in cui viene raggiunto questo obiettivo, rientra nella libertà degli Stati membri (56). Mentre nel caso *Gilly* un credito d'imposta ordinario relativo al CLEN è stato considerato compatibile con l'articolo 39 del Trattato della Comunità Europea (57), nel caso *Saint-Gobain*, una

(55) Confrontare, ad esempio, Klaus Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II)*, in *Intertax*, 1988/10, pp. 318-319.

(56) Benché la sentenza ECJ 14 dicembre 2000, Caso C-141 (*AMID*), sembri riguardare semplicemente le regole di compensazione delle perdite belghe, come argomentato da A-G Alber nella sua conclusione dell'8 giugno 2000, e sia soltanto la posizione della Corte, io ritengo che il problema principale stia nel fatto che le regole belghe hanno come conseguenza una doppia tassazione.

(57) Sentenza ECJ del 12 maggio 1998, caso C-336/96 (*Gilly*). Si potrebbe soste-

esenzione della base imponibile (di dividendi) è stata applicata ai sensi degli articoli 43 e 48 del Trattato della Comunità europea (58). Ritengo che si possa concludere che in base alle libertà fondamentali del Trattato della Comunità Europea tanto un credito d'imposta ordinario, quanto una esenzione della base imponibile come metodo per l'eliminazione della doppia tassazione nelle convenzioni fiscali siano consentiti (59), a causa della interrelazione fra le disposizioni sulle libertà fondamentali (60).

nere che il sistema del credito fiscale fosse (implicitamente) accettato nella sentenza ECJ 15 maggio 1997, Caso C-250/95 (*Futura*), paragrafi 5, 20, e 43 (credito fiscale ordinario), e confermato nella sentenza ECJ 14 settembre 1999, caso C-391/97 (*Geschwind*), paragrafo 10, 22-30 (esenzione fiscale con progressione o cosiddetta esenzione modificata), sentenza ECJ 21 settembre 1999, caso C-307/97 (*Saint-Gobain*), paragrafi 19-20, 32, 38, 47-48, 53, e 63 (credito fiscale indiretto), Opinioni dell'Avvocato generale La Pergola del 24 giugno 1999 e del 14 dicembre 1999 sul caso C-35/98 (*Verkooijen*) (credito ordinario).

(58) Sentenza ECJ 21 settembre 1999, caso C-307/97 (*Saint-Gobain*). I sistemi di esenzione erano stati già (implicitamente) accettati nella sentenza ECJ 28 gennaio 1986, caso 270/83 (*Avoir Fiscal*), paragrafo 19-20 (esenzione della base imponibile), sentenza ECJ del 13 luglio 1993, caso C-330/91 (*Commerzbank*), paragrafi 5 e 19 (esenzione della base imponibile), sentenza ECJ del 14 febbraio 1995, caso C-279/93 (*Schumacker*), paragrafi 40-41 (esenzione della base imponibile), e ECJ 27 giugno 1996, caso C-107/94 (*Asscher*), paragrafi 47-49 (esenzione della base fiscale con progressione), e sentenza ECJ del 14 settembre 1999, caso C-391/97 (*Geschwind*), paragrafi 25-27 (esenzione della base imponibile).

(59) Confrontare anche, *ad esempio*, Peter Wattel, Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons, (Neutralità delle esportazioni di capitali e del libero movimento di persone), *Legal Issues of European Integration* 1996/1, pp. 119-124, Klaus Eicker, *Tax Treaties and EC Law: Comment on the Gilly Case*, 38 *European Taxation* 322, 325 (1998), Eric CCM Kemmeren, *EC Law: Specific Observations*, in: Peter HJ Essers, Guido JME de Bont, Eric CCM Kemmeren, *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, in *EUCOTAX Series on European Taxation*, volume 1, Kluwer Law International, Londra 1998, p. 27, Hans van den Hurk, *The European Court Knows Its Limits*, *EC Tax Review* 1999/4, p. 218, Michael Lang e Joseph Schuch, *Europe on Its Way to a Multilateral Tax Convention*, *EC Tax Review* 2000/1, p. 41, H.E. Kostense, *Het Arrest Saint-Gobain en de Toepassing van de Belastingverdragen; Evolutie of Revolutie (Deel 2)*, *MBB* 2000/7-8, pp. 257-260, Pasquale Pistone, *The Influence of Community Law on Tax Treaties. Issues and Solutions (L'influenza della legge comunitaria sui Trattati fiscali, problemi e soluzioni)*, di prossima pubblicazione in: *EUCOTAX Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, p. 170.

(60) Vedere, *ad esempio*, Sentenza ECJ 7 July 1988, Caso 143/87 (*Stanton*), sentenza ECJ 28 gennaio 1992, Caso C-204/90 (*Bachmann*), sentenza ECJ 24 giugno 1995, Caso C-384/93 (*Alpine Investments*), sentenza ECJ 15 febbraio 1996, Caso C-53/95 (*Anastii*). Vedere anche Ben J.M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, FED, Deventer 1997, p. 109.

Nonostante ciò, ritengo vi sia un forte sostegno, fra l'altro, all'idea di un mercato comune, articoli 4 e 98 del Trattato della Comunità Europea (politica economica) e le libertà fondamentali come base per le convenzioni fiscali sul principio CLIN. Essi certamente non lo proibiscono. Io ritengo che il CLIN soddisfi meglio gli obiettivi e i principi del Trattato della Comunità Europea. Il mercato comune è di natura analoga al mercato nazionale di un singolo Stato, anche se occorre sottolineare che ancora non esiste un vero mercato interno. Il CLIN sottolinea nel modo migliore possibile il funzionamento di questo mercato (costituito dagli Stati membri) creando una base comune negli Stati membri; lavoro e capitali che si originano negli Stati membri potranno competere paritariamente nei rispettivi mercati del lavoro e del capitale, di qualsiasi Stato, indipendentemente dal luogo di residenza del lavoratore o dell'investitore. Il concetto di tale piattaforma comune si ritrova anche nel "principio basilare di una economia di mercato aperta con libera concorrenza" menzionato negli articoli 4 e 98 del Trattato della Comunità Europea. In relazione agli investimenti diretti, io ritengo che siano le aziende a competere con le aziende, e non i privati con altri privati. L'attribuzione della giurisdizione fiscale sulla base del principio di territorialità dovrebbe quindi essere favorita. Essa consente alle imprese di competere su una base comune con i loro concorrenti esteri, poiché, presumibilmente, tutti i concorrenti sono soggetti allo stesso trattamento fiscale. In questo modo, verrà promossa la libertà di insediamento e quindi il mercato interno. La tassazione basata sul principio di universalità non sarebbe neutrale neppure in caso di servizi personali dipendenti o indipendenti dai confini. Da un punto di vista economico, la decisione di lavorare in un Paese straniero, di ingaggiare un professionista straniero o di assumere un dipendente straniero potrebbe essere ostacolata da questo sistema. Un sistema basato sul CLIN, tuttavia, sarà neutro rispetto al mercato del lavoro nello Stato in cui viene prodotto il reddito da lavoro. La libera circolazione dei lavoratori e la libertà di stabilimento ne trarranno vantaggio, come avverrà di conseguenza per il mercato interno. In relazione agli investimenti di portafoglio che producono reddito, ritengo che la tassazione in questione sarà neutrale soltanto se non modifica le condizioni di mercato nelle quali il debitore agisce. Supponendo che l'onere fiscale del creditore venga passato al debitore, le differenze di tassazione dei vari (potenziali) Stati creditori influenzeranno le condizioni di mercato nelle quali agisce il debitore. Un sistema basato sulla territorialità e l'origine tuttavia sarà neutrale rispetto alla posizione del debitore, perché l'interesse sosterrà semplicemente l'imposta nello Stato debitore. Lo stesso vale, *mutatis mutandis*, per il dividendo. La tassazione sugli interessi e l'imposta sul reddito societario, accompagnata o no da una ritenuta sui

dividendi, dovrebbero essere armonizzate fra loro. Tale tassazione promuoverà sia la libera circolazione dei capitali, sia il mercato interno. Un sistema basato sul CLIN contribuirebbe così ad una efficiente attribuzione a livello dell'intera Comunità Europea dei fattori di produzione. Concludo quindi che la politica economica e le libertà fondamentali garantite nel Trattato della Comunità Europea, favoriscono, o almeno non proibiscono, di strutturare le convenzioni fiscali sulla base del principio di origine e del principio di territorialità (61).

6. Detrazioni personali e aliquote progressive

Tra molti è diffusa la convinzione che il principio di facoltà o capacità contributiva è meglio soddisfatto da una imposizione basata sulla residenza (62). Si dice che il principio di facoltà venga misurato meglio mediante il reddito totale, definito e determinato in maniera esauriente senza fare riferimento alla fonte. Il cosiddetto principio di progressività, che

(61) Confrontare anche, *ad esempio*, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Fondazione per gli Studi Fiscali Europei, Università Erasmus Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, p. 31, Klaus Vogel, *Should Europe Adopt a Uniform Method for the Avoidance of Double Taxation*, Conferenza N.1 dell'Accademia Fiscale Internazionale IBFD, Amsterdam 2000, pp. 11-15, Peter Wattel, *Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons*, in *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, pp. 124-127, Ben J.M. Terra e Peter J. Wattel, *European Tax Law*, FED, Deventer 1997, p. 110, Moris Lehner, *Limitation of the National Power of Taxation by Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Review* 2000/1, p. 14, Pasquale Pistone, *The Influence of Community Law on Tax Treaties, Issues and Solutions*, (L'influenza della legge comunitaria sui Trattati fiscali, problemi e soluzioni), di prossima pubblicazione in: *EUCOTAX Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, pp. 170-176. Per contro, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 238-239, ritiene che all'interno della CE il principio di residenza possa essere la base più appropriata.

(62) Vedere, *ad esempio*, Boris I. Bittker e Lawrence Lokken, *Fundamentals of International Taxation, U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Warren, Gorham & Lamont, Boston, 66.1.2, Richard M. Bird, *Shaping a New International Tax Order*, Erasmus University Rotterdam, 1988, pp. 6-7, Rapporto OECD, *Taxing Profits in a Global Economy, Domestic and International Issues*, OECD, Paris 1991, p. 40, Robert A. Green, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises*, 79 *Cornell Law Review* 18, 29 (1993), Michael J. Graetz e Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 *Duke L. J.* 1021, 1034 (1997),

si basa sull'ipotesi che la capacità contributiva aumenta più che proporzionalmente con il reddito, viene inoltre ritenuto meglio funzionante in un sistema basato sulla residenza (63). Si ritiene che la cosiddetta tassazione del reddito basata sulla fonte sia incoerente non solo con il principio della capacità di pagare, ma anche con il principio della progressività (64). Per contro, io ritengo che un sistema basato sull'origine possa non solo soddisfare il principio di facoltà e, se si vuole, il principio di progressività, ma che tale sistema possa perfino rispondere al principio della facoltà in un modo migliore.

6.1. Detrazioni personali, sgravi e riduzioni

Le detrazioni personali, gli sgravi e le riduzioni fiscali dovrebbero essere presi in considerazione nello Stato di origine del reddito attivo o passivo, se necessario, *in percentuale*, se è coinvolto più di uno Stato di origine, evitando che queste facilitazioni vengano applicate due o più volte (65). In questo modo, viene meglio soddisfatto il principio di facoltà su

100

Robert J. Peroni, *Back to the Future: A Path to Progressive Reform of the US International Income Tax Rules*, 51 U. Miami L. Rev. 975, 982 (1997), Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 Law and Policy in International Business 145, 153 (1998), e Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 65-67 il quale riferisce quest'idea criticandola.

(63) Vedere, *ad esempio*, Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, p. 168.

(64) Vedere, *ad esempio*, John K. Sweet, *Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles*, 146 University of Pennsylvania Law Review 1994(1998).

(65) Confrontare anche, *ad esempio*, Georg Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 374-375, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 73-74, E.C.C.M. Kemmeren, *Persoonlijke Verminderingen op Grond van Non-Discriminatie in Belastingverdragen*, Weekblad voor Fiscaal Recht 1993/6044, p. 236, K.W.H. Leeftang, *De Europese Gedachte: Vrij Verkeer van Personen*, Weekblad voor Fiscaal Recht 1994/6116, p. 1253, Paul Farmer, *EC Law and National Rules on Direct Taxation: A Phoney War?*, in EC Tax Review 1998/1, p. 19, Kees van Raad, *Niet-Discriminerende Belastingheffing van Beperkt Belastingplichtigen door EU-Lidstaten*, in: *Liber Amicorum Jean-Pierre Lagae*, Ced.Samsom, Diegem (Belgium) 1998, pp. 535-536, Avvocato Generale Wattel nella sua conclusione del 29 dicembre 1999, n. 34 782, V:N 2000/8.11, p. 761 e *Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Geschwind Do Not Suffice*, 40 European Taxation 210 (2000), John F. Avery Jones, 4

base strutturale, mentre l'applicazione del principio di residenza potrebbe facilmente comportare errori. Mi riferisco al caso *De Groot* pendente davanti alla Corte Europea di Giustizia (66). De Groot è un residente in Olanda che ha esercitato la propria attività in parte in Olanda e in parte in Germania, in Francia e in Gran Bretagna. Il contribuente perde in Olanda una parte percentuale delle sue agevolazioni personali (nella fattispecie, detrazione degli alimenti e detrazione per la parte esente) a causa delle esenzioni fiscali, senza beneficiare di tali riduzioni, detrazioni o sgravi in Germania, in Francia o in Gran Bretagna. In sostanza, questo è un caso speculare rispetto al caso *Schumacker* e al caso *Geschwind*.

6.2. Aliquote progressive

Se si ritiene auspicabile far gravare imposte sul reddito secondo aliquote progressive, ciò dovrebbe essere fatto dallo Stato in cui si origina il reddito e non dallo Stato in cui risiede il contribuente (67). poiché le circostanze personali dovrebbero essere prese in considerazione dallo Stato in cui si origina il reddito (68) se necessario su base percentuale. Tener conto della progressione nello Stato di origine del reddito mette su base paritaria i contribuenti residenti e non residenti che esercitano attività di produzione del reddito sostanzialmente simili all'interno di uno stesso Stato, rispetto alla aliquota fiscale effettiva. Questo sistema mi-

10

Comment on "Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances", 40 *European Taxation* 375 (2000).

(66) Sentenza ECJ Caso C-385/00 (*De Groot*).

(67) Per contro, vedere Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 *Duke L. J.* 1021, 1034, 1040 (1997), Robert J. Peroni, *Back to the Future: A Path to Progressive Reform of the US International Income Tax Rules*, 51 *U. Miami L. Rev.* 975, 982 (1997), John F. Avery Jones, *A Comment on "Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances"*, 40 *European Taxation* 375 (2000).

(68) Confrontare anche, ad esempio, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, dissenzienti Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 41-44, e 228-237, Albert J. Rädler, *An Analysis of the European Court of Justice's Schumacker Decision*, *Tax Notes International* 1683, 1688-1689 (1995), e Peter J. Wattel, *Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Allowances: Why Schumacker, Asscher, Gilly and Geschwind Do Not Suffice*, 40 *European Taxation* 210 (2000). Per contro, vedere le obiezioni di Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 159-160.

gliora l'equa concorrenza nei mercati in cui l'attività economica sostanziale viene effettivamente svolta (neutralità fiscale). Quindi, non solo il principio di origine (69), ma anche il principio della neutralità delle importazioni di capitale ed un funzionamento ottimale del mercato interno nella Comunità Europea sono conformi a questo sistema.

7. Osservazioni conclusive

La neutralità dell'importazione di capitali e di lavoro (CLIN) e il Trattato della Comunità Europea favoriscono un'attribuzione basata sull'origine della giurisdizione fiscale mediante convenzioni sulla doppia imposizione entro la Comunità Europea, anche se alcune direttive e alcune proposte di direttive richiedono aggiustamenti. L'applicazione potenziale di una attribuzione basata sull'origine della giurisdizione fiscale è tuttavia non limitata alla Comunità Europea. Essa può e dovrebbe essere applicata su base mondiale. Il principio del territorio, il principio della facoltà e il principio dei benefici diretti giustificano il concetto basato sull'origine. È anche possibile, e forse anche più che possibile, rispetto alle attuali convenzioni fiscali sulla doppia imposizione basate sulla residenza. Molte informazioni sono disponibili nello Stato di origine, mentre le informazioni potrebbero non essere direttamente disponibili nello Stato di residenza di chi percepisce il reddito. Le convenzioni sulla doppia tassazione basate sull'origine creeranno una maggiore neutralità fiscale. Esse contribuiranno a creare una piattaforma comune e quindi alla successiva realizzazione del mercato interno della Comunità Europea. Queste convenzioni miglioreranno l'attribuzione efficiente dei fattori di produzione, e cioè alle ubicazioni in cui "essi incassano" il rendimento maggiore. In questo modo, la prosperità mondiale migliorerà, anche se la prosperità mondiale dipende naturalmente da ben più che una efficiente produzione di reddito.

(69) Per contro, Adolfo Atchabahian, *The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation*, 28 *Bulletin for International Documentation* 309, 315-316 (1974), ritiene che una applicazione vera e completa di questo principio impedisca di tener conto del reddito globale di una persona per determinare la scala di progressione. Enrique Piedrabuena, *The Model Convention to Avoid Double Income Taxation in the Andean Pact*, 29 *Bulletin for International Documentation* 51, 53, 58 (1975), pur sottolineando l'applicazione generale della tassazione esclusiva alla fonte, si riferisce soltanto allo Stato di residenza che dovrebbe avere il diritto di tener conto del reddito estero ai fini del calcolo dell'aliquota fiscale applicabile al reddito di fonte nazionale.

Origin-Based Double Tax Conventions and Import Neutrality^(*)

Eric Kemmeren (1)

1. Introduction

Current double tax conventions have predominantly been based on the principle of residence. It is my strong feeling that a lot of international tax planning is triggered and (alleged) abuse of tax conventions (2) is caused by mismatches in the structure of the current bilateral tax conventions. To find solutions with respect to flaws in the structure of tax conventions, (3) two main approaches could be followed. The mismatch could be removed in favour of, firstly, the resident state of the recipient of the benefit or, secondly, the state in which the benefit was originated.

I will leave aside the resident-based approach and will concentrate on the origin-based approach. I will focus on the principle of origin and its mutual

103

(*) Lecture held at the international Congress about "Tax jurisdictional criteria and European Union law", organized by the "Seconda Università" of Naples (Faculty of Law), the "Ordine Dottori Commercialisti of Naples" and this Review.

(1) Lecturer international tax law at the Fiscal Institute Tilburg, Tilburg University. He is also technical advisor to Ernst & Young, Tax Advisers at Rotterdam, the Netherlands.

(2) Tax planning is the structuring of the tax payer's economic affairs fiscally in the most favourable way. Compare, e.g., *International tax avoidance and tax evasion, four related studies*, OECD, Paris 1987, pp. 12, 16-17, OC Article 1, paragraph 7, and Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation ('Ruding Committee'), EC, Brussels/Luxembourg 1992, p. 138. Tax planning may reach a point beyond which it cannot be tolerated within a legal system intended to conform to principles of justice. See Klaus Vogel in: Klaus Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Third Edition, Kluwer Law International, London 1997, Article 1, pp. 116-117, m.no. 77.

(3) Compare also, e.g., Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 150-152, who points out that the cause of international tax avoidance is the renouncement by the state of origin of a possible comprehensive tax jurisdiction on domestic taxable objects at a general domestic level with respect to non-resident taxpayers. See also, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 136.

relationship with import neutrality. Some outlines of an origin-based double tax convention will be presented. The following issues will be addressed:

1. The principle of origin: what does it mean?
2. Legal principles for allocation of tax jurisdiction, with special reference to the ranking of the principle of origin among other principles.
3. Tax Neutrality, especially export versus import neutrality will be discussed in relation to the principle of origin.
4. What tax neutrality is most appropriate for the internal market of the European Community?
5. Personal allowances and progressive tax rates will be touched upon.
6. I will end with some concluding remarks.

2. Principle of Origin

Allocation of tax jurisdiction based on the principle of origin justifies taxation of income by a state if the income is created within the territory of that state; that is to say, the cause of the income is within the territory of that state. (4) The *origin* of income is where the intellectual element (among the assets) is to be found. (5) This intellectual element is provided by activities of individual human beings. Only *individuals* can create income and things themselves cannot. (6) The allocation of tax jurisdic-

104

(4) Compare, e.g., International Chamber of Commerce, *Avoidance of Double Taxation: Exemption versus Credit Method*, Resolution of ICC Council and Report of Commission on Taxation (Tokyo, 1955): "That country of origin, that is, the country from which the income is derived (...)", Adolfo Atchabahian, *The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation*, 28 *Bulletin for International Documentation* 309, 315 (1974), who uses the term 'source' where I use the term 'origin', since he defines 'the principle of source' as: "That is, the taxing power rests with the country in whose territory such income originates or is generated." See also Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments* (Part I), *Intertax*, 1988/8-9, p. 223, who uses the term 'source' as well, defining 'source' as "the place of the income-generating activity". The US Treasury uses also the term 'source' and argues that, in general, the source of income is located where the economic activities creating the income occur. See, US Treasury, *Selected Tax Policy Implications of Global Electronic Commerce*, 1996, p. 18.

(5) Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee, League of Nations, Geneva, April 5th 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 20.

(6) Compare also, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p 143, and Michael P. Boyle a.o., *The Emerging International Tax Environment for Electronic Commerce*, 28 *Tax Mgmt. Int'l J.* 357, 374 (1999).

tion on income based on the principle of origin should be restricted to a *substantial* income producing activity in the state concerned. (7) An income producing activity is considered to be 'substantial' if such an activity forms an essential and significant part of the activity as a whole. (8) For practical reasons, it could be contemplated to introduce safe harbour rules, which determine whether an activity is considered 'substantial'. (9)

I would like to emphasise that I distinguish the term 'origin' from the term 'source'. The term 'source' is used in various meanings. (10) For example, it is referred to as the state in which tangible or intangible property is located, (11) in which tangible or intangible property is used, (12) in which the services are performed, which is affected by the services, in which the contract is signed, in which the contract is executed, whose laws rule the contract, (13) with which the identity of the payer is linked,

(7) Compare also, e.g., Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, p. 372, Hugh J. Ault, *Comparative Income Taxation*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston 1997, p. 431.

(8) OC Article 5, paragraph 24, with respect to business profits.

(9) In the framework of a capital tax, the term 'origin' does not seem to be appropriate. In this respect, the term 'economic location' is preferred, which means that tax jurisdiction on the possession of property should be allocated to the state that provides a legal framework and/or physical infrastructure to establish and preserve the property concerned.

(10) Compare also, e.g., Ramón Valdés Costa, The Treatment of Investment Income under the Andean Pact Model Convention – The Andean View, 29 *Bulletin for International Documentation* 91, 92 (1975), Tulio Rosembuj, Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain, 26 *Intertax* 4, 9-13 (1998), and John F. Avery Jones, a.o. Tax Treaty Problems Relating to Source, *European Taxation*, March 1998, p. 79.

(11) See, e.g., Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 61, who uses the German term "*Ursprung*" in the meaning of 'source' and not of 'origin', as will be discussed below. See also, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 122.

(12) See, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 121: "Producing source or in an economic sense. - According to this, source is located in the territory of the State where the factors of production are used."

(13) See, e.g., the so-called title passage rule. See, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 122-123, R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989,

in which the payer is located, (14) from which the payment has been made, (15) or which bears the expenses. (16) Thus, the term 'source' is used for a motley collection of justifications for the allocation of tax jurisdiction. This often makes burdensome discussions, because people use the same term to express different concepts.

3. Legal Principles for Allocation of Tax Jurisdiction

3.1. Qualitative Principles

In international relationships, tax jurisdiction can be justified if a sufficient relationship with the state concerned exists. Such a relationship can consist of a political and/or an economic connection. (17)

Tax jurisdiction is particularly based on the economic relationship with the State concerned; (18) at least, tax jurisdiction with respect to in-

p. 109, David L. Forst, *The Continuing Vitality of Source-Based Taxation in the Electronic Age*, 15 *Tax Notes International* 1455 (1997) and John K. Sweet, *Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles*, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1949-2011 (1998).

106

(14) These categories include "the paying state principle". The assignment of tax jurisdiction is then justified because of the fact that the income is paid by a state or a department of it, or because of the location of the payer. Neither the fact that a state or department makes a payment, nor that the payer is located in a state reflects the cause of the production of income.

(15) See, e.g., Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 61, Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p. 122: "Paying source or in a financial sense. - Source is located in the territory of the State where income is made available, where costs corresponding to that income are incurred."

(16) See, e.g., Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 80-81.

(17) Compare also, e.g., Tulio Rosebuj, *Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain*, 26 *Intertax* 4-6 (1998).

(18) R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 22 and 183, Luc Hinnekens, *De Territorialiteit van de Inkomstenbelasting op Nieuwe Wegen en Grondslagen*, Kluwer Rechtswetenschappen België, Deurne 1993, p. 28, Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 145 (1998), and Moris Lehner, *Limitation of the National Power of Taxation by Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Clauses of the EC Treaty*, 9 *EC Tax Review* 5, 12-12(2000).

come and capital should be based on it. (19) Income is merely produced if an individual utilises the production factor of labour or, in addition to labour, of capital. The taxation of income should link up, as much as possible, with this utilisation, and therefore also with the place (the territory) where these factors are utilised (territory principle). (20) Mere political allegiance is an insufficient basis for tax jurisdiction with respect to the production of income, because political allegiance does not produce income. (21, 22)

(19) See also, e.g., Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 372-380, and Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 71. For a different opinion, see e.g. Alex Easson, Fiscal Derogation and the Inter-nation allocation of Jurisdiction, *EC Tax Review*, 1996/3, p. 112, and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1092-1093 (1997).

(20) This territory principle is a specially tailored elaboration for income and capital tax purposes of the general territory principle of public international law as described by, e.g. Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerelementationsbüro, Amsterdam 1964, p. 163:

"Es hat zum Inhalt die Begrenzung der ausschliesslichen Herrschaft des eigenen Staats durch das Staatsgebiet mit der Wirkung, dass ohne seine Zustimmung Akte einer fremden Staatsgewalt, die Personen oder Sachen in diesem Staatsgebiet verpflichtet, nicht zulässig sind."

Pursuant to R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, p. 45 territorial sovereignty comprises the power of a state to exercise supreme authority over all persons and things within its territory.

(21) Compare also Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee, League of Nations, Geneva, April 5th 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 19. Dissenting: R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 69, 71, 79 and 99, who thinks that it is logical that tax jurisdiction based on nationality is as valid as jurisdiction based on territoriality, because jurisdiction is an attribute of sovereignty. In his view, an economical attachment is only relevant with respect to capital taxes and not to income taxes, for which he considers personal attachment predominant. It should be noted that the purpose his study (see p. 2) was "to ascertain the 'naked' rules of objective or rather, general international law in matters of fiscal jurisdiction, i.e., the rules that would apply in absence of any tax Treaty or custom to prevent or eliminate double taxation."

(22) An exception might be necessary with respect to diplomatic and consular representatives, for which the personal sovereignty (of the sending state) might carry more weight than territorial sovereignty. See R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Deventer 1989, pp. 43-46, and 182-185 with respect to the distinguished modalities of personal, territorial, and functional sovereignty. On the other hand, diplomatic and consular representatives and representatives of international organisations could also be considered one group, for which functional sovereignty might be decisive, because the particularity of their

To assess whether a sufficient point of connection for the assignment of tax jurisdiction is present, a link should be made between the territory principle with the direct benefit principle, that is to say, taxation should be considered as a contribution for benefits provided to an individual through state activities. (23) The direct benefit principle may be considered as a part of the faculty principle, or the principle of the ability to pay. (24) A person's wealth provides the ability to pay taxes. The faculty principle implies that persons in similar economic positions should be treated equally (horizontal equality), and that persons in dissimilar economic positions should be treated differently according to the degree of dissimilarity (vertical equality). (25) On the basis of the direct benefit principle, the person who benefits from public expenses made by a state should also contribute to these expenses. (26) This means that a person producing income including cap-

function might require that functional sovereignty takes precedence over territorial sovereignty. If so, personal sovereignty should not play a role in assigning tax jurisdiction.

(23) See e.g. Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 36-37, Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, *Intertax*, 1988/11, pp. 394-395, R.S.J. Martha, *The Jurisdiction to Tax in International Law*, Kluwer Law and Taxation, Dordrecht 1989, pp. 19-21 for an elaboration on this theory, and Tulio Rosembuj, *Personal and Economic Allegiance under the Personal Income Tax and Corporate Tax in Spain*, 26 *Intertax* 4 (1998). Dissenting, e.g., Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 145 (1998).

(24) Compare also Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee, League of Nations, Geneva, April 5th 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 18. See also pp. 20-22. In contrast, e.g., Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law and Policy in International Business* 145, 158 (1998), who believes that the benefit theory and ability-to-pay theory are competing theories. She connects, however, ability-to-pay with redistribution of goods in society.

(25) Compare also, e.g., Nancy H. Kaufman, *Fairness and the Taxation of International Income*, 29 *Law and Policy in International Business* 164-166 (1998), S. Clossen and A.L. Bovenberg, *Vermögensrendementsheffing: Vondst of Miskleun*, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 2000/6369, p. 8.

(26) See also, e.g., Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, *Intertax*, 1988/11, pp. 394-395, Van Soest, *Belastingen*, 18th edition, Gouda Quint, Arnhem 1995, p. 20, and M. Romyn, *Internationaal Belastingrecht*, sixth edition, Gianotten, Tilburg 1999, p. 3. Alex Easson, *Fiscal Degradation and the Inter-nation Allocation of Tax Jurisdiction*, *EC Tax Review*, 1996/3, p. 112 thinks that notions such as economic allegiance, or direct benefit principle are unable to provide satisfactory answers to the question how tax jurisdiction should be shared between states.

ital gains, that is to say, increasing his individual faculty, benefits from public expenses made by a state, which enables him to produce income, and should, therefore, contribute to those expenses.

With respect to income taxes, the direct benefit principle is further elaborated by the principles of nationality/citizenship, incorporation/*siège réel*, domicile/residence, source, origin, and functionality. These principles have a qualitative nature that is to say they indicate whether there is a *justification* to allocate tax jurisdiction to a State. (27) Besides these qualitative principles, the universality principle and a more limited application of the territory principle (the territoriality principle) play a part with regard to the allocation of tax jurisdiction. These principles seem to have a quantitative nature, that is to say, provided that a qualitative principle has been satisfied, they seem to determine more or less the magnitude of the taxing rights.

In my view, the basic qualitative principles discussed above should be ranked as follows:

1. Principle of origin;
2. Principle of source;
3. Principle of residence;
4. Principle of nationality.

For the allocation of tax jurisdiction on income and capital, the principles of nationality and residence do not qualify as leading principles, because nationality and residence as such do not produce income. (28) Residence is considered to be further away from mere political or personal allegiance and closer to economic allegiance, so that the State of residence might, in the end, have stronger rights than the state of which a person derives his nationality. (29) However, in substance, residence is a way of *consuming* the income produced or the capital in possession. (30) There-

(27) Compare also, e.g., Klaus Vogel, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments* (Part I), *Intertax*, 1988/8-9, p. 216, and Nancy H. Kaufman, Fairness and the Taxation of International Income, 29 *Law and Policy in International Business* 145, 152, 157 (1998).

(28) Compare also, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 120, and 131-134, where he lists and evaluates (other) arguments in favour and against.

(29) Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, *Report on Double Taxation*, submitted to the Financial Committee, League of Nations, Geneva, April 5th 1923, E.F.S. 73 (F.19), p. 19.

(30) Compare also, e.g., Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 375-376,

fore, residence offers a basis for allocation of tax jurisdiction with respect to consumption of income rather than production of income. The principle of source ultimately cannot serve as a justification for a tax on income and capital as well, since the income may be produced in another State than where the property is physically situated. Since the principle of origin is most strongly related to the taxation based upon the so-called *wirtschaftliche Zugehörigkeit*, economic allegiance, and the production of wealth side of faculty, it is the primary, (31) if not the exclusive, principle on which the allocation of tax jurisdiction among contracting states in a bilateral tax convention on income and capital should be based. (32)

3.2. Quantitative Principles

The universality principle implies that all income of a person, wherever arisen or produced, may be taxed by the state concerned. This principle is mostly connected to the qualitative principles of nationality and

and A.C. Rijkers, *Rente, Regels en Realisme*, Serie Belastingadviseursdagen nummer 41, FED 1996, pp. 76-78. Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, at p. 71 adheres this point of view as well, but at pp. 72 and 74 he expresses a contradictory position, since he then considers a dwelling as a source of income, in which case he argues that the state of origin and the state of residence coincides.

(31) See also, e.g., Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 372-380, Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, p. 184, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 24-49, and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1102-1105 (1997). The Mexico draft Model Tax Convention (1943) of the League of Nations favoured also highly the principle of source. Compare, e.g., Heiko Meyer, at pp. 31-33, and E. Bunders and J.A.C.A. Overgaauw, Terugblik op een Eeuw Nederlandse Belastingverdragen. Wat Zal de Nieuwe Eeuw Brengen?, *MBB 2000/1*, p. 27.

(32) Compare International Chamber of Commerce, *Avoidance of Double Taxation: Exemption versus Credit Method*, Resolution of ICC Council and Report of Commission on Taxation (Tokyo, 1955): "The country of origin (...) has the sole right to tax the income." In Nepal in 1957, the statement was toned down in this way: "conceding to the country of origin the prior right to tax income which arises within its jurisdiction." The Chamber seems to move from the principle of origin to the principle of source as defined above. See also, e.g., Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 71-78, Adolfo Atchabahian, The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation, 28 *Bulletin for International Documentation* 309, 315-317 (1974).

residence. (33) The most significant manifestation of the universality principle is found in a tax system based on a tax credit method. It is, however, also possible that the principles of source, or origin play a part under a tax system based on the universality principle. In such a system, the balance between state of nationality or residence and the State of source or origin will be shifted in favour of the latter, that is to say, the State of source or origin is given the primary right to tax the income produced there, and the State of nationality or residence taxing the worldwide income imputes (to a certain extent) the taxes levied in the State of source or origin. The territoriality principle, as a more limited application of the territory principle, implies that the magnitude of the taxing rights of a State is merely determined by the income earned inside that State. In contrast to the universality principle, under which the level of taxation of the State of nationality or residence prevails, (34) the level of taxation of the State of source or origin is decisive under the territoriality principle. The territoriality principle is closely connected to the principle of source and the principle of origin. (35) Exclusive taxation by the state of source or origin implies a tax base exemption in the other contracting state. (36) The strongest argument in favour of the tax base exemption and territoriality principle over a tax credit and the universality principle is to be found in the direct benefit principle. If a taxpayer may set off foreign losses against 'positive' domestic income, he does not contribute to the public expenses of the state concerned in accordance with the proportion that he benefits from the State enabling him to acquire wealth. On the other hand, it is clear that, under a comprehensive tax system, the taxpayer's faculty as a

(33) See, e.g., Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, pp.165-166, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, p. 21, Paul R. McDaniel/Hugh J. Ault, *Introduction to United States International Taxation*, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands, 1998, p. 33, and J.A.G. van der Geld, *De Herzienne Deelnemingsvrijstelling*, Kluwer, Deventer 1990, p. 68-69.

(34) Unless the level of taxation of the other contracting state is higher.

(35) Compare also, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, p 142.

(36) Under the modified exemption, the items of income or capital which are taxable in the state of source or origin and economic location are included in the tax base of the other contracting state, and then the latter is required to reduce the amount of tax, i.e., to deduct from it that portion which corresponds to the items of income or capital concerned. In my view, this is not an exemption method but a credit method. In substance, the universality principle is applied, and not the territoriality principle.

whole should be taxed only once. With respect to income tax, this implies that, if the home State has enabled the taxpayer to produce 'positive' income, and the foreign State has enabled the taxpayer to produce 'negative' income, the foreign State should bear the reduction of wealth. This follows from the direct benefit principle appearing as a minus, whereas it usually appears as a plus. The foreign State should compensate the taxpayer with a negative tax. If, nevertheless, the methods based on the universality principle are chosen as leading methods, the foreign State should compensate the home State. These results are in line with the principle of origin. The territoriality principle should be ranked over the universality principle and, as a consequence, the tax base exemption should prevail over the tax credit. (37)

4. Tax Neutrality

The efficiency of the world economy should be maximised by allocating the production factors to locations where "they earn" the highest return. (38) In this way, worldwide prosperity will be improved. (39) Apart from an efficient creation of income, worldwide prosperity also depends, of course, on an equitable distribution of the income earned. In

(37) Furthermore, the modified exemption should be ranked over the tax credit because the former better satisfies the direct benefit principle than the latter.

(38) Gary Clyde Hufbauer and Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Institute for International Economics, Washington, D.C. 1992, p. 55. In assessing efficiency also administrative efficiency plays a role. Compare also, e.g., Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 28-29, refers in this respect to a state's 'administrative net output', i.e., the surplus of the aggregate value of state-provided services over state revenues (taxes, in particular). The difference between optimal net output and effective net output is considered 'unproductive state consumption'. Legislation that provides for both optimal productivity and exchange and a reduction in unproductive state consumption to a reasonable extent is considered to be fairly neutral. See for critical observations on this issue, e.g., Johan Brands, Comment: Trade-off between Subsidiarity and Neutrality, in: Klaus Vogel, *op. cit.*, pp. 40-41.

(39) Compare also, e.g., Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, p. 28, and Stephen G. Utz, Taxation Panel: Tax Harmonization and Coordination in Europe and America, 9 *Com. J. Int'l L* 767, 786 (1994). In contrast, e.g., Julie Roin, The Grand Illusion: A Neutral System for Taxation of International Transactions, 75 *Virginia Law Review* 919, 963-969 (1989).

respect of efficiency of the world economy, neutrality of taxes should prevail in open markets, *i.e.*, taxation should not, or at least as little as possible, influence an efficient allocation of the production factors labour and capital. (40) Economic considerations other than fiscal motives should determine the behaviour of economic operators. (41) Complete neutrality may not be possible, but, from an efficiency perspective, neutrality at a highest possible level should be pursued. (42) Other values, like equity, may justify a deviation from this rule.

4.1. Capital and Labour Import Neutrality instead of Capital Import Neutrality

With respect to tax effects on international factor allocation, the focus is mostly on capital movement, (43) and, consequently, on the con-

(40) Compare, *e.g.*, Hugh J. Ault, Colloquim on Corporate Income Tax: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices, 47 *Tax L. Rev.* 565, 572 (1992), Gary Clyde Hufbauer and Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Institute for International Economics, Washington, D.C. 1992, p. 50, Albert Rädler and Jens Blumenberg, Harmonization of Corporate Income Tax Systems within the European Community, in: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* ('Ruding Committee'), EC, Brussels/Luxembourg 1992, p. 441, Stephen G. Utz, Taxation Panel: Tax Harmonization and Coordination in Europe and America, 9 *Conn. J. Int'l L.* 767, 785 (1994). S. Cnossen, Om de Toekomst van de Vennootschapsbelasting in de Europese Unie, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1996/6203, pp. 876 and 889-890.

(41) Compare also, *e.g.*, Otto Gandenberger, Die Einfluß der Einkommen- und Körperschaftsteuer auf die internationalen Wirtschaftströme, in: Klaus Vogel, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1985, pp. 36-37, Richard Doernberg, *International Taxation, in a Nutshell*, West Group, St. Paul, Minn. 1999, pp. 3-6, and U.S. JCT (Joint Committee on Taxation) Reports on International Taxation, 19 *Tax Notes Int'l* 69, 92 (1999). Dissenting, *e.g.*, D. Juch, Internationaal Fiscaal (Verdragen)Recht, *MBB*, 1999/3, p. 116. Considering recent reports on harmful tax competition, a number of states seems to pursue a policy deviating from this concept of tax neutrality. See, *e.g.*, the OECD report, *Harmful Tax Competition, A Emerging Global Issue*, OECD, Paris 1998, and the EU report from the Code of Conduct Group (Business Taxation), Brussels, 23 November 1999, SN4901/99 to ECOFIN Council on 29 November 1999.

(42) Compare also, *e.g.*, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law; An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 27-28, and Johan Brands, Comment: Trade-off between Subsidiarity and Neutrality, in: Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 38.

(43) See, *e.g.*, Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, p. 311, and Alexander W. Capellen, National and International Distributive Justice in Bilateral Tax Treaties, *Finanzarchiv N.F.*, Bd. 56 (1999), pp. 424-442.

trast between the principles of Capital Export Neutrality (CEN) and Capital Import Neutrality (CIN). (44) Both terms and their definitions omit the production factor labour delivered by individuals. In line with my belief that only individuals can create income and things in themselves cannot, and despite the differences in magnitude of mobility between capital and labour, I would like suggesting to supplement both terms and definitions with the factor labour: CEN will be CLEN and CIN will be CLIN. CLEN is then defined as follows: an income recipient should pay the same total (domestic plus foreign) tax, whether he receives a given labour or investment income from foreign or from domestic sources. The definition of CLIN is: labour and capital funds originating in various States should compete on equal terms in the labour and capital markets, respectively, of any state, irrespective of the place of residence of the worker or the investor.

4.2. CLIN to be ranked over CLEN

4.2.1. Direct investments

With respect to direct investments (enterprise), I think that taxation based on the universality principle creates a non-neutral and therefore in-

(44) Compare, e.g., U.S. JCT Reports on International Taxation, *19 Tax Notes Int'l* 69, 92, 93 (1999). See also, e.g., Gary Clyde Hufbauer and Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Institute for International Economics, Washington, D.C. 1992, pp. 49-61, who, at pp. 55-57, also discuss national neutrality, i.e., a nation's tax policy is to maximise the nation's gains from the use of national-owned capital. National prosperity is thus the paramount goal, not efficiency of the world economy. It is the equivalent of tax protectionism. National neutrality is reflected by a system of deduction of foreign taxes as expenses, thus not by a euro-for-euro credit. See also, e.g., Richard Doernberg, *International Taxation, in a Nutshell*, West Group, St. Paul, Minn. 1999, pp. 3-6, David L. Forst, *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships: A Policy-Based Approach*, *14 Berk. J. Int'l Law* 239, 241-249 (1996), and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, *46 Duke L. J.* 1021, 1042-1043 (1997), who, in my view correctly, argue that the term "national neutrality" is misleading and that it is doomed to fail on its own terms. Alex Easson, *Fiscal Derogation and the Inter-nation Allocation of Tax Jurisdiction*, *EC Tax Review* 1996/3, p. 112, believes that the CIN and CEN principles do not help a great deal to provide answers to the question how tax jurisdiction should be shared between source and residence states. For two reasons he favours a source state taxation. Firstly, capital-importing states tend, on balance, to be poorer than those that export capital do. Considerations of inter-nation equity would, therefore, seem to favour source state taxation. The second, and in his opinion more compelling, argument lies in the difficulty of taxing international capital income. He thinks that in reality, the choice may be between source state taxation or no taxation at all.

efficient system, due to the differences in residence taxation of the competitors on the relevant market. (45) Business competes with business, not owners with owners. (46) A territoriality-based allocation of tax jurisdiction on the production of income should be favoured. It enables enterprises to compete on a level playing field with their foreign competitors because, presumably, all competitors are subject to the same tax treatment. Such a tax system would contribute to a worldwide efficient allocation of production factors. Under double tax conventions, CLEN cannot be advocated either by arguing that a tax system based on this principle is required to prevent a shift of investment capital from high-tax to low-tax jurisdictions, since the overall general policy of States is to conclude tax Conventions with *bona fide* states, that is to say, States with a 'decent' tax rate and tax base. (47) Furthermore, the real trade-off will be whether the activity is done by foreign-based firms or domestic-based firms. (48) Besides, parent companies could minimise tax on their worldwide income by shifting their legal residence from high-tax states to lower tax States. (49)

(45) Compare also, *e.g.*, Otto Gandenberger, Die Einfluß der Einkommen- und Körperschaftsteuer auf die internationalen Wirtschaftströme, in: Klaus Vogel, *Grundfragen des Internationalen Steuerrechts*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1985, pp. 44-46, Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, pp. 311-313, Compare also, *e.g.*, Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, pp. 21-29, and S. Cnossen, Om de Toekomst van de Vennootschapsbelasting in de Europese Unie, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1996/6203, pp. 876, and 892-893.

(46) See Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1036 (1997), citing Thomas S. Adams, Fundamental Problems of Federal Income Taxation, 35 *Q.J. Econ.* 527, 542 (1921).

(47) See, *e.g.*, *International Tax Avoidance and Tax Evasion, Four Related Studies*, OECD, Paris 1987, p. 23, the memorandum of the Netherlands' Under-Secretary of Finance, *Fiscaal Verdragsbeleid*, 2 October 1996, No. IFZ96/741, V-N 1996/51, pp. 4011, and Peter Wattel, Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons, *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, p. 119.

(48) See also, *e.g.*, Gary Clyde Hufbauer and Joanna M. van Rooij, *U.S. Taxation of International Income, Blueprint for Reform*, Institute for International Economics, Washington, D.C. 1992, p. 58.

(49) Compare also, *e.g.*, OECD report, *Taxing Profits in a Global Economy, Domestic and International Issues*, OECD, Paris 1991, p. 179, and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1060 (1997). Tax factors are, of course, only one factor that influences the location of a parent company.

4.2.2. Portfolio investments

With respect to income from portfolio investments, I believe that taxation of interest will only be neutral if it does not change the market conditions subject to which the *debtor* operates. (50) Assuming that the creditor's tax burden will be passed on to the debtor, (51) the differences in taxation by the various (potential) creditor States will affect the market conditions subject to which the debtor operates. The conclusion is that a universality-based system is not neutral, and that it will not only affect the position of the debtor, but also the functioning of the capital markets. A territoriality and origin-based system, however, will be neutral with respect to the position of the debtor, because the interest will only bear the tax imposed by the debtor's state. Furthermore, a CLIN-based system might be more effective to prevent tax fraud. (52) The same applies *mutatis mutandis* to dividend. (53) The taxation on interest and the corpo-

(50) Compare also, e.g., Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, p. 315 (who prefers the term 'non-entrepreneurial investment'), Hugh J. Ault, Colloquium on Corporate Income Tax: Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices, 47 *Tax L. Rev.* 565, 571 (1992) (who uses the term 'indirect investment'), and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1058, 1071-1072 (1997), who illustrate that even the USA in the early 1920s advocated within the International Chamber of Commerce a source state taxation on dividend and interest, on the basis of, *inter alia*, the international balance of payments, "which was overwhelmingly in the US' favour and which permitted (perhaps even, in the interest of providing dollars for the purchase of US exports and for the payment of US-held debts, required) generosity in source rules to capital importers."

(51) Compare also, e.g., Richard M. Bird, *Shaping a New International Tax Order*, Erasmus University Rotterdam, 1988, pp. 7-8., OC Article 11, paragraph 13, which, by contrast, refers to tax levied by the source state which will be passed on to the debtor by the creditor. See also, e.g., Ulrich Döring, Zinsverschiebungen - Einde deutsche Quellensteuer auf Zinseinkünfte im internationalen Kontext, *ZfBf* 43 (12/91), pp. 1087-1106.

(52) Compare also, e.g., and Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1097-1105 (1997).

(53) Compare, e.g., Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, pp. 315-317, albeit his reasoning is sometimes somewhat different. Dissenting, e.g., D. Juch, Internationaal Fiscaal (Verdragen)Recht, *MBB*, 1999/3, p. 118, who believes that a source taxation on dividends impedes CLIN. A different treatment of distributed and undistributed profits would, of course, impede neutrality. Compare also, e.g., Albert Rädler and Jens Blumenberg, Harmonization of Corporate Income Tax Systems within the European Community, in: *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* ('Ruding Committee'), EC, Brussels/Luxembourg 1992, p. 441.

rate income tax, whether supplemented or not with a dividend withholding tax and a branch profits tax, should be attuned to each other. Consequently, double tax conventions may very well allow contracting states in their quality of State of origin to differentiate between taxation of the portfolio investment income concerned.

4.2.3. Operational lease

To achieve tax neutrality, the operational lease payment, including royalties, should be subdivided into four parts: a compensation for write-offs on the original market value of the property concerned, a compensation for maintaining the property, a compensation for bearing the risks, and an interest component. An interest component should be distinguished because a lease can economically, at least partly, be put on par with financing the property having at disposal through the lease. A lease of property approximates economically, at least to a certain extent, a purchase of the property against a note. Considering the analogy with sales and services, the first three components should be attributed to the state in which the lessor performs his activities. The interest component should be attributed to the state in which the lessee performs his activities. (54)

4.2.4. Personal services

Taxation based on the universality principle would not be neutral either in case of cross-border independent and dependent personal services. From an economic perspective, the decision to work in a foreign country, to contract a foreign professional, or to engage a foreign employee could be hindered by such a system. A CLIN-based system, however, will be neutral with respect to the labour market in the state where the labour income is produced. (55)

Consequently, an origin-based attribution of tax jurisdiction through bilateral tax Conventions, in my view, is not only supported by legal principles, but also by economic principles, that is to say CLIN. However, even if CLEN is embraced as the leading policy and a tax

(54) Compare, *e.g.*, Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-Evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, pp. 317-318, who distinguishes three parts, because he considers parts two and three as constituting one single part: a compensation for maintaining the property and bearing the risks.

(55) Compare, *e.g.*, Klaus Vogel, World-wide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments, (Part II), *Intertax*, 1988/10, pp. 318-319.

credit system is applied, it is still possible to promote the principle of origin more than it is done nowadays. This could be done by (re)drafting the distribution rules in double tax conventions on the basis of this principle.

5. CLIN most appropriate for internal market

The EC Member States are left much room not only with respect to the connecting factors to allocate tax jurisdiction on income and capital, but also with respect to the methods for elimination of double taxation. In the framework of tax Conventions, the elimination of double taxation seems to be the primary, if not the exclusive, concern of the European Court of Justice. How this goal is achieved, is at liberty of the Member States. (56) Whereas in the Gilly case an ordinary tax credit related to CLEN was considered to be compatible with Article 39 EC Treaty, (57) in the Saint-Gobain case, a tax base exemption (of dividends) was applied under Articles 43 and 48 EC Treaty. (58) I believe that it can be concluded that under the fundamental freedoms of the EC Treaty both an ordinary tax credit and a tax base exemption as method for the elimination of double taxation in tax Conventions are allowed, (59) because of

118

(56) Albeit, ECJ 14 December 2000, Case C-141 (*AMID*), seems to deal merely with Belgian loss compensation rules, as argued by, e.g., A-G Alber in his conclusion of 8 June 2000 and is also the Court's position, I believe that the main problem is that the Belgian rules result in double taxation.

(57) ECJ 12 May 1998, Case C-336/96 (*Gilly*). It could be argued that the tax credit system was (implicitly) accepted in ECJ 15 May 1997, Case C-250/95 (*Futura*), paragraphs 5, 20, and 43 (ordinary tax credit), and confirmed in ECJ 14 September 1999, Case C-391/97 (*Geschwind*), paragraph 10, 22-30 (tax exemption with progression or a so-called modified exemption), ECJ 21 September 1999, Case C-307/97 (*Saint-Gobain*), paragraphs 19-20, 32, 38, 47-48, 53, and 63 (indirect tax credit), Opinions of Advocate General La Pergola of 24 June 1999 and 14 December 1999 with Case C-35/98 (*Verkooijen*) (ordinary credit).

(58) ECJ 21 September 1999, Case C-307/97 (*Saint-Gobain*). Exemption systems were (implicitly) already accepted in ECJ 28 January 1986, Case 270/83 (*Avoir Fiscal*), paragraph 19-20 (tax base exemption), ECJ 13 July 1993, Case C-330/91 (*Commerzbank*), paragraphs 5, and 19 (tax base exemption), ECJ 14 February 1995, Case C-279/93 (*Schumacker*), paragraphs 40-41 (tax base exemption), and ECJ 27 June 1996, Case C-107/94 (*Asscher*), paragraphs 47-49 (tax base exemption with progression), and ECJ 14 September 1999, Case C-391/97 (*Geschwind*), paragraphs 25-27 (tax base exemption).

(59) Compare also, e.g., Peter Wattel, *Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons*, *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, pp. 119-124. Klaus

the cross-relationships between the freedom provisions. (60)

Nevertheless, I feel strong support from, *inter alia*, the idea of a common market, Articles 4 and 98 EC Treaty (economic policy), and the fundamental freedoms to base tax Conventions on the CLIN principle. They do certainly not prohibit doing so. I believe that CLIN satisfies best the objectives and principles of the EC Treaty. The common market is analogous in nature to the domestic market of a single State, although it should be emphasised that a genuine internal market still does not exist yet. CLIN underscores in the best possible way the operation of such a market (constituted by the Member States) by creating a level playing field in the Member States; labour and capital funds originating in the Member States will compete on equal terms in the labour and capital market, respectively, of any state, irrespective of the place of residence of the worker or the investor. The concept of such a level playing field is also reflected by the basic "principle of an open market economy with free competition" mentioned in Articles 4 and 98 EC Treaty. With respect to direct investments, I believe that business competes with business, not owners with owners. The allocation of tax jurisdiction on the basis of the territoriality principle should, therefore, be favoured. It enables enterprises to compete on a level playing field with their foreign competitors, because, presumably, all competitors are subject to the same tax treatment. In this way, the freedom of establishment and thus the internal market will be promoted. Taxation based on the universality principle would neither be neutral in case of cross-border independent and dependent personal services. From an economic perspective, the decision to work in a foreign country, to contract a foreign professional, or to engage a foreign employee could be hindered by such a system. A

Eicker, Tax Treaties and EC Law: Comment on the *Gilly* Case, 38 *European Taxation* 322, 325 (1998), Eric CCM Kemmeren, EC Law: Specific Observations, in: Peter HJ Essers, Guido JME de Bont, Eric CCM Kemmeren, The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law, *EUCOTAX Series on European Taxation*, volume 1, Kluwer Law International, London 1998, p. 27, Hans van den Hurk, The European Court Knows Its Limits, *EC Tax Review* 1999/4, p. 218, Michael Lang and Joseph Schuch, Europe on Its Way to a Multilateral Tax Convention, *EC Tax Review* 2000/1, p. 41, H.E. Kostense, Het Arrest Saint-Gobain en de Toepassing van de Belastingsverdragen; Evolutie of Revolutie (Deel 2), *MBB* 2000/7-8, pp. 257-260, **Pasquale Pistone, The Influence of Community Law on Tax Treaties, Issues and Solutions, yet-to-be published in: *EUCOTAX Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, p. 170.**

(60) See, e.g., ECJ 7 July 1988, Case 143/87 (*Stanton*), ECJ 28 January 1992, Case C-204/90 (*Bachmann*), ECJ 24 June 1995, Case C-384/93 (*Alpine Investments*), ECJ 15 February 1996, Case C-53/95 (*Inasti*). Compare also, e.g., Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel, *European Tax Law*, FED, Deventer 1997, p. 109.

CLIN-based system will, however, be neutral with respect to the labour market in the State where the labour income is produced. The free movement of workers and the freedom of establishment will benefit from it, and consequently the internal market. With respect to income from portfolio investments, I feel that taxation of interest will merely be neutral if it does not change the market conditions subject to which the debtor operates. Assuming that the creditor's tax burden will be passed on to the debtor, the differences in taxation by the various (potential) creditor states will affect the market conditions subject to which the debtor operates. A territoriality and origin-based system will, however, be neutral with respect to the position of the debtor, because the interest will merely bear the tax imposed by the debtor's state. The same applies *mutatis mutandis* to dividend. The taxation on interest and the corporate income tax supplemented or not with a dividend withholding tax should be attuned to each other. Such taxation will promote both the free movement of capital and the internal market. A tax system based on CLIN would, thus, contribute to EC-wide efficient allocation of production factors. I conclude, therefore, that the economic policy and the fundamental freedoms secured in the EC Treaty strongly support, at least do not prohibit, structuring tax conventions on the basis of the principle of origin and the territoriality principle. (61)

120

6. Personal Allowances and Progressive Rates

It is a wide-spreaded belief that the faculty or ability to pay principle is satisfied better by a residence-based approach. (62) It is said that the

(61) Compare also, e.g., Klaus Vogel, *Taxation of Cross-border Income, Harmonization, and Tax Neutrality under European Community Law, An Institutional Approach*, Foundation for European Fiscal Studies Erasmus University Rotterdam/Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer 1994, p. 31, Klaus Vogel, *Should Europe Adopt a Uniform Method for the Avoidance of Double Taxation*, IBFD International Tax Academy Lecture No. 1, Amsterdam 2000, pp. 11-15, Peter Wattel, *Capital Export Neutrality and Free Movement of Persons*, *Legal Issues of European Integration*, 1996/1, pp. 124-127, Ben J.M. Terra and Peter J. Wattel, *European Tax Law*, FED, Deventer 1997, p. 110, Moris Lehner, *Limitation of the National Power of Taxation by Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Clauses of the EC Treaty*, *EC Tax Review* 2000/1, p. 14, **Pasquale Pistone, The Influence of Community Law on Tax Treaties, Issues and Solutions, yet-to-be published in: EUCOTAX Series on European Taxation, Kluwer Law International, London, pp. 170-176.** By contrast, Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 238-239, thinks that within the EC the principle of residence can the appropriate basis.

(62) See, e.g., Boris I. Bittker and Lawrence Lokken, *Fundamentals of International Taxation, U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Warren, Gorham &

faculty principle is best measured by the total income, comprehensively defined and determined without regard to source. The so-called progressivity principle, which rests on the assumption that the ability to pay rises more than proportionally with income, is also believed serving better by a residence-based system. (63) It is thought that the so-called source-based income taxation is inconsistent with both the ability to pay principle and the progressivity principle. (64) By contrast, I believe that an origin-based system cannot only satisfy the faculty principle and, if desired, the progressivity principle, but that such a system can even meet the faculty principle in a better way.

6.1. Personal Allowances, Reliefs and Reductions

Personal allowances, reliefs, and reductions should be taken into account in the state or origin of the active or passive income, if necessary *pro rata parte* if more than one State of origin is involved preventing that these facilities are applied twice or more. (65) In this way, the faculty

Lamont, Boston, ¶ 66.1.2, Richard M. Bird, *Shaping a New International Tax Order*, Erasmus University Rotterdam, 1988, pp. 6-7, OECD report, *Taxing Profits in a Global Economy, Domestic and International Issues*, OECD, Paris 1991, p. 40, Robert A. Green, The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises, 79 *Cornell Law Review* 18, 29 (1993), Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1034 (1997), Robert J. Peroni, Back to the Future: A Path to Progressive Reform of the US International Income Tax Rules, 51 *U. Miami L. Rev.* 975, 982 (1997), Nancy H. Kaufman, Fairness and the Taxation of International Income, 29 *Law and Policy in International Business* 145, 153 (1998), and Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, p. 65 -67 who refers to this idea with criticism.

(63) See, e.g., Ottmar Bühler, *Prinzipien des Internationalen Steuerrechts*, Internationales Steuerdokumentationsbüro, Amsterdam 1964, p. 168.

(64) See, e.g., John K. Sweet, Formulating International Tax Laws in the Age of Electronic Commerce: The Possible Ascendancy of Residence-Based Taxation in an Era of Eroding Traditional Income Tax Principles, 146 *University of Pennsylvania Law Review* 1994(1998).

(65) Compare also, e.g., Georg Schanz, Zur Frage der Steuerpflicht, *Finanzarchiv: Zeitschrift für das gesamte Finanzwesen*, Mohr, Stuttgart, IX. Jahrg., 1892, pp. 374-375, Horst Walter Endriss, *Wohnsitz- oder Ursprungsprinzip?*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln 1967, pp. 73-74, E.C.C.M. Kemmeren, Persoonlijke Verminderingen op Grond van Non-Discriminatie in Belastingverdragen, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1993/6044, p. 236, K.W.H. Leeftang, De Europese Gedachte: Vrij Verkeer van Personen, *Weekblad voor Fiscaal Recht* 1994/6116, p. 1253, Paul Farmer, EC Law and National Rules on Direct Taxation: A Phoney War?, *EC Tax Review* 1998/1, p. 19, Kees van Raad, Niet-Discriminerende Belastingheffing van Beperkt Belastingplichtigen door EU-Lidstaten, in: *Liber Amicorum Jean-Pierre Lagae*, Ced.Samsom, Diegem (Belgium) 1998, p. 535-

principle is better satisfied on a structural basis, whereas the application of the principle of residence may very well result in flaws. I refer to the *De Groot* Case pending before the European Court of Justice. (66) *De Groot* is a Netherlands resident who has exercised his employment partly in the Netherlands and partly in Germany, France and the United Kingdom. The taxpayer loses in the Netherlands a proportionate part of his personal reductions (*in casu*, deduction of alimony payments and tax-free allowances) due to the tax exemption without benefiting from such reductions, allowances or reliefs in Germany, France or the United Kingdom. In substance, this case is the mirror side of the *Schumacker* and *Geschwind* Cases.

6.2. Progressive Rates

If it is considered desirable to levy income taxes at a progressive rate, this should be done by the state of origin of the income and not by the state of residence of the taxpayer, (67) since personal circumstances should be taken into account by the state of origin (68) if necessary on a *pro rata parte* basis. Taking progression into account in the state of origin it puts resident and non-resident taxpayers exercising similar sub-

122

5536, Advocate-General Wattel in his conclusion of 29 December 1999, no. 34 782, V-N 2000/8.11, p. 761 and Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Allowances: Why *Schumacker*, *Asscher*, *Gilly* and *Geschwind* Do Not Suffice, 40 *European Taxation* 210 (2000), John F. Avery Jones, A Comment on "Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances", 40 *European Taxation* 375 (2000).

(66) ECJ Case C-385/00 (*De Groot*).

(67) In contrast, see, e.g., Michael J. Graetz and Michael M. O'Hear, The "Original Intent" of U.S. International Taxation, 46 *Duke L. J.* 1021, 1034, 1040 (1997), Robert J. Peroni, Back to the Future: A Path to Progressive Reform of the US International Income Tax Rules, 51 *U. Miami L. Rev.* 975, 982 (1997), John F. Avery Jones, A Comment on "Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances", 40 *European Taxation* 375 (2000).

(68) Compare also, e.g., Heiko Meyer, *Die Vermeidung internationaler Doppel- und Mindestbesteuerung auf der Grundlage des Ursprungsprinzips*, diss. Georg-August-Universität, Göttingen 1970, pp. 41-44, and 228-237, Albert Rädler, An Analysis of the European Court of Justice's *Schumacker* Decision, *Tax Notes International* 1683, 1688-1689 (1995), and Peter J. Wattel, Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Allowances: Why *Schumacker*, *Asscher*, *Gilly* and *Geschwind* Do Not Suffice, 40 *European Taxation* 210 (2000). By contrast, see for objections, e.g., Manuel Pires, *International Juridical Double Taxation of Income*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer • Boston 1989, Series on International Taxation, volume 11, pp. 159-160.

stantial income producing activities within the same state at par with respect to the effective tax rate. Such a system improves fair competition in the markets where the substantial economic activity is actually carried out (tax neutrality). So, not only the principle of origin, (69) but also the principle of capital import neutrality and an optimal operation of the internal market within the EC enforce such a system.

7. Concluding Remarks

Capital and Labour Import Neutrality (CLIN) and the EC Treaty support an origin-based allocation of tax jurisdiction by double tax Conventions within the European Community, although some directives and origin-based directives need to be adjusted. The potential application of an origin-based allocation of tax jurisdiction is, however, not restricted to the EC. It can and should be applied on a worldwide scale. The territory principle, faculty principle, and direct benefit principle justify the origin-based concept. It is also feasible, maybe even more feasible than the current resident-based double tax Conventions. Much information is available at origin, whereas that information might not be directly available at the State of residence of the income recipient. Origin-based double tax Conventions will create more tax neutrality. They will contribute to a leveling playing field, and thus to the further realisation of EC's internal market. Such conventions will improve the efficient allocation of the production factors, that is to say, to locations where "they earn" the highest world-wide prosperity will be improved, although worldwide prosperity depends, of course, on more than efficient creation of income.

123

(69) By contrast, Adolfo Atchabahian, *The Andean Subregion and Its Approach to Avoidance or Alleviation of International Double Taxation*, 28 *Bulletin for International Documentation* 309, 315-316 (1974), thinks that a true and complete application of this principle precludes taking into account a person's global income to determine the scale of progression. Enrique Piedrabuena, *The Model Convention to Avoid Double Income Taxation in the Andean Pact*, 29 *Bulletin for International Documentation* at 53, 58 (1975), albeit underscoring the general application of exclusive taxation at source, only refers to the state of residence which should be entitled to take the foreign income into account for purposes of calculating the tax rate applicable to domestic source income.

Criteri giurisdizionali e nuovi Stati membri dell'Unione Europea (*) (1)

Geerten M.M. Michielse (2)

1. Generalità

L'intenzione dell'Unione Europea è quella di creare un'area geografica senza confini commerciali. Questo significa – tra l'altro – che i suoi Stati membri dovrebbero astenersi dal creare oneri fiscali che gravino sulle attività svolte nel loro territorio da operatori di altri Stati membri. Il Trattato Europeo (d'ora in avanti denominato: Trattato UE) prevede a questa disposizione di non discriminazione (3) e alla formulazione delle quattro libertà (4). In aggiunta a questa legislazione primaria, il Trattato prevede anche una legislazione secondaria sotto forma di Regolamenti, Direttive (5), Decisioni, Raccomandazioni e Pareri.

La legislazione primaria stabilita dal Trattato UE può essere considerata la legge "costituzionale" dell'Unione Europea. Tuttavia, nessuno degli Stati membri ha abbandonato la propria sovranità fiscale. Di conseguenza, le relazioni tra gli Stati membri nell'area della tassazione sono regolate sia dalle disposizioni del Trattato UE sia dalle disposizioni dei

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario" organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

(1) L'autore desidera ringraziare la signora Milena Hrdinkova (Repubblica Ceca), la signora Krisztina Toth (Ungheria), il Signor Thomasz Kardach (Polonia) e il signor Sinisa Mitrovic (Slovenia) per il loro contributo a questo articolo.

(2) Consulente di Assistenza Tecnica del Fondo Monetario internazionale e professore ospite del Centro Studi di legge dell'Università Georgetown a Washington D.C. I pareri espressi in questa pubblicazione sono i miei pareri personali e non riflettono necessariamente il parere ufficiale dell'FMI.

(3) Articolo 12 del Trattato UE (Amsterdam) che vieta qualsiasi discriminazione sulla base della nazionalità.

(4) La libera circolazione delle merci (Articolo 28-29), la libera circolazione dei lavoratori (Articolo 39), la libertà di insediamento (Articoli 43 e 48) e la libera circolazione dei capitali (Articoli 56-58).

(5) Ad esempio la Direttiva sulle fusioni (90/434/EEC) e la Direttiva Società madre-Società controllata (90/435/EEC).

trattati bilaterali in materia fiscale. In questo consiste il problema fondamentale che verrà affrontato nel mio contributo.

Fin dalla prima decisione della Corte Europea di Giustizia (d'ora in avanti denominata ECJ) nel settore della tassazione diretta (6) è apparso chiaro che le libertà europee vanno interpretate nella prospettiva della creazione di un mercato comune. Ciò significa che i sistemi fiscali di ogni Stato devono trattare i residenti degli altri Stati membri (non residenti) in maniera non più onerosa di come trattano i propri residenti. Qui inizia la contrapposizione con i principi generali delle leggi fiscali internazionali poiché la distinzione tra i residenti e non residenti è decisiva.

Nella legge fiscale internazionale, la distinzione di principio tra residenti e non residenti viene fatta per definire la sovranità fiscale dei singoli Stati. Normalmente, un residente deve essere tassato sul proprio reddito a livello mondiale e godere pienamente di tutte le detrazioni personali (7). D'altro canto, un non residente deve essere tassato soltanto sul reddito che ha un collegamento sufficiente al territorio dello Stato in questione. Generalmente questo si formula in base a regole legate all'origine del reddito. Le detrazioni personali di solito sono limitate o negate ai non residenti poiché le circostanze personali sono concettualmente legate alla residenza di ogni persona.

125

Per quanto riguarda i residenti di altri Stati membri, attualmente la situazione è quella indicata di seguito. Il trattamento fiscale di queste persone segue le regole applicate ai non residenti nella legislazione fiscale interna di ogni Stato membro e nei suoi trattati fiscali bilaterali e – contemporaneamente – non deve essere diverso da quello applicato ai residenti di quello Stato membro secondo le disposizioni del Trattato UE.

Nel presente contributo si intende fornire un panorama sulla portata delle minacce al trattamento dei contribuenti non residenti prima della ECJ in alcuni Paesi dell'Europa Centrale e dell'Europa dell'Est (Repubblica Ceca, Estonia, Ungheria, Polonia e Slovenia) (8). Poiché i crite-

(6) ECJ del 28 gennaio 1986 [*Avoir fiscal*] C-270/83.

(7) Vi sono soltanto pochissimi paesi che tassano i propri residenti in base all'origine del reddito (sistema di territorialità).

(8) Si ritiene che questi paesi saranno fra i primi ad entrare a far parte dell'Unione Europea.

ri definiti nelle decisioni della ECJ sulle quattro libertà sono ancora in evoluzione, le disposizioni in esame non potranno essere considerate esaurienti.

2. Criteri giurisdizionali

2.1. Persone fisiche

Nella maggior parte degli Stati membri UE (9), la residenza di una persona fisica è determinata dalla dimora abituale, dal luogo in cui essa ha residenza, o dal centro di interessi economici. Inoltre, essa si considera residente nei casi in cui la persona fisica interessata è presente nel Paese per almeno 6 mesi.

Nei Paesi oggetto di questa ricerca sono presenti impostazioni analoghe. La Sezione 2 della Legge della Repubblica Ceca per la Tassazione dei redditi (di seguito denominata CITA) (10), richiede che chi abbia un indirizzo residenziale, cioè un'abitazione permanente, nella Repubblica Ceca debba diventare un contribuente residente. Nel paragrafo 6 della Legge sulla tassazione dei redditi dell'Estonia (d'ora in avanti denominata EITA) (11), una persona fisica viene considerata residente quando ha un luogo di residenza permanente in Estonia. La Sezione 3 della Legge sulla Tassazione dei redditi personali ungherese (d'ora in avanti denominata HPIT) (12) richiede anch'essa una residenza permanente o un luogo di soggiorno regolare per stabilire la residenza in Ungheria. In Polonia, la legge sulla Tassazione dei redditi personali (d'ora in avanti denominata PPIT) (13) non include una definizione di residente. La legge si riferisce invece alle persone che hanno una responsabilità fiscale limitata o illimitata (secondo il concetto tedesco). Nel determinare la re-

(9) All'Irlanda e alla Gran Bretagna si applicano regole particolari, per via del concetto di "domicilio" applicato nella *common law*.

(10) "Zákon o daních z příjmu", No. 586/1992 Coll. (e successivi emendamenti)

(11) "Tulumaks", RT 1999 (e successivi emendamenti).

(12) "Törvény a személyi jövedelemadórol", 1995 (e successivi emendamenti).

(13) "Ustawa ó podatku dochodowym od osób fizycznych", Dz.U. 1991, No. 80 (e successivi emendamenti).

sponsabilità fiscale illimitata per le persone fisiche, l'Articolo 25 (1) della PPIT sembra fare riferimento ad un luogo abituale di dimora in Polonia, anche se il testo della disposizione utilizza la locuzione "luogo effettivo di gestione" (in seguito ad un errore di redazione?). Infine, l'Articolo 5 della Legge Slovena sulla Tassazione dei Redditi (d'ora in avanti: SITA) (14) definisce residente una persona fisica, quando questa ha una residenza permanente in Slovenia. Inoltre, la presenza fisica dell'interessato in tutti questi Paesi per una durata non inferiore a 183 giorni di calendario su base annua costituisce sempre residenza ai fini fiscali.

2.2. Persone giuridiche

All'interno degli Stati membri UE è possibile distinguere tra gli Stati Membri che usano l'impostazione "costituzione di società" e quelli che utilizzano l'impostazione "sede legale" per stabilire la residenza di una persona giuridica. Tuttavia, la maggior parte degli Stati membri utilizza il criterio definitivo di luogo effettivo di gestione.

Nella Repubblica Ceca, la Sezione 17(3) della CITA utilizza come luogo di residenza il luogo in cui è situata, in Estonia, la sede legale o la sede di gestione effettiva. Il Paragrafo 6(2) della EITA usa esclusivamente l'impostazione "costituzione della società", nella Sezione 4(7) della Legge ungherese sulle imposte societarie e imposte sui dividendi (d'ora in avanti denominata HCIT) (15) si segue un'impostazione analoga. In Polonia, l'impostazione "sede legale" indicata nell'Articolo 3 della Legge polacca sulla tassazione dei redditi da società (d'ora in avanti denominata PCIT) (16) viene utilizzata successivamente a quella di sede di gestione effettiva dell'Articolo 25 della PCIT. In Slovenia, l'Articolo 2 della legge sulla Tassazione dei Profitti (d'ora in avanti denominata SPTA) (17) tratta come contribuenti residenti soltanto le entità giuridiche che hanno la

(14) "Zakon o Dohodnini", Uradni List RS No. 71, December 1993 (e successivi emendamenti)

(15) "Törvény a társasági adóról és az osztalékadóról", 1996 (e successivi emendamenti).

(16) "Ustawa ó podatku dochodowym od osób prawnych", Dz.U. 1992, (e successivi emendamenti).

(17) "Zakon o Davku od Dobicka Pravnih Oseb", Uradni List RS No. 72, 1993 (e successivi emendamenti).

sede centrale in Slovenia. Questa impostazione dovrà essere riesaminata perché potrebbe ridurre il gettito fiscale derivante dai profitti. I contribuenti sloveni potrebbero facilmente aprire sedi centrali straniere per evitare una responsabilità fiscale mondiale.

3. Imposte sui redditi personali

3.1. Detrazioni personali

Secondo l'Articolo 39(2) del Trattato UE, la legislazione fiscale interna di uno Stato membro UE deve astenersi da "qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità fra i lavoratori degli Stati membri per quanto riguarda l'impiego, la remunerazione e le altre condizioni di lavoro e di impiego". La ECJ ha sviluppato in parecchi casi il concetto di discriminazione indiretta (o di fatto), che, attraverso l'applicazione dei criteri distintivi diversi da quello della nazionalità (ad esempio la residenza) porta allo stesso risultato. Tuttavia, nel caso della discriminazione indiretta, uno Stato membro potrebbe avere una "giustificazione obiettiva" (o "regola di ragione") per i diversi trattamenti. Si possono distinguere due diversi livelli di giustificazione (18). Il primo livello è la legittimità della giustificazione in relazione alla legge UE. Nei casi *Bachmann* (19) e *Wielockx* (20) la ECJ ha accettato come "giustificazione obiettiva" per proteggere l'interesse pubblico, la coesione del sistema fiscale interno e la sua coerenza fiscale a livello di trattato (bilaterale). Il secondo livello è la necessità del diverso trattamento per raggiungere il suo obiettivo (definito "principi di sussidiarietà e proporzionalità"). Nel caso *Biehl* (21), per esempio, la ECJ ha respinto il ragionamento delle autorità del Lussemburgo, secondo cui un rimborso di una trattenuta fiscale eccessiva sulla remunerazione dei non residenti doveva essere negato per proteggere le aliquote fiscali progressive. La

(18) Sacha Prechal, "EC Law: the framework", in: "The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law" (EUCOTAX Series on European Taxation), Kluwer Law International, 1998.

(19) Sentenza ECJ del 28 gennaio 1992 [*Bachmann*] C-204/90.

(20) Sentenza ECJ dell'11 agosto 1995 [*Wielockx*] C-80/94.

(21) Sentenza ECJ dell'8 maggio 1990 [*Biehl*] C-175/88.

ECJ ha ritenuto che vi fossero altri mezzi per salvaguardare queste aliquote progressive (ad esempio la conservazione dell'applicazione delle aliquote fiscali progressive nel determinare lo sgravio fiscale straniero consentito dai trattati fiscali bilaterali).

La decisione di gran lunga più importante per le imposte sui redditi personali è stata il caso *Schumacker* (22). La ECJ ha deciso che "... l'applicazione delle regole di uno Stato membro secondo cui un lavoratore che è cittadino e residente di un altro Stato membro ed è impiegato nel primo Stato [cioè non residente; GM] viene tassato più pesantemente di un lavoratore che risiede nel primo Stato e svolge in quello Stato lo stesso lavoro [cioè residente; GM] quando, come nell'azione principale il cittadino del secondo Stato ottiene il suo reddito interamente o quasi esclusivamente dal lavoro eseguito nel primo Stato e non riceve nel secondo Stato reddito sufficiente per essere soggetto a tassazione in quello Stato in maniera che consenta di tener conto delle sue circostanze personali e familiari". Anche se questo ragionamento della ECJ non è particolarmente chiaro ed ha portato a diverse interpretazioni (23) è giusto supporre che la legislazione fiscale interna dovrebbe consentire a un non residente le stesse detrazioni personali di un residente, se il non residente si trova in una posizione economica (qualunque cosa ciò possa significare) simile a quella del residente. Nessuno dei Paesi dell'Europa Centrale interessati ha una simile disposizione nelle rispettive legislazioni fiscali sul reddito personale.

Secondo la Sezione 15(3) della CITA, i non residenti non hanno i requisiti necessari per avere diritto alle detrazioni personali (ad esempio per il coniuge e i figli a carico) né le detrazioni fiscali in caso di pagamenti di pensioni o di pensioni di invalidità. I non residenti riceveranno soltanto le detrazioni personali di base. La Repubblica Ceca non prevede alcun regime particolare per quanto riguarda i lavoratori frontalieri o gli espatriati.

In Estonia, un contribuente non residente non può neppure ri-

(22) Sentenza ECJ del 14 febbraio 1995 [*Schumacker*] C-279/93.

(23) Vedere Peter J. Wattel, "L'Eredità Schumacker – Imposizione fiscale per i lavoratori non residenti: come fronteggiare Schumacker" in *European Taxation IBD*, novembre-dicembre 1995, e Eric Kemmeren, "La Legge EC: Osservazioni Specifiche" in: *Compatibility of Anti-Abuse provisions in Tax Treaties with EC Law*, EUCOTAX, Kluwer Law International, 1998.

chiedere la detrazione personale di base. I paragrafi dal 23 al 28 dell'EITA consentono detrazioni dal reddito complessivo dei soli residenti. La maggior parte di queste disposizioni riguarda detrazioni personali (ad esempio per il pagamento degli alimenti, per le spese scolastiche dei familiari a carico), altre sono più legate alla fonte di reddito (ad esempio pagamento dei contributi pensionistici, quote sindacali associative). Mentre la prima categoria potrebbe costituire violazione dell'Articolo 39 del Trattato UE, l'ultima categoria è una violazione del libero movimento dei lavoratori. Inoltre, i coniugi dei residenti Estoni potrebbero decidere di presentare una dichiarazione dei redditi congiunta e ottenere un'aliquota fiscale globale marginale più bassa secondo il Paragrafo 44(2) dell'EITA, di cui i soggetti non residenti non possono avvalersi.

Mentre l'Ungheria applica un credito fiscale per determinate spese personali (24), soltanto i contribuenti che sono tenuti al pagamento di imposte in Ungheria possono avvalersi di questo credito. Ciò è fondamentalmente in linea con i requisiti dell'Articolo 39 del Trattato UE poiché esso tratta i residenti e i non residenti (in Ungheria entrambi sono tenuti al pagamento delle imposte – anche se non nella stessa misura) in maniera uguale. Tuttavia, il fatto che per esempio le rette scolastiche pagate agli istituti stranieri non sono coperte dalla detrazione per spese scolastiche (25) può essere discriminatorio (26). D'altro canto, l'Articolo 40 della HPIT prevede una Detrazione Personale e Familiare, che è consentita soltanto ai contribuenti che hanno diritto al pagamento degli assegni familiari (27) (cioè soltanto ai residenti in Ungheria).

In Polonia, le detrazioni personali sono concesse sia ai contribuenti residenti sia a quelli non residenti. Tuttavia, poiché l'Articolo 6(2) della PPIT prevede una suddivisione del reddito fra i coniugi (c.d. *splitting*) solo se essi sono entrambi residenti, ciò comporta una discriminazione in-

(24) Come, ad esempio, la Detrazione per l'Occupazione (Articolo 33), la Detrazione per l'Assistenza all'infanzia (Articolo 34(1)B) e la detrazione per le spese di istruzione (Articolo 36).

(25) Sezione 36 della HPIT.

(26) Cf. Sentenza ECJ del 28 gennaio 1992 [*Bachmann*] C-204/90.

(27) Paragrafo 2 della Legge LXXXIV del 1998 sul sostegno familiare.

diretta in base all'Articolo 39 del Trattato UE (28).

Secondo gli Articoli 7 e 8 della SITA, tutte le detrazioni personali concesse sotto forma di detrazione percentuale dal salario medio annuo degli impiegati in Slovenia, vengono concesse soltanto ai residenti.

3.2. *Contributi pensionistici*

Un'altra area importante dell'imposta sui redditi personali è la deducibilità dei contributi pensionistici e dei premi assicurativi. Secondo la ECJ (29) i premi assicurativi e i contributi pensionistici dovrebbero essere deducibili, indipendentemente dal fatto che essi siano versati a istituti residenti o non residenti, a meno che questo non comporti il mancato mantenimento della coerenza del sistema fiscale (inclusi gli accordi fiscali bilaterali).

Nella Repubblica Ceca, secondo la Sezione 4(1)(h) della CITA, i pagamenti di pensioni sono tassabili soltanto se e nella misura in cui essi superano la cifra di CZK 144.000 l'anno (2001) indipendentemente dal fatto che essi siano erogati da un fondo pensione nazionale o estero. Secondo la Sezione 15(12) i contributi pensionistici possono essere detratti dal reddito imponibile entro determinati limiti. Il testo di questa disposizione non contiene alcuna condizione riguardante la residenza della compagnia di assicurazioni. La sua interpretazione, tuttavia, potrebbe essere più restrittiva poiché i premi pagati ad un fondo pensioni o ad una compagnia di assicurazioni possono essere detraibili soltanto se pagati ad un'istituzione riconosciuta dal Ministero delle Finanze ai sensi della legge No. 363/1999 Coll. Non è ancora chiaro se le compagnie non residenti otterranno o no questa approvazione.

131

Secondo la normativa sui redditi dell'Estonia, sono deducibili soltanto i contributi pensionistici pagati a fondi pensione residenti e autorizzati, e costituiti come indicato dalla Legge sui Fondi pensionistici dell'Estonia. La detrazione, inoltre, è limitata perché è concessa soltanto ai contribuenti fiscalmente residenti (paragrafo 28 della EITA) ed è limitata al 15% del reddito imponibile. I pagamenti di pensioni verranno tassati al

(28) Cf.: Sentenza ECJ del 26 gennaio 1993 [*Werner*] C-112/91.

(29) Sentenza ECJ del 28 Gennaio, 1992 [*Bachmann*] C-204/90 e Sentenza ECJ dell'11 agosto 1995 [*Wielockx*] C-80/94.

26% (indipendentemente dal fatto che siano versati ad un residente o ad un non residente) e, ricorrendo le condizioni previste dal paragrafo 21 dell'EITA, ad un tasso ridotto del 10% in caso di beneficiari residenti.

La legge sulla tassazione dei redditi personali ungherese prevede nella Sezione 12 un credito di imposta per i contributi obbligatori alla previdenza sociale, per i pagamenti a fondi pensionistici privati e per quelli versati a fondi volontari di mutue assicuratrici. Secondo la Sezione 14 è previsto anche un credito di imposta per i premi pagati su assicurazioni vita e assicurazioni per la pensione. Il credito viene concesso nella misura in cui il contribuente (residente o non residente) abbia un debito fiscale capiente. Occorre, tuttavia, che i premi siano versati ad una istituzione ungherese.

In Polonia i contributi pensionistici sono deducibili come spese relative al reddito da impiego secondo l'Articolo 22 (1b) della PPIT oppure – se ciò deriva da un altro titolo legale – possono costituire un credito di imposta secondo l'Articolo 26(1) della PPIT. Sono deducibili soltanto i premi pagati nell'ambito del sistema obbligatorio pubblico o privato. I premi pagati ai programmi volontari di pensionamento non sono deducibili. Poiché i sistemi obbligatori si basano sulla legislazione polacca, sembra che vengano presi in considerazione soltanto i pagamenti effettuati in favore di istituzioni polacche. I pagamenti di pensioni o altri titoli che danno diritto alla pensione sono inclusi nel reddito imponibile [Articolo 10(1) della PPIT]. La tassazione dei redditi personali non fa distinzione tra i pagamenti effettuati in favore di fondi pensioni nazionali o esteri.

132

L'Articolo 6 della SITA permette la detrazione dei premi versati per contributi obbligatori di previdenza sociale a entità giuridiche Slovene o ad istituzioni estere. Inoltre, l'Articolo 9, n. 4 della SITA permette la detrazione dei premi pagati ai fondi pensione volontari o alle assicurazioni sanitarie (entro certi limiti), se questi contributi vengono pagati a una entità giuridica Slovena. La detraibilità, inoltre, è consentita soltanto ai residenti.

3.3. *Altre possibili violazioni*

Secondo l'art. 29 della PPIT, una aliquota fiscale fissa del 20% è dovuta sul reddito derivante dalle attività indipendenti, dalle remunerazioni dei consiglieri di amministrazione delle società polacche, sul reddito da *royalties* e sugli interessi pagati ai non residenti, mentre questi tipi di

reddito – con l’eccezione degli interessi – se pagati ai residenti sono soggetti al programma di aliquote normali, che prevede uno scaglione più basso, pari al 19%. Benché la differenza non sia rilevante, secondo una sentenza in cui la ECJ (30) ha deciso che una aliquota fiscale speciale applicata ai non residenti costituiva una violazione del libero movimento dei lavoratori, questo trattamento non potrà essere mantenuto dopo l’entrata nella UE.

3.4. Riepilogo

Per quanto riguarda le detrazioni personali, soltanto la Polonia rispetta interamente la decisione del caso *Schumacker* e anche in maniera molto generosa, poiché concede queste detrazioni sia ai contribuenti residenti sia a quelli non residenti. La legislatura polacca, in futuro, potrebbe voler limitare queste concessioni ai casi in cui i contribuenti non residenti (residenti nella UE) non siano in grado di richiedere le loro detrazioni personali nel proprio Paese di residenza. D’altro canto, l’Estonia e la Slovenia non concedono ad un contribuente non residente neppure le detrazioni personali di base. La Repubblica Ceca consente ai non residenti soltanto le detrazioni personali di base. In Ungheria, un credito sul passivo fiscale viene concesso per le detrazioni personali in base al codice fiscale. Questa impostazione permette ai non residenti di richiedere le stesse detrazioni personali spettanti ai residenti (eccettuati i casi in cui un’altra legge – ad esempio la legge sull’assistenza familiare – limiti la legislazione fiscale). Con l’eccezione della Polonia, tutti i Paesi devono adeguare la loro legislazione attuale al diritto giurisprudenziale corrente della ECJ nella misura in cui non consentono le detrazioni personali (di base), che essi concedono ai loro contribuenti residenti. Queste detrazioni personali devono anche essere messe a disposizione dei contribuenti non residenti che percepiscono una parte rilevante (ad il 75% o il 90% del loro reddito mondiale) nel Paese in cui si origina il reddito.

La maggior parte dei Paesi consente la detrazione dei contributi pagati per le pensioni (e gli altri contributi di previdenza sociale) indipendentemente dal fatto che essi siano pagati da residenti o non residenti. In Polonia, i contributi pagati dai contribuenti fiscali residenti o non residenti in favore di un programma di pensionamento volontario non sono detraibili. In Estonia e in Slovenia (soltanto per quanto riguarda i ver-

(30) Sentenza ECJ del 27 giugno 1996 [*Asscher*] C-107/94.

samenti a programmi volontari), tale detrazione non è consentita se effettuata da contribuenti fiscali non residenti. Inoltre, la maggior parte dei Paesi sta limitando la detraibilità di questi pagamenti se essi sono effettuati in favore di fondi o persone giuridiche residenti. L'appello alla coerenza del sistema fiscale, molto probabilmente, si scontrerà con il fatto che questi Paesi hanno firmato trattati fiscali bilaterali che concedono allo Stato in cui si origina il reddito il diritto di tassare i pagamenti delle pensioni. Di conseguenza, questi Paesi devono anche permettere la deducibilità dei contributi pagati ai fondi di pensionamento, ecc., che sono residenti in un altro Stato membro della UE.

4. Imposte sul reddito delle persone giuridiche

4.1. Libertà di insediamento

L'articolo 43 del Trattato della UE vieta "le limitazioni alla libertà di insediamento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro". Nell'articolo 48 del Trattato della UE si chiarisce esplicitamente che "le società o le aziende costituite secondo la legge di uno Stato membro e aventi sede legale, amministrazione centrale o sede principale di attività all'interno della Comunità dovranno ... essere trattate nello stesso modo in cui sono trattate le persone fisiche che sono cittadini degli Stati membri".

134

A questo proposito, il trattamento di una stabile organizzazione (non residente) è l'argomento di ricerca più importante. A questo proposito la ECJ ha emanato tre importanti sentenze (31). In tutti questi casi è emerso chiaramente che la determinazione degli utili di una stabile organizzazione (non residente) non deve essere diversa da quella applicata ad una società residente.

Nella Repubblica Ceca, la determinazione degli utili imponibili di una stabile organizzazione segue le disposizioni stabilite per i contribuenti residenti. Tuttavia, nel determinare la base imponibile (32), la stabile organizzazione può essere posta a confronto con le entità imprenditoriali

(31) Sentenza ECJ del 28 gennaio 1986 [*Avoir Fiscal*] C-270/83, Sentenza ECJ del 13 luglio 1993 [*Commerzbank*] C-330/91 e Sentenza ECJ del 21 settembre 1999 [*Saint-Gobain*] C-307/97.

(32) Sezione 23(11) CITA.

residenti per adeguare la sua base imponibile, e ad una riassegnazione dei suoi profitti o perdite globali tra la sede centrale estera e la stabile organizzazione nella Repubblica Ceca.

L'Estonia non prevede una imposta sui redditi delle persone giuridiche tradizionali, in quanto impone una tassa di distribuzione del 26/74 sugli utili distribuiti, invece di una imposta sugli utili. Se un soggetto non residente riceve un reddito attraverso una sua stabile organizzazione in Estonia, sarà tenuto al pagamento delle imposte nella stessa misura di una società residente. Tuttavia, a causa della differenza dello *status* legale, una stabile organizzazione non può distribuire i propri utili. Perciò il paragrafo 53 dell'EITA stabilisce tre transazioni che sono trattate come equivalenti alle "distribuzioni" da una stabile organizzazione alla sua sede centrale: (a) movimenti di beni oltre l'attivo originale attribuibile all'insediamento permanente; (b) pagamenti effettuati dall'insediamento permanente o per conto di esso e (c) pagamenti effettuati a soggetti terzi su ordine della sede centrale attraverso l'insediamento permanente. Tutti i pagamenti indicati sopra non vengono trattati come "distribuzioni" se relativi a beni trasferiti o servizi eseguiti.

Nell'ambito dell'imposta sul reddito delle società in Ungheria, la tassazione delle società residenti e delle stabili organizzazioni di società non residenti è fondamentalmente simile. Tuttavia, una stabile organizzazione deve aggiungere ai suoi redditi da una vendita come intermediario il 5% di utili. Inoltre, una stabile organizzazione in Ungheria è soggetta ad una imposta minima, poiché la sua base di imposta dovrebbe essere almeno il 12% dei costi e delle spese sostenute. A tale proposito, si può ipotizzare una potenziale violazione dell'Articolo 43 del Trattato della UE.

Secondo la Sezione 23 della PCIT, la trattenuta fiscale sui dividendi, pari al 15% può essere accreditata solo rispetto alle passività fiscali degli azionisti residenti. In caso di azionisti non residenti le cui azioni vengono assegnate a una stabile organizzazione polacca, questo credito non è utilizzabile. In generale, sembra che la determinazione dell'utile imponibile di una stabile organizzazione in Polonia di un'impresa estera non differisca da quella di una società residente in Polonia. Tuttavia, l'introduzione, a partire dal 1° gennaio 2001 di un credito fiscale indiretto "ordinario" per i dividendi ricevuti da società controllate estere nelle quali la società madre polacca detiene una partecipazione di almeno il 75% dei diritti di voto (33), potrebbe costituire una discriminazione indiretta in

base all'Articolo 43 del Trattato della UE (34). Il testo si riferisce ad una società madre polacca, che potrebbe escludere la stabile organizzazione dall'applicazione di questo sgravio.

L'imposta sugli utili della Slovenia non prevede norme diverse per la determinazione degli utili tassabili di una stabile organizzazione rispetto ad una entità giuridica residente.

4.2. Libera circolazione dei capitali

La libera circolazione dei capitali è prevista dall'Articolo 56 del Trattato della UE: "....., tutte le restrizioni alla circolazione dei capitali fra gli Stati membri e fra gli Stati membri e i paesi terzi saranno vietate." Questa regola generale, tuttavia, è limitata dall'Articolo 58 del Trattato della UE che permette agli Stati membri di applicare "..... disposizioni della loro legislazione fiscale che distinguono tra i contribuenti fiscali che non sono nella stessa situazione riguardo al loro luogo di residenza o riguardo al luogo in cui il loro capitale è investito". Ciò ha provocato qualche confusione in merito all'interpretazione di queste disposizioni. È generalmente accettato che queste disposizioni possono essere interpretate in modo da confermare le decisioni della ECJ sulle altre libertà (35). Ciò significa che non elimina gli svantaggi per i non residenti e i residenti con redditi all'estero derivanti dai sistemi di imputazione, dalle trattenute fiscali e così via, ma proibisce la discriminazione ingiustificata.

136

4.2.1. Luogo di residenza - investitore

In tutti i paesi oggetto della presente ricerca viene applicata una trattenuta fiscale interna sulle distribuzioni di dividendi. In Estonia, in Ungheria e in Slovenia le distribuzioni di dividendi a persone fisiche (residenti o non residenti) e agli azionisti di società non residenti sono soggette ad una ritenuta fiscale. Tuttavia, i dividendi pagati alle società residenti sono esenti da questa trattenuta fiscale. Anche se questo diverso trattamento fiscale non è neutro nei confronti del luogo di residenza del-

(33) Articolo 20(2) PCIT.

(34) Cf.: Sentenza ECJ del 29 settembre 1999 [*Saint-Gobain*] C-307/97.

(35) Vedere, ad esempio, Paul Farmer, "La Legge della CE e la tassazione diretta - Riflessioni su questioni recenti", in *The EC Tax Journal*, Volume 1, 1995/96, Issue 2.

l'investitore, l'Articolo 58 del Trattato della UE protegge i paesi dall'essere deferiti alla ECJ. Nella Repubblica Ceca è prevista una esenzione dalla trattenuta fiscale sui dividendi per poter avere diritto alla ridistribuzione degli utili. Nei casi in cui una società ceca distribuisce utili alla sua società madre ceca che detiene almeno il 20% del capitale azionario della società che distribuisce gli utili, l'Articolo 36(5) della CITA consente una esenzione dalla trattenuta fiscale alla redistribuzione di questi utili alla società madre. Il diverso trattamento non è dovuto al diverso luogo di residenza dell'investitore, ma alla distribuzione successiva. A mio parere, questa esenzione non influenza quindi la libera circolazione del capitale. In Polonia, tutte le distribuzioni dei dividendi, pagate ai residenti o ai non residenti, a persone fisiche o ad azionisti di società) sono soggette ad una trattenuta fiscale del 15%. Soltanto se i dividendi vengono pagati ai membri di una unità fiscale, l'Articolo 22(3) della PCIT prevede un'esenzione. Il fatto che tale unità fiscale sia possibile soltanto fra entità giuridiche residenti, comporterà di fatto una esenzione per alcuni azionisti che sono società residenti. Quindi, anche in Estonia, Ungheria e Slovenia si verificherà una situazione analoga.

Secondo la Sezione 50(1) dell'EITA, una società residente in Estonia paga l'imposta sulla distribuzione di tutti i profitti distribuiti agli azionisti non residenti e alle persone fisiche residenti ma non alle società azioniste residenti. L'imposta di distribuzione viene trattata come una passività fiscale della società che distribuisce e quindi non è simile ad una trattenuta fiscale (36). A prima vista, vi è un trattamento fiscale diverso della società Estone a seconda del luogo di residenza dei suoi azionisti (investitori). È forse un trattamento che può essere contestato in base all'Articolo 56 del Trattato UE? Poiché questo trattamento non riguarda il luogo di investimento (gli investimenti da parte dei residenti in Estonia in entità giuridiche nazionali ed estere sono trattati nello stesso modo, ma il luogo di residenza dell'investitore (e che non è il contribuente fiscale in Estonia), la cosa è dubbia. Inoltre, le autorità Estoni potrebbero avere buoni motivi per affermare che questa imposta sulla distribuzione è necessaria per proteggere la coerenza del proprio sistema fiscale nazionale (37).

(36) Una trattenuta fiscale è un'imposta trattenuta dalla società che distribuisce il dividendo, per conto dell'azionista che è tenuto al pagamento.

(37) L'imposta di distribuzione dei dividendi grava al momento in cui questi utili lasciano definitivamente la sfera dell'azienda in Estonia (azionisti singoli e società

4.2.2. Luogo dell'investimento

Nella Repubblica Ceca, sia i dividendi da fonti nazionali sia quelli da fonti estere, ricevuti da una società nazionale, formano una base fiscale separata e vengono tassati a un'aliquota speciale del 15% (38). In Estonia, fino al momento della distribuzione non è dovuta alcuna imposta sugli utili. La fonte degli utili sottostanti, tuttavia, non è rilevante per questa imposta di distribuzione. Perciò, i dividendi da fonti nazionali ed estere ricevuti da una società residente sono trattati allo stesso modo. In Ungheria tutti i dividendi sono inclusi nell'utile al lordo di imposta (39) secondo la Sezione 6 dell'HCIT. Nella Sezione 7(1)(g) della HCIT tutti i dividendi percepiti – esclusi i dividendi CFC – sono deducibili da questo utile al lordo d'imposta, e perciò esenti dalla base imponibile. Non viene fatta alcuna differenza fra i dividendi derivanti da fonti nazionali o estere. In Polonia nell'imposta sugli utili non viene incluso nessun trattamento diverso per i dividendi da fonti nazionali o estere ricevuti da una società residente. Secondo l'Articolo 7 della PCIT o l'Articolo 10(1) della HCIT, tutti i dividendi devono essere inclusi nella base imponibile. Recentemente è stata varata una disposizione per evitare la doppia tassazione economica sui dividendi intersocietari, permettendo un credito fiscale indiretto ordinario (vedere sopra). In Slovenia, sia i dividendi da fonti estere sia quelli da fonti nazionali, ricevuti da una società ricevente sono esenti dalla base imponibile. L'Articolo 29 della SPTA richiede che i dividendi da fonti nazionali siano pagati prelevando dagli utili che sono stati tassati alla aliquota dell'imposta sugli utili slovena pari al 25%. Per quanto riguarda i dividendi da fonti estere, l'Articolo 32 SPTA richiede una imposta estera "appropriata" su tali profitti. A seconda dell'interpretazione del termine imposta estera "appropriata" potrebbe non esservi trattamento fiscale diverso fra i dividendi da fonti nazionali e quelli da fonti estere. Se i requisiti degli Articoli 29 e 32 della SPTA non vengono rispettati, l'Articolo 28 della SPTA prevede l'inclusione dei dividendi nella base imponibile.

azioniste non residenti). Se i dividendi vengono pagati a società azioniste residenti, l'esenzione dell'imposta di distribuzione può essere considerata una passività per imposta differita per evitare una doppia tassazione economica.

(38) La sezione 36(2)(a) della CITA riguarda i dividendi da fonti nazionali e la Sezione 20(b) CITA riguarda i dividendi da fonti estere.

(39) Secondo la Legge Ungherese sulla Contabilità, l'utile al lordo d'imposta è essenzialmente l'importo indicato nel conto profitti e perdite.

4.3. Altre possibili violazioni

Nella Sezione 38(e) della CITA sono incluse disposizioni speciali per garantire la trattenuta fiscale dovuta sui pagamenti in favore dei non residenti nella Repubblica Ceca. Secondo queste disposizioni, il sostituto d'imposta è obbligato a trattenere il 10% del reddito lordo come pagamento anticipato che garantisce il pagamento dell'imposta. Si applica un'aliquota ridotta del 3% al reddito derivante dalla vendita di titoli emessi da entità giuridiche residenti. Indubbiamente, la richiesta di queste garanzie ha i suoi motivi nel fatto che sarebbe difficile rintracciare i non residenti in caso di successive procedure di accertamento. Tuttavia, all'interno della Unione Europea sono disponibili altri mezzi per garantire il rispetto delle disposizioni e la riscossione dei debiti tributari dei non residenti (che sono residenti in un altro Stato membro dell'Unione Europea). Perciò questa disposizione dovrebbe essere modificata per proteggere contro queste norme i residenti di altri Stati membri dell'Unione Europea.

Sia in Polonia sia in Slovenia vengono messe in atto disposizioni speciali nei sistemi fiscali riguardanti le società per facilitare la valutazione fiscale consolidata riguardante un gruppo di società. In Polonia, l'Articolo 1 della PCIT prevede un "gruppo di capitale tassabile" come contribuente fiscale. Tra le altre cose, una condizione per la creazione di tale gruppo è che tutti i membri del gruppo siano residenti in Polonia. In Slovenia è possibile la presentazione di un conto consolidato ai fini fiscali se una società residente detiene più del 90% del capitale di un'altra società residente. La finalità principale di queste disposizioni è quella di consentire la compensazione delle perdite sostenute da uno o più membri del gruppo con i profitti di altri membri del gruppo. Il diverso trattamento potrebbe mettere il contribuente fiscale non residente in una posizione fiscale più onerosa di quella delle società residenti. Sembra non esservi una buona giustificazione per questo fatto.

139

Inoltre, la maggior parte dei programmi di trattamento fiscale dei gruppi negli altri Stati membri dell'unione Europa è limitata alle società residenti (40). Tali Stati non sono stati deferiti alla ECJ, forse a causa delle discussioni che si sono avute in passato in merito alla introduzione di una Direttiva UE sulle perdite. Poiché non esiste una opinione co-

(40) Ad esempio in Olanda (fiscale eenheid) e in Germania (Organschaft).

mune sul contenuto di tale Direttiva, quest'area potrebbe essere soggetta a ulteriore analisi nel prossimo futuro da parte della ECJ.

4.4. Sintesi

Nell'area delle imposte sui redditi delle società, non sono state rilevate importanti distorsioni. I cinque paesi applicano regole simili per la determinazione degli utili tassabili di una stabile organizzazione e per la determinazione degli utili tassabili di una società residente, anche se le consuetudini vigenti nella Repubblica Ceca e in Ungheria di rendere soggetta la determinazione degli utili all'esame comparativo degli utili o ad una tassa minima potrebbe costituire violazione della legge dell'Unione Europea. Anche il credito fiscale indiretto, introdotto di recente in Polonia, potrebbe costituire una violazione del Trattato dell'Unione Europea.

Per quanto riguarda la libera circolazione dei capitali, sembra che l'Articolo 58 del Trattato dell'Unione Europea limiti il campo di applicazione dell'Articolo 56 del Trattato dell'Unione Europea. La contestazione della legislazione fiscale nazionale, utilizzando queste disposizioni è ancora piuttosto rara e quindi il suo risultato è incerto. A mio parere, non esiste la necessità immediata che i nuovi Stati membri debbano agire per modificare le loro legislazioni fiscali.

140

Infine, il legislatore fiscale in Polonia e in Slovenia dovrebbe essere pronto a una modifica del trattamento fiscale dei gruppi, poiché le regole attuali potrebbero costituire violazione della libertà di insediamento.

5. Osservazioni finali

Benché l'influenza delle libertà incluse nel Trattato dell'Unione Europea stia aumentando, si tratta ancora di un'area legislativa che è abbastanza imprevedibile. Il numero di casi di tassazione diretta è ancora relativamente ridotto. Inoltre, la legge dell'Unione Europea viene a volte utilizzata dai contribuenti e dai loro avvocati come ultima risorsa: se le procedure nazionali di ricorso non danno sufficienti garanzie di successo, si ipotizza di poter sollevare un caso di discriminazione davanti alla ECJ. Perciò, a mio parere, i nuovi Stati membri dovrebbero anzitutto concentrarsi sull'attuazione dei Regolamenti UE e delle Direttive UE. In secondo luogo, dovrebbero abolire i regimi fiscali dannosi [ad esempio le zo-

ne economiche speciali in Polonia e il regime di *off-shore* del 3% in Ungheria – per maggiori dettagli vedere il Rapporto Primarolo (41)]. E – ultimo, ma non meno importante – dovrebbero modificare la loro legislazione per evitare ogni eventuale violazione del Trattato UE al momento dell'ingresso nell'Unione Europea.

Dalla ricerca che precede si può dedurre che le questioni più importanti da risolvere vanno ricercate nelle imposte sul reddito personale. Occorre che tutti i Paesi coinvolti nella ricerca adottino regole che permettano ai non residenti, i quali realizzino una parte rilevante del loro reddito mondiale nel Paese in cui si origina il reddito, l'applicazione delle detrazioni personali. Inoltre, le disposizioni che vietano la deducibilità dei contributi pensionistici (o dei premi delle assicurazioni sulla vita) versati a istituzioni straniere, dovrebbero essere modificate, per consentire tali detrazioni anche in relazione ai versamenti effettuati in favore di istituzioni di altri Stati membri dell'Unione Europea. Nel campo delle imposte sul reddito delle persone giuridiche, la ricerca che precede non dà indicazioni di azione immediata da parte dei poteri legislativi fiscali. Tuttavia, le amministrazioni fiscali di questi Paesi dovrebbero essere pronte a eventuali contestazioni da parte dei propri contribuenti dopo l'ingresso nell'Unione Europea.

(41) Rapporto del Gruppo per il Codice di Comportamento sulla tassazione degli affari (Rapporto Primarolo) presentato al Consiglio ECOFIN in data 29 novembre 1999.

Jurisdictional Criteria and New EU Member States (*) (1)

Geerten M.M. Michielse (2)

1. General

The intention of the European Union is to create a geographical area without trade borders. This means – amongst other – that its Member States should refrain from creating tax burdens on cross border activities. The European Treaty (hereinafter: EU Treaty) provides for this by a nondiscrimination provision (3) and the formulation of the four freedoms (4). In addition to this primary legislation, the Treaty also provides for secondary legislation in the form of Regulations, Directives (5), Decisions, Recommendations and Opinions.

The primary legislation established by the EU Treaty can be seen as the 'constitutional' law of the European Union. However, none of the Member States has given up its tax sovereignty. As a result, the relations between the Member States in the area of taxation are ruled both by the EU Treaty provisions and the bilateral tax Treaties provisions. Here lies the main problem to be addressed in my contribution.

142

(*) Lecture held at the international Congress about "Tax jurisdictional criteria and European Union law", organized by the "Seconda Università" of Naples (Faculty of Law), the "Ordine Dottori Commercialisti of Naples" and this Review.

(1) The author wants to express his thanks to Ms. Milena Hrdinkova (Czech Republic), Ms. Krisztina Tóth (Hungary), Mr. Tomasz Kardach (Poland) and Mr. Sinisa Mitrovic (Slovenia) for their contribution to this Article.

(2) Technical Assistance Advisor to the International Monetary Fund and visiting professor at the Georgetown University Law Center in Washington, D.C. The views that are expressed in this publication are my personal opinions and do not necessarily reflect the official view of the IMF.

(3) Article 12 of the EU Treaty (Amsterdam) prohibits any discrimination on the grounds of nationality.

(4) The free movement of goods (Article 28-29), the free movement of workers (Article 39), the freedom of establishment (Articles 43 and 48), and the free movement of capital (Articles 56-58).

(5) E.g. the Merger Directive (90/434/EEC) and the Parent-Subsidiary Directive (90/435/EEC).

Since the first decision of the European Court of Justice (hereinafter: ECJ) in the area of direct taxation (6), it became clear that the European freedoms should be interpreted in perspective of the creation of a common market. This means that the tax system of a state should treat the residents of other Member States (non-residents) not more burdensome than its own residents. Here the collision with the general principles of international tax law starts, as the distinction between residents and non-residents is crucial.

In international tax law, the main distinction between residents and non-residents is made to define the tax sovereignty of the single states. A resident shall normally be taxed on his worldwide income and shall enjoy full personal deductibles (7). On the other hand, a non-resident shall only be taxed on income that has a sufficient linkage to the territory of that state. This is usually formulated by source rules. Personal allowances are usually limited or denied for non-residents as personal circumstances are conceptually linked to a person's residence.

With respect to residents of other Member States, the following situation now exists. The tax treatment of these persons will follow the nonresident rules in the domestic tax legislation of a Member State and its bilateral tax Treaties and – at the same time – shall not be treated differently from residents in that Member State according to the provisions of the EU Treaty.

In this contribution, an overview is given to what extent the treatment of nonresident taxpayers might be challenged before the ECJ in some countries of Central and Eastern Europe (the Czech Republic, Estonia, Hungary, Poland and Slovenia) (8). As the criteria defined in the decisions of the ECJ on the four freedoms are still developing, the discussed provisions will by no means be exhaustive.

14

2. Jurisdictional Criteria

2.1. Individuals

In most of the EU Member States (9) the residence of an individual is

(6) ECJ of January 28, 1986 [*Avoir fiscal*] C-270/83.

(7) There are only a very few countries that will tax its residents on a source basis (territoriality systems).

(8) These countries are considered to be amongst the first to become EU Member States.

(9) Special rules apply in Ireland and the United Kingdom as a result of the common law concept of 'domicile'.

measured by the habitual place of abode, the place where a residence is held, or the center of economic interest. In addition, residence is deemed in cases the individual is present in the country for at least 6 months.

In the countries covered by this research similar approaches can be found. So requires Section 2 of the Czech Income Tax Act (hereinafter: CITA) (10) having a residential address (i.e. a permanent home) in the Czech Republic to become a resident taxpayer. In Paragraph 6 of the Estonian Income Tax Act (hereinafter: EITA) (11) an individual is resident if he or she has a permanent place of residence in Estonia. Section 3 of the Hungarian Personal Income Tax (hereinafter: HPIT) (12) also requires a permanent residence or a regular place of stay to establish residency in Hungary. In Poland the Personal Income Tax Act (hereinafter: PPIT) (13) does not include a definition of resident. Instead, the tax laws refer to persons having unlimited and limited tax liability (following the German concept). In determining the unlimited tax liability for individuals, Article 25(1) PPIT seems to refer to a usual place of abode in Poland, although the text of the provision uses the 'effective place of management' (result of drafting error?). Finally, Article 5 of the Slovenian Income Tax Act (hereinafter: SITA) (14) determines an individual as resident if he or she has a permanent residence in Slovenia. In addition, a physical presence in all those countries that lasts at least 183 days in a calendar year will always constitute tax residency.

2.2. Entities

Within the EU Member States a line can be drawn between those Member States that uses the 'incorporation' approach and those who uses the 'legal seat' approach to establish residence of an entity. Most of the Member States, however, use as the ultimate criterion the effective place of management.

In the Czech Republic, Section 17(3) CITA uses the place where the registered office or the place of effective management is located as the

(10) "Zákon o daních z příjmu", No. 586/1992 Coll. (as amended).

(11) "Tulumaks", RT 1999 (as amended).

(12) "Törvény a személyi jövelemadórol", 1995 (as amended).

(13) "Ustawa ó podatku dochodowym od osób fizycznych", Dz.U. 1991, No. 80 (as amended).

(14) "Zakon o Dohodnini", Uradni List RS No. 71, December 1993 (as amended).

place of residence. In Estonia, Paragraph 6(2) EITA uses exclusively the 'incorporation' approach. A similar approach is followed in Section 4(7) of the Hungarian Corporate Tax and Dividend Tax (hereinafter: HCIT) (15). In Poland, the 'legal seat' approach found in Article 3 of the Polish Corporate Income Tax Act (hereinafter: PCIT) (16) is used next to the effective place of management of Article 25 PCIT. In Slovenia, Article 2 of the Profit Tax Act (hereinafter: SPTA) (17) will treat only entities with headquarters in Slovenia as resident taxpayers. This approach will have to be revised as it might reduce the profit tax revenue. Slovenian taxpayers can easily set up foreign headquarters to avoid a worldwide tax liability.

3. Personal Income Tax

3.1. Personal Allowances

According to Article 39(2) EU Treaty, domestic tax legislation of an EU Member State shall refrain from "any discrimination based on nationality between workers of the Member States as regards employment, remuneration and other conditions of work and employment". The ECJ has developed in several cases the concept of indirect (or *de facto*) discrimination, which through the application of distinguishing criteria other than nationality (e.g. residence) leads to the same result. However, in case of indirect discrimination, a Member State might have an 'objective justification' (or 'rule of reason') for the different treatment. Two levels of justification can be distinguished (18). The first level is the legitimate of the justification in relation with EU law. In the *Bachmann* (19) and *Wielockx* (20) cases, the ECJ accepted as 'objective justification' to protect public interest, the cohesion of the domestic tax system and its fiscal co-

144

(15) "Törvény a társasági adóról és az osztalékodóról", 1996 (as amended).

(16) "Ustawa ó podatku dochodowym od osób prawnych", Dz.U. 1992, (as amended).

(17) "Zakon o Davku od Dobicka Pravnih Oseb", Uradni List RS No. 72, 1993 (as amended).

(18) Sacha Prechal, "EC Law: the framework", in: "The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law" (EUCOTAX Series on European Taxation), Kluwer Law International, 1998.

(19) ECJ of January 28, 1992 [*Bachmann*] C-204/90.

(20) ECJ of August 11, 1995 [*Wielockx*] C-80/94.

herence on the (bilateral) Treaty level. The second level is the necessity of the different treatment to achieve its objective (referred to as the 'subsidiarity and proportionality principles'). In the *Biehl* (21) case, for example, the ECJ rejected the reasoning by the Luxembourgian authorities that a refund of excessive wage withholding tax to non-residents had to be denied to protect the progressive tax rates. The ECJ argued that there were other means to safeguard these progressive rates (e.g. the preservation of the application of the progressive tax rates in determining the foreign tax relief given in bilateral tax Treaties).

By far the most important decision for the personal income tax was the *Schumacker* (22) case. The ECJ decided that "... the application of rules of a Member State under which a worker who is a national of, and resides in, another Member State and is employed in the first State [i.e. nonresident; GM] is taxed more heavily than a worker who resides in the first State and performs the same work there [i.e. resident; GM] when, as in the main action, the national of the second State obtains his income entirely or almost exclusively from the work performed in the first State and does not receive in the second State sufficient income to be subject to taxation there in a manner enabling his personal and family circumstances to be taken into account". Although this reasoning of the ECJ is not particular clear and has led to different interpretations (23), it is safe to assume that domestic tax legislation should provide a nonresident with the same personal deductions as a resident, if the nonresident is economically (whatever that means) in a similar position as the resident. None of the Central European countries concerned does have such a provision in their personal income tax.

146

According to Section 15(3) CITA, nonresidents are neither eligible for personal allowances (e.g. spouse and dependent children) nor for the special allowances in case of pension or disability payments. The nonresident will only receive the basic personal allowance. The Czech Republic has no special regimes regarding frontier workers or expatriates.

In Estonia, a nonresident taxpayer can not even apply for the basic personal allowance. Paragraphs 23 through 28 EITA allow only deductions

(21) ECJ of May 8, 1990 [*Biehl*] C-175/88.

(22) ECJ of February 14, 1995 [*Schumacker*] C-279/93.

(23) See: Peter J. Wattel, "The Schumacker Legacy – Taxing Non-Resident Employees: Coping with Schumacker" in: *European Taxation*, IBFD, November/December 1995, and Eric Kemmeren, "EC Law: Specific Observations" in: *The Compatibility of Anti-Abuse provisions in Tax Treaties with EC Law*, EUCOTAX, Kluwer Law International, 1998.

from the aggregate income of resident taxpayers. Most of these provisions are personal deductions (e.g. alimony payments, educational expenses of dependents), others are more related to the source of income (e.g. pension premiums, membership of trade union). As the first category might violate against Article 39 EU Treaty, the latter category is in violation with the free movement of workers. Furthermore, Estonian resident spouses may opt to file a joint tax return, resulting in a lower marginal overall tax rate, according to Paragraph 44(2) EITA, which is not available to non-resident taxpayers.

As Hungary applies a credit against tax for certain personal expenses (24), only individuals who have a tax liability in Hungary are eligible to this credit. This is basically in line with the requirement of Article 39 EU Treaty as it treats residents and nonresidents (both are liable to tax in Hungary – though not to the same extent) equally. However, the fact that for example tuition fees paid to foreign institutions are not covered by the tuition allowance (25) may be discriminatory (26). On the other hand, Article 40 HPIT provides for a Personal and Family Allowance that is available only to taxpayers who are entitled to the family benefit (27) (i.e. only to Hungarian residents).

In Poland, personal allowances are granted to both resident and non-resident taxpayers. However, as Article 6(2) PPIT provides for a splitting of income between spouses if they are both resident taxpayers, this will result in an indirect discrimination based on Article 39 EU Treaty (28).

According to Articles 7 and 8 SITA, all personal allowances given in the form of a deduction as a percentage of the average annual salary of employees in Slovenia, will be granted only to resident taxpayers.

14

3.2. Pension Premiums

Another important area in the personal income tax is the deductibility of pension premiums and insurance premiums. According to

(24) Such as the Employment Allowance (Article 33), the Child Care Allowance (Article 34(1)(b)), and the Tuition Allowance (Article 36).

(25) Section 36 HPIT.

(26) Compare: ECJ of January 28, 1992 [*Bachmann*] C-204/90.

(27) Paragraph 2 of Act LXXXIV of 1998 on the family support.

(28) Compare: ECJ of January 26, 1993 [*Werner*] C-112/91.

the ECJ (29) pension or insurance premiums should be deductible irrespective whether paid to resident or nonresident institutions, unless the coherence of the fiscal system (including its bilateral tax agreements) is not maintained.

In the Czech Republic, according to Section 4(1)(h) CITA, pension payment are taxable only if and to the extent they are in excess of CZK 144,000 per year (2001), irrespective whether paid by a domestic or a foreign pension fund. According to Section 15(12) pension premiums can be deducted from taxable income subject to certain limits. The text of this provision does not contain any condition regarding the residence of the insurance company. Its interpretation, however, might be more restrictive as premiums paid to a pension fund or an insurance company can only be deductible if paid to an institution that has been approved by the Ministry of Finance conform Act No. 363/1999 Coll. It is not clear yet whether nonresident companies will get such an approval.

According to the Estonian income tax, only pension premiums paid to qualifying resident pension funds which are established according to the Estonian Pension Fund Act are deductible. The deduction is furthermore restricted as it is only allowed to resident taxpayers (Paragraph 28(1) EITA) and as it is limited to 15% of the taxable income. The pension payments will be taxed at 26% (irrespective whether paid to a resident or nonresident) and under conditions (Paragraph 21 EITA) at a reduced rate of 10% in case of residents.

148

The Hungarian personal income tax provides in Section 35 for a credit against tax for statutory social security contributions, payments to private pension funds and voluntary mutual insurance funds. According to Section 42, a tax credit is also provided for premiums paid on life and pension insurances. The credit is granted to the extent that the taxpayer (either resident or nonresident) has sufficient tax liability. The condition, however, is that the premiums must be paid to a Hungarian institution.

In Poland pension premiums are either deductible as expenses related to employment income according to Article 22(1b) PPIT or – if otherwise arising under a legal title – be granted a credit against tax according to Article 26(1) PPIT. Only premiums paid in the compulsory public or private system are deductible. Premiums paid on a voluntary pension scheme are not deductible. As the compulsory systems are based on Polish legislation, it seems that only payments made to Polish institutions are taken into account. Any retirement payment or other pension enti-

(29) ECJ of January 28, 1992 [*Bachmann*] C-204/90 and ECJ of August 11, 1995 [*Wielockx*] C-80/94.

tlement is included in taxable income (Article 10(1) PPIT). The personal income tax does not make a distinction whether these payments are received by a domestic or foreign pension fund.

Article 6 SITA allows a deduction for premiums paid on a compulsory social security contributions to legal persons in Slovenia or to foreign institutions. In addition, Article 9 No. 4 SITA allows a deduction of premiums paid on a voluntary pension or health insurance (subject to limits), if these premiums are paid to a legal person in Slovenia. The deductibility is furthermore, only available to resident taxpayers.

3.3. Other possible infringements

According to Article 29 PPIT, a flat tax rate of 20% is due on income from independent activities, remunerations to board members of a Polish company, income from royalties and interest paid to nonresidents. Whereas these kinds of income - except for interest - paid to residents are subject to the normal rate scheme that has a lowest bracket of 19%. Although a minor difference, according to a decision in which the ECJ (30) decided that a special tax rate for nonresidents violated the free movement of workers, this treatment may not be hold after EU accession.

149

3.4. Summary

With respect to the personal allowances only Poland is fully complying with the decision in the *Schumacker* case and even very generously while granting these deductions to both resident and nonresident taxpayers. The Polish legislature may want to limit these grants in the future to cases in which the nonresident taxpayers (EU residents) are not able to present their personal deductions in their country of residence. At the other side of the spectrum, Estonia and Slovenia do not allow even the basic personal allowance to a nonresident taxpayer. The Czech Republic allows only the basic personal allowance to nonresidents. In Hungary, a credit against tax liability is given for personal allowances in the tax code. This approach enables nonresidents to apply for the same personal allowances as resident taxpayers (except in cases in which another legal act - e.g. the law on family support - limits tax legislation). Except for Poland, all countries have to bring their existing legislation in line with the current case law of the ECJ as they do not allow the (basic) personal allowances, which they grant to their resident taxpayers. These per-

(30) ECJ of June 27, 1996 [*Asscher*] C-107/94.

sonal allowances should also be available to nonresident taxpayers who earn a substantial part (e.g. either 75% or 90%) of their worldwide income in the source country.

Most countries allow the deduction of premiums paid for pensions (and other social security reasons) irrespective whether paid by residents or nonresidents. In Poland, premiums paid by resident or nonresident taxpayers on a voluntary pension scheme are not deductible. In Estonia and Slovenia (only regarding payments on voluntary schemes) such deduction is not allowed if made by nonresident taxpayers. In addition, most countries are restricting the deductibility of such payments if made to resident funds or entities. The call on the coherence of the fiscal system will most likely fail on the fact that these countries have entered into bilateral tax Treaties that give the right to tax the pension payments to the state of source. As a consequence, these countries have to allow also the deductibility of premiums paid to pension funds, etc. that are resident in another EU Member State.

4. Corporate Income Tax

150

4.1. Freedom of establishment

Article 43 EU Treaty prohibits "restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State". In Article 48 EU Treaty it is explicitly made clear that "companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principle place of business within the Community shall ... be treated in the same way as natural persons who are nationals of Member States".

In this respect the treatment of a permanent establishment (nonresident) is the most important subject of research. The ECJ has issued three major decisions in this area (31). In all cases it became clear that the profit determination of a permanent establishment (nonresident) should not differ from that of a resident company.

In the Czech Republic the determination of the taxable profit of a permanent establishment follows the provisions set for resident taxpayers. However, in determining the taxable base (32), the permanent establish-

(31) ECJ of January 28, 1986 [*Avoir Fiscal*] C-270/83, ECJ of July 13, 1993 [*Commerzbank*] C-330/91, and ECJ of September 21, 1999 [*Saint-Gobian*] C-307/97.

(32) Section 23(11) CITA.

ment can be subject to a comparison with similar resident corporate entities to adjust its taxable base, as well as to reallocate its overall profits or losses between its foreign headquarters and the Czech permanent establishment.

Estonia does not have a traditional corporate income tax as it levies a distribution tax of 26/74 on the distributed profits, *in lieu* of a tax on profits. If a nonresident taxpayer receives income through an Estonian permanent establishment, the nonresident will be liable to tax in a similar way as a resident company. However, due to the difference in legal status, a permanent establishment cannot distribute its profits. Therefore, Paragraph 53 EITA establishes three transactions that are treated as equivalent to 'distributions' by a permanent establishment to its headquarters: (a) property movements beyond the original property attributable to the permanent establishment, (b) payment made by or on account of the permanent establishment, and (c) payments made under order of the headquarters through the permanent establishment to third parties. All payments mentioned before are not treated as 'distributions' if related to any goods transferred or services performed.

In the Hungarian corporate income tax the taxation of resident companies and permanent establishments of nonresident companies is basically similar. However, a permanent establishment has to add 5% profit on its revenues from an intermediate sale. Furthermore, an Hungarian permanent establishment is subject to a minimum tax as its tax base should be at least 12% of the costs and expenses incurred by that permanent establishment. In this respect, one might see a potential violation of Article 43 EU Treaty.

According to Section 23 PCIT the dividend withholding tax of 15% can only be credited against the tax liability of resident shareholders. In case of a nonresident shareholder which shares are allocated to a Polish permanent establishment, such credit is not available. In general, it seems that the determination of taxable profit regarding a Polish permanent establishment does not differ from that of a Polish company. However, the introduction as per January 1, 2001 of an 'ordinary' indirect tax credit for dividends received from a foreign subsidiary in which the Polish parent company has at least 75% of the voting rights (33), might be an indirect discrimination based on Article 43 EU Treaty (34). The text refers to a Polish parent company, which might exclude the permanent establishment from the application of this relief.

(33) Article 20(2) PCIT.

(34) Compare: ECJ of September 29, 1999 [*Saint-Gobain*] C-307/97.

The Slovenian profit tax does not provide for different rules to determine the taxable profit of a permanent establishment from a resident legal entity.

4.2. *Free movement of capital*

The free movement of capital is incorporated in Article 56 EU Treaty: "..., all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited." This general rule, however, is limited by Article 58 EU Treaty that allows Member States "to apply ... provisions of their tax law which distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence or with regard to the place where their capital is invested". This caused some confusion about the interpretation of these provisions. It is generally accepted that those provisions may be interpreted as confirming the ECJ decisions on the other freedoms (35). This means that it does not eliminate the disadvantages for nonresidents and residents with foreign income flowing from imputation systems, withholding taxes and so forth, but it prohibits unjustified discrimination.

4.2.1. Place of residence – investor

In all the countries covered by this research, a domestic withholding tax is levied on dividends distribution. In Estonia, Hungary and Slovenia dividends distribution to individuals (residents or nonresidents) and nonresident corporate shareholders are subject to a withholding tax. However, dividends paid to resident companies are exempt from this withholding tax. Although this different tax treatment is not neutral towards the place of residence of the investor, Article 58 EU Treaty protect the countries from being challenged before the ECJ. In the Czech Republic an exemption for the withholding tax on dividends is provided for qualifying re-distributions of profits. In cases, in which a Czech company distributes profits to its Czech parent company which owns at least 20% of the share capital of the distributing company, Article 36(5) CITA allows an exemption for withholding tax at redistribution of these profits to the parent company. The different treatment is not caused by a different place of residence of the investor, but by the

(35) See e.g. Paul Farmer, "EC Law and Direct Taxation – Some Thoughts on Recent Issues", in: *The EC Tax Journal*, Volume 1, 1995/96, Issue 2.

subsequent distribution. In my opinion, this exemption does therefore not effect the free movement of capital. In Poland all dividends distribution (whether paid to residents or nonresidents, individuals or corporate shareholders) are subject to a 15% withholding tax. Only if the dividends are paid to members of a fiscal unity, Article 22(3) PCIT provides an exemption. The fact that such fiscal unity is only possible between resident corporate entities, will *de facto* result in an exemption to some resident corporate shareholders. Thus, a similar situation results as in Estonia, Hungary and Slovenia.

According to Section 50(1) EITA, a resident company in Estonia pays distribution tax on all profits distributed to nonresident shareholders and resident individuals, but not to resident corporate shareholders. The distribution tax is treated as a tax liability of the distributing company and therefore not similar to a withholding tax (36). At first sight there is a different tax treatment of the Estonian company depending on the place of residence of its shareholders (investors). Is this a treatment that can be challenged by Article 56 EU Treaty? As this treatment does not turn on the place of investment (investments by residents in Estonia in domestic and foreign entities are treated in the same way) but on the place of residence of the investor (and who is not the taxpayer in Estonia), it is doubtful. Furthermore, the Estonian authorities might have good reasons to argue that this distribution tax is necessary to protect the coherence of its domestic tax system (37).

15

4.2.2. Place of investment

In the Czech Republic both domestic and foreign source dividends received by a domestic company form a separate tax base and are taxed at the special 15% rate (38). In Estonia, no profit tax is due until the moment of distribution. The source of the underlying profit, however, is not relevant for this distribution tax. Thus, domestic and foreign source dividends

(36) A withholding tax is a tax withheld by the distributing company on behalf of the shareholder who is liable.

(37) The distribution tax on profit distributions is levied at the moment that these profits are finally leaving the corporate sphere in Estonia (individual shareholders and nonresident corporate shareholders). If paid to resident corporate shareholders, the exemption of the distribution tax can be seen as a deferral of tax liability to avoid economic double taxation.

(38) Section 36(2)(a) CITA deals with the domestic source dividends and Section 20(b) CITA deals with the foreign source dividends.

received by a resident company are treated the same. In Hungary all dividends are included in the pre-tax profit (39) according to Section 6 HCIT. In Section 7(1)(g) HCIT all dividends received – except for CFC dividends – are deductible from this pre-tax profit and thus exempt from the taxable base. No difference is made between domestic and foreign source dividends. In Poland no different treatment of domestic and foreign source dividends received by a resident company is incorporated in the profit tax. According to Article 7 PCIT in connection with Article 10(1) PCIT all dividends have to be included in the taxable base. Recently a provision has been implemented to avoid economic double taxation on intercompany dividends by allowing an ordinary indirect tax credit (see above). In Slovenia, both domestic and foreign source dividends received by a resident company are exempt from the taxable base. Article 29 SPTA requires that domestic source dividends are paid out of the profit that has been taxed at the 25% Slovenian profit tax rate. Regarding foreign source dividends, Article 32 SPTA requires an ‘appropriate’ foreign tax on those profits. Depending on the interpretation of an ‘appropriate’ foreign tax, there might be no different tax treatment between domestic and foreign source dividends. If the requirements of the Articles 29 and 32 SPTA are not met, Article 28 SPTA provides for including the dividends in the taxable base.

4.3. Other possible infringements

In Section 38e CITA special provisions are included to guarantee the withholding tax due on payments to nonresidents in the Czech Republic. According to these rules, the withholding agent is obliged to withhold 10% of the gross income as a prepayment securing the payment of the tax. A reduced rate of 3% applies to income from the sale of securities issued by resident legal entities. Doubtless this required guarantees have its reason in the fact that nonresidents are difficult to trace in future assessment procedures. However, within the European Union, other means are available to ensure the enforcement and collection of tax liability of nonresident (who are resident in another EU Member State). Therefore, this provision should be modified to protect residents of other EU Member States from these rules.

In both Poland and Slovenia special provisions are implemented in the corporate tax systems to facilitate consolidated tax assessments regarding a group of companies. In Poland, Article 1a) PCIT provides for a ‘taxable

(39) The pre-tax profit is basically the amount stated in the profit and loss account according to the Hungarian Accounting Law.

capital group' as taxpayer. Amongst other, a condition to establish such a group is that all the members of the group are residents in Poland. In Slovenia, a submission of consolidated accounts for tax purposes is possible if a resident company owns more than 90% of the capital of another resident company. The main purpose of these provisions is to set off losses sustained by one or more members of the group against profits made by the other members. The different treatment might put the non-resident taxpayers in a more burdensome tax position than that of the resident companies. A good justification for this seems to be absent.

Most group tax treatment schemes in other EU Member States are also limited to resident companies (40). They have not been challenged before the ECJ, may be because of the discussions in the past about the introduction of an EU Directive on losses. As there is no *communis opinio* about the contents of such Directive, this area may be explored in the near future by the ECJ.

4.4. Summary

Within the area of the corporate income tax, no major distortions have been detected. The five countries apply similar rules for the determination of taxable profits of a permanent establishment as for the determination of taxable profits of a resident company. Although, the practices in the Czech Republic and in Hungary to make the profit determination subject to either comparative profit review or a minimum tax, might be in violation of EU law. Also the recently introduced indirect tax credit in Poland might be violating the EU Treaty.

With respect to the free movement of capital, it seems that Article 58 EU Treaty limits the field of application of Article 56 EU Treaty. Challenging domestic tax legislation by using these provision is still rare and therefore in its result uncertain. In my opinion, there is no immediate need for the new Member States to act and modify their tax legislation.

Finally, the tax legislator in Poland and in Slovenia should be prepared for a modification of the group tax treatment as the existing rules might be violating the freedom of establishment.

5. Final Remarks

Although, the influence of the freedoms incorporated in the EU Treaty are increasing, it still is an area of law that is quite unpredictable. The

(40) E.g. in the Netherlands (*fiscale eenheid*) and in Germany (*Organschaft*).

number of cases in direct taxation is still relatively low. Furthermore, EU law is sometimes used by taxpayers and their lawyers as a remedy at last resort: if domestic appeal procedures are suffocated, one might try a discrimination case before the ECJ. Therefore, in my opinion, the new Member States should first concentrate on the implementation of the EU Regulations and EU Directives. Secondly, they should abolish harmful tax regimes (e.g. the Special Economic Zones in Poland and the offshore regime of 3% in Hungary – see in more detail the Primarolo Report (41)). And - last but not least - they should amend their legislation to avoid any violation of the EU Treaty once entering the EU.

From the above research, we could deduce that the most important issues to be solved, can be found in the personal income taxes. All the countries involved in the research need to adopt rules that allow nonresidents, who realize a substantial part of their worldwide income in the country of source, the deduction of personal allowances. Furthermore, provisions that prohibit deductible pension (or life insurance) premiums made to foreign institutions, should be modified to allow such deduction also for payments made to institutions in other EU Member States. In the area of the corporate income tax, the above research did not give an indication for immediate action by the tax legislature. However, tax authorities of these countries should be prepared for any challenge by its taxpayers after entering into the European Union.

(41) Report of the Code of Conduct group on business taxation (Primarolo Report) as submitted to the ECOFIN Council on 29 November 1999.

Responsabilità fiscale limitata delle società non residenti e libertà di stabilimento (*)

Fabrizio Amatucci

1. Restrizione della sovranità fiscale nazionale nei confronti della attività delle società multinazionali

L'indagine sulla responsabilità o obbligazione tributaria limitata e illimitata degli imprenditori e delle società in ambito comunitario e del contrasto di tale distinzione derivante dalla tassazione del reddito mondiale in base alla residenza con la libertà di stabilimento prevista dal diritto comunitario, deve partire dalla verifica della sovranità fiscale nazionale esercitata nei confronti dei soggetti che operano in ambito transnazionale attraverso criteri impositivi di collegamento con il territorio. Quanto maggiore è la volontà di mantenere interamente tale sovranità (1) tanto minore sarà la libertà di stabilimento che le imprese e gli imprenditori potranno esercitare in ambito comunitario e più difficilmente si potrà realizzare l'eguaglianza di trattamento tra società residenti e non residenti attribuendo ad ambedue la stessa responsabilità fiscale.

157

È noto che in base al principio dell'"efficienza fiscale internazionale" l'imposizione dovrebbe (2) interferire il meno possibile sulle scelte economiche e sull'allocazione dei capitali delle imprese (3).

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario" organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

(1) Le cause del crescente intervento statale sull'attività delle imprese e dell'esercizio esclusivo della potestà tributaria nell'ambito di un'autonomia imprenditoriale che viene ovunque rispettata e garantita, vanno ricercate nel continuo ampliarsi delle dimensioni e del potere delle grandi società, negli squilibri che si determinano tra forze portatrici di interessi diversi o minori poteri, nel tentativo di mediare, coordinare e rendere produttivi i conflitti sottostanti, nell'ampliarsi delle dimensioni dei mercati.

(2) Sul concetto di efficienza internazionale e sul suo collegamento con la neutralità fiscale vedi SMITH e BARENTS, *Neutrality and subsidiarity in taxation*, Deventer, 1995 e GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 60.

(3) LA ROSA, in PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società*, Atti del convegno di Venezia 16-18 nov. 1995, Milano, p. 207 osserva, con riferimento ai gruppi di società, che le misure fiscali penalizzanti per le imprese (come alcune norme antielusive restritti-

Gli Stati membri UE, pur essendo consapevoli del contrasto determinato con le libertà fondamentali di circolazione e dell'effetto distorsivo nei confronti degli esercenti attività economiche e commerciali, sono sempre stati restii a cedere o restringere la propria sovranità fiscale nel rispetto del principio del dominio riservato di *competenza nazionale* temendo di compromettere i diritti dello Stato e di perdere parte della potestà tributaria (4). È evidente la contrapposizione tra un accresciuto ruolo comunitario nella regolamentazione delle vicende economico-commerciali internazionali ed un morboso interesse statale alla percezione tributaria (5).

Gli innumerevoli accordi internazionali in materia fiscale (6) ed in particolar modo quelli ispirati al Modello OCSE di convenzioni contro le doppie imposizioni internazionali da un lato, e le direttive CE in materia fiscale attraverso le quali gli Stati riducono reciprocamente la loro potestà tributaria per facilitare le operazioni transnazionali (7), dimostrano la necessità di una restrizione di sovranità nazionale in materia fiscale. Oltre al processo di integrazione positiva dei sistemi fiscali che rispetta parzialmente la sovranità dei Paesi membri lasciando agli stessi la scelta del metodo di concessione del beneficio (ad es. esenzione o credito d'im-

158

ve o il mancato riconoscimento di agevolazioni ai non residenti) possono essere introdotte o conservate in nome dell'esigenza di limitare la loro crescita, di lasciare spazio all'attività commerciale e di creare condizioni di equilibrio concorrenziale tra gli uni e le altre. Allo stesso modo assetti fiscalmente neutrali derivanti da restrizioni reciproche della sovranità fiscale nazionale, in particolare per le società controllate e per i gruppi di società, possono essere invocati o introdotti come misure di incentivazione agli investimenti intracomunitari ed alle concentrazioni. Cfr. JADAUD, *L'impôt et les groupes de sociétés*, Paris, 1970.

(4) JEFFERY, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation* Kluwer 1999, p. 105. L'A. osserva che esiste una sfera di competenza nazionale che non può essere invasa (c.d. principio del dominio riservato di competenza nazionale) i cui confini sono fissati dal diritto internazionale stesso che delega gli ordinamenti interni a completare le proprie norme incomplete. Gli accordi fiscali internazionali dipendono dal diritto interno per la propria completezza. Tale dipendenza rende alcune volte complessa l'analisi volta a stabilire se gli Stati hanno travalicato i limiti posti dal diritto internazionale e l'applicazione delle norme antiabuso nella sfera delle operazioni transnazionali lo dimostra chiaramente.

(5) Cfr. CARLI, *Gruppi di società, fattore produttivo fiscale e organizzazione aziendale stabile*, in DPT 1986, p. 1183 p. 1184.

(6) L'accordo internazionale nel settore tributario si deve inquadrare nell'ambito di una più vasta azione di rapporti economici tra gli Stati interessati e di scelte politiche.

(7) JEFFERY *op cit.*, p. 21.

posta per l'eliminazione della doppia imposizione) (8), è il ricorso all'applicazione in materia tributaria di norme del Trattato CE sulle libertà fondamentali di circolazione come la libertà di stabilimento di società e imprenditori volte a realizzare l'instaurazione del mercato interno, che limita maggiormente la sovranità fiscale dei Paesi membri (9) condizionando l'imposizione delle società non residenti.

Tra le maggiori restrizioni di sovranità nazionale che determinano la libertà di stabilimento così come interpretata dalla Corte di Giustizia CE, vi sono, da un lato, il divieto da parte degli Stati membri di trattamenti fiscali favorevoli riservati da disposizioni interne senza giustificazione obiettiva esclusivamente alle società residenti aventi sede nel proprio territorio con esclusione di quelle non residenti e, dall'altro, il divieto di condizionamento di trattamenti fiscali favorevoli al controllo ed al collegamento di società residenti con altre stabilite esclusivamente all'interno dello Stato stesso (10). L'art. 43 del Trattato di Amsterdam assicura infatti parimenti che lo Stato d'origine non ostacoli lo stabilimento in altro Paese di un proprio cittadino o società costituita secondo la propria legislazione.

Anche nei rapporti convenzionali con i Paesi terzi la sovranità fiscale nazionale nei confronti delle imprese europee è limitata dalla libertà di stabilimento al punto che può determinare una estensione del tratta-

(8) WATTEL, *Progressive taxation of non resident...in European Taxation*, 2000, p. 213 considera in proposito "l'integrazione positiva tra i sistemi fiscali realizzata attraverso le direttive in grado di rispettare la sovranità dei Paesi membri consistente nella scelta dello strumento idoneo a realizzare l'obiettivo prefissato dal diritto comunitario".

Va replicato che le direttive, grazie al loro effetto diretto possono determinare la modifica o l'abrogazione di norme tributarie interne a prescindere dallo strumento scelto dal Paese membro o costituire un limite per l'istituzione di nuovi tributi in contrasto con il diritto comunitario. In tal senso gli atti comunitari restringono notevolmente la sovranità fiscale nazionale.

(9) LEHNER, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non discrimination clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 5, UDI-NA, *Il diritto tributario internazionale*, in *Trattato di diritto internazionale* Padova, 1949, pp. 124-189, CASADO OLLERO, *El art. 95 del Tratado y la diferenciación des los tipos de gravamen en el IVA* in *Estudios sobre l'armonización fiscal*, Granada, 1987, AMATUCCI F. *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998.

(10) Vedi sentenze Corte Giust. *ICI* del 16 luglio 1998, causa C246/96 e *XAB YAB* del 18 novembre 1999. In tale ultima decisione si è stabilito che l'art. 43 osta a che le agevolazioni fiscali siano negate per trasferimenti finanziari infragruppo tra due società per azioni aventi sede nello stesso Stato membro ed una delle due sia totalmente controllata dalla prima unitamente a più consociate interamente controllate e aventi sede in altri Paesi membri con i quali il primo Stato abbia stipulato convenzioni contro le doppie imposizioni contenenti una clausola di non discriminazione.

mento favorevole nei confronti di soggetti non contemplati dall'accordo fiscale bilaterale (11).

Il diritto comunitario primario infatti, grazie al suo primato su quello interno, è giunto al punto di consentire in alcuni casi, attraverso la libertà di stabilimento, estensibile alle stabili organizzazioni comunitarie di imprese non appartenenti agli Stati contraenti ed aventi responsabilità fiscale limitata i benefici previsti dalle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione stipulate con Paesi terzi (12). Non deve trascurarsi il pericolo che può derivare da tale orientamento consistente nella generalizzazione dei vantaggi fiscali previsti da convenzioni basate sulla reciprocità nei confronti di tutti i non residenti che operano all'interno di un Paese membro la quale provocherebbe imprevedibili conseguenze economiche e finanziarie (13).

(11) AMATUCCI F., *L'interpretazione e l'applicazione del principio di n.d. nell'ordinamento tributario italiano*, su *Riv. dir. trib.* 1999, p. 184. Il rapporto tra norma comunitaria e convenzionale va disciplinato in base all'art. 307 del Trattato CE che fissa un criterio temporale ma che prevede la necessità di adeguamento delle convenzioni al diritto comunitario.

Diversa è la situazione per quanto riguarda la normativa comunitaria secondaria e la possibilità di estensione a Paesi terzi attraverso norme convenzionali. Qualora esistano disposizioni comunitarie che regolamentano fiscalmente determinate operazioni (come la direttiva CE sui dividendi distribuiti tra società madri e figlie) una clausola convenzionale che preveda tra gli Stati contraenti l'estensione dei benefici previsti dalla direttiva comunitaria a società residenti in Paesi terzi potrebbe risultare in contrasto con il diritto comunitario in quanto la direttiva è volta all'armonizzazione di disposizioni fiscali degli ordinamenti dei Paesi membri.

Una estensione dei vantaggi contenuti nella direttiva comunitaria 90/435 a Paesi terzi si è avuta tuttavia di recente con il collegato alla finanziaria 2000, il quale all'art. 1 ha aggiunto all'art. 96-bis il comma 2-ter. Tale norma stabilisce che il regime di tassazione art. 96-bis TUIR che prevede l'imposizione al 5% dei dividendi distribuiti da società figlie è esteso a quelli distribuiti da società extracomunitarie partecipate residenti in Paesi a regime fiscale non privilegiato in ragione dell'esistenza di un livello analogo a quello applicato in Italia nonché di un adeguato scambio di informazioni da individuare con decreto del ministro. Resta fermo il regime impositivo previsto dall'art. 96 TUIR per i dividendi di fonte estera provenienti da società estere collegate ai sensi dell'art. 2359 c.c..

(12) Vedi sentenza Corte Giust. CE *St. Gobain* del 21 settembre 1999 C- 307/97, punto 59, ove si osserva che l'estensione del privilegio di affiliazione in materia di imposte sulle società previsti dall'ordinamento interno dalle convenzioni bilaterali stipulate dalla Repubblica Tedesca a stabili organizzazioni di altre società europee non pregiudicherebbe i diritti dei Paesi terzi parti contraenti delle convenzioni e non imporrebbe nuovi obblighi agli stessi.

(13) Vedi Conclusioni sent. *Schumacker* dell'Avv. Gen. Leger punto 87, *Hinneken*, in *Non discrimination in EC income tax law*, E.T. 1996, p. 297, KOSTENSE, *Saint Go-*

È evidente come la creazione e lo sviluppo della Unione Europea quale organismo sovranazionale abbia notevolmente influenzato l'esercizio della sovranità fiscale degli Stati membri la quale non è più assoluta (14). È sorta pertanto in tale contesto l'esigenza di una *politica fiscale societaria europea centralizzata* che, affiancandosi a quella economica e monetaria, possa contemperare le esigenze del mantenimento della sovranità fiscale nazionale e dei criteri impositivi di collegamento personali da un lato e dell'eliminazione della discriminazione, dell'elusione, della competizione fiscale dannosa e della doppia imposizione internazionale dall'altro (15).

2. Possibilità di mantenimento della distinzione tra responsabilità fiscali limitata e illimitata delle società

Nell'esercizio della propria sovranità fiscale gli Stati membri che applicano il principio di tassazione del reddito mondiale adottando criteri impositivi di tipo personale nei confronti delle società residenti, differenziano solitamente queste ultime da quelle non residenti prevedendo implicitamente o esplicitamente una responsabilità fiscale illimitata delle prime e limitata delle seconde (16). Soltanto la responsabilità illimitata consente il riconoscimento di ogni beneficio fiscale personale nel Pae-

161

bain case..., in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 223. Tale ultimo A. esamina l'impatto sul diritto comunitario dell'applicazione di una sorta di clausola della nazione più favorita in materia di accordi fiscali il quale non si evince dal caso *St. Gobain* e comunque non si estende agli accordi fiscali. Tale impatto determinerebbe l'applicazione del trattamento più favorevole se previsto dalla convenzione prescindendo dai collegamenti economici della S.O. con l'altro Stato.

(14) ALLOTT, *Adherence to and withdrawal from mixed agreements in the European Community in international order*, EC Commission, 1984 p. 116. SACCHETTO, in *L'evoluzione del dir. trib.* CEDAM, 1999, ritiene in proposito che gli Stati membri non sono più titolari di una potestà piena in materia fiscale e ciò costituisce un dato irreversibile; la Corte di Giustizia ha creato una serie di limiti vincolanti sia pure operando a livello interpretativo sulle norme in materia di libertà di circolazione in ambito CE.

(15) In tal senso vedi RADAELLI, *The politics of corporate taxation in the EU*, London, 1997.

(16) Il riferimento territoriale della responsabilità fiscale si basa sul fatto che essa rappresenta per gli Stati la precondizione per poter realizzare reddito in un altro Stato e per la produttività economica all'estero. La delimitazione di un'area territoriale circoscritta è una condizione fondamentale sulla quale si basa la distinzione tra responsabilità limitata e illimitata. Cfr. LEHNER, *op. cit.* p. 12.

se di residenza e, per tale motivo, sarebbe più correttamente qualificabile come "trattamento fiscale illimitato".

La distinzione basata sulla limitatezza o meno del trattamento fiscale nasce da una concezione in base alla quale la situazione delle due società residenti e non residenti è considerata normalmente non comparabile (17). Il trattamento fiscale limitato della non residente è derivante da una equivalente ristretta sovranità fiscale dello Stato della fonte nei propri confronti (18).

La diversa qualificazione del trattamento fiscale delle società in base alla residenza inoltre è espressione di un principio internazionalmente riconosciuto attraverso il quale avviene la ripartizione delle regole distributive previste dagli accordi fiscali internazionali contro la doppia imposizione. In tali accordi alla residenza, considerata dal Modello OCSE art. 4 come *place of management* o sede dell'amministrazione, è demandata la funzione di individuare quale dei due Paesi potrà esercitare la sovranità impositiva (19). L'art. 24 del Modello OCSE di convenzione contro la doppia imposizione, nello stabilire un divieto di discriminazione fiscale basato essenzialmente sulla reciprocità, pur non escludendo la possibilità di un stesso trattamento fiscale tra società residenti e non residenti non prevede la parità di trattamento tra le stesse riconoscendo implicitamente la loro diversità.

162

Ai fini dell'identificazione della residenza fiscale di una società in grado di attribuire automaticamente una responsabilità fiscale illimitata alla stessa, non vi è una nozione uniforme in ambito europeo. Nella direttiva CE n. 90/435, art. 2, lett. b), e nella proposta di direttiva comunitaria sul regime fiscale di interessi e *royalties* tra società consociate di Stati membri diversi (20), infatti, si considera società di uno Stato membro "qualsiasi società che abbia sede in detto Stato conformemente alla legislazione fiscale dello stesso". Lo Stato della sede è infatti quello mag-

(17) Si presume infatti che la società residente effettua la propria attività prevalentemente nel Paese ove ha la sede amministrativa o centrale e beneficia dei servizi in quel territorio, pertanto va assoggettata illimitatamente in base al reddito mondiale, mentre la non residente beneficia degli stessi servizi nel proprio Stato di residenza.

(18) Cfr. WATTEL, *op. cit.*, p. 222, il quale ritiene che la differenza tra residente e non residente è proporzionata alla possibilità di controllo da parte dei singoli Stati interessati.

(19) MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, CEDAM, 1999.

(20) COM 67 def. del 4 marzo 1998.

giormente interessato alla vita della società ed è attraverso la sede che, al pari della cittadinanza e la residenza per le persone fisiche, si può determinare il collegamento all'ordinamento giuridico di un Paese (21).

Il criterio della sede legale maggiormente utilizzato in Europa risulta sfuggente in quanto non tutte le attività economiche e commerciali sono localizzate in un solo territorio. Possono esservi diversi centri o sedi di produzione e di vendita dislocati in più aree territoriali o difficilmente individuabili e le giurisprudenze nazionali hanno spesso fatto riferimento alla residenza come sede di *direzione effettiva* ove sono collocati gli organi amministrativi e gestionali dell'impresa ed è individuabile il centro degli interessi economici (22).

Bisogna chiedersi se, alla luce dell'evoluzione del diritto comunitario e dell'espansione dell'attività economica attraverso l'*e-commerce* è idonea ancora l'individuazione da parte degli Stati membri di tale sede effettiva (23) al riconoscimento di un trattamento fiscale illimitato nei confronti delle società che operano nel mercato interno. In sintesi è opportuno verificare se la residenza fiscale delle società costituisce ancora un ragionevole legame (*reasonable link*) con il territorio di uno Stato e se esso sia compatibile con le libertà fondamentali di circolazione.

In ambito comunitario il diverso trattamento fiscale delle società non residenti previsto da Paesi membri ove è attribuita una responsabilità fiscale limitata, è stato considerato in taluni casi in contrasto con l'art. 43 del Trattato sulla libertà di stabilimento. Tale norma, nel garantire l'accesso alle attività non subordinate ed al loro esercizio, nonché la costituzione e gestione di aziende e di società costituite ai sensi dell'art. 49, comma 2, secondo quanto stabilito per i propri cittadini, non fa esplicito riferimento alla residenza. L'orientamento giurisprudenziale comune considera l'abolizione delle restrizioni alla libertà di stabilimento applicabile anche a quelle disposizioni fiscali che indirettamente potrebbero ostacolare la libertà di stabilimento in altro Paese membro tra le quali la giurisprudenza comunitaria ha ricompreso le restrizioni nei confronti di società non residenti e di stabili organizzazioni (24).

Attraverso l'applicazione dell'art. 43 del Trattato si è arrivati a rico-

(21) Vedi in tale senso sent. *Centros* del 9 marzo 1999, causa C-217/97.

(22) G. MARINO, *La residenza nel diritto trib.*, cit., 150-214.

(23) MARINO, *op. cit.*, p. 133 osserva con l'estrema mobilità creata dal commercio elettronico, la nozione di sede dell'amministrazione o sede effettiva prevista dal Modello OCSE diventa obsoleta.

(24) Vedi in tal senso sent. Commissione/Francia del 28 gennaio 1986, C-270/83.

noscere l'irrilevanza del criterio della sede utilizzato dagli Stati membri per il diniego delle agevolazioni fiscali nei confronti delle società partecipate e della distinzione tra obbligazione tributaria limitata e illimitata nel caso in cui le due società si trovino in situazioni oggettivamente comparabili (25), mettendo seriamente in discussione la differenziazione ai fini fiscali tra società residenti e non residenti in ambito comunitario.

Per meglio comprendere gli orientamenti della Corte di Giustizia in materia di applicazione del divieto di restrizione alla libertà di stabilimento in materia tributaria è necessario operare una distinzione tra la situazione degli imprenditori e quella delle imprese (Stabilimento a titolo principale e a titolo secondario).

- Con la sentenza *Wielockx* (26) riguardante lo stabilimento a titolo principale nei confronti delle persone fisiche esercenti attività economica in altro Paese, ispirata al precedente caso *Schumacker* sulla libera circolazione dei lavoratori dipendenti, ai fini dell'applicabilità dell'art. 43, si è posta (attraverso l'*overall tax comparison*) per la prima volta l'attenzione sulla situazione reddituale e patrimoniale complessiva e sul relativo carico fiscale dell'imprenditore non residente e si è considerato come criterio impositivo di collegamento con il territorio il Paese ove è localizzata la fonte principale del reddito (maggior parte della ricchezza prodotta) piuttosto che il Paese di residenza (27). Tale criterio, che si pone in contrasto con la teoria del beneficio in quanto non considera il luogo nel quale il soggetto beneficia dei servizi pubblici, si ispira al principio conosciuto dal nostro ordinamento come la capacità contributiva complessiva. Se esso venisse applicato in tutti i Paesi membri, oltre a realizzare un'eguaglianza fiscale interna ed esterna, consentirebbe una più facile attuazione della progressività tributaria nei confronti delle società che operano in altri Paesi membri. La difficoltà di valutazione della capacità contributiva complessiva del non residente può giustificare il rifiuto da parte dello Stato della fonte di concedere a quest'ultimo il vantaggio o l'agevolazione fiscale riservate ai residenti (28).

Tuttavia esso presenta ancora notevoli difficoltà di applicazione rela-

(25) Sent. Saint Gobain.

(26) Sent. *Wielockx* dell'11 agosto 1995, causa C-80/94.

(27) BIZIOLI, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della CE...*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 205.

(28) Vedi oltre KOSTENSE LAWYER, *The Saint Gobain case and the application of tax treaties Evolution or revolution?*, in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 231.

tive innanzitutto all'identificazione del limite di reddito da produrre nell'altro Paese per beneficiare dello stesso trattamento fiscale illimitato. Inoltre, se è vero che soltanto una comparazione che tenga conto della situazione complessiva sia dei residenti che dei non residenti determina la corretta applicazione dei criteri di imposizione di tipo personale, è anche vero che ciò non è realizzabile senza l'efficace cooperazione tra le Amministrazioni Finanziarie dei Paesi UE e finché sopravvive il metodo del credito d'imposta.

Tale metodo sul quale si basa il sistema dell'imputazione, consentendo la tassazione del reddito mondiale con aliquote stabilite dal Paese della residenza, può vanificare con ulteriori prelievi i benefici concessi nel Paese della fonte e realizzare una neutralità fiscale interna solo apparente. Il credito d'imposta è stato pertanto considerato difficilmente conciliabile con la realizzazione del mercato interno dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Gilly* (29). Parte della dottrina (30) a favore della neutralità esterna e del principio della territorialità ha individuato in tale metodo un potenziale ostacolo alla libertà di stabilimento (31).

Con riferimento allo stabilimento a titolo secondario la giurisprudenza comunitaria ha fissato un principio generale più semplice rispetto a quello valido per la libertà di stabilimento a titolo primario ritenendo, ai fini dell'applicazione dell'art. 43 del Trattato, che se le due società residenti e non residenti versano nelle stesse condizioni fiscali (intese come stessa imposizione fiscale) esse non potranno essere discriminate con riguardo al riconoscimento di agevolazioni e benefici tributari (*Avoir fiscal e Commerzbank*). Assoggettando alla stessa imposizione due diversi soggetti passivi il legislatore del Paese della fonte ammette implicitamente che non esiste alcuna obiettiva differenza di situazione che possa giustificare un diverso trattamento tra essi.

Rielaborando quanto già stabilito nei precedenti casi la Corte nella

(29) Sentenza del 12 maggio 1998 causa C-336/96, punto 34.

(30) Terra-Wattel, in *EU Tax Law*, Deventer, 1997.

(31) Interessante è la proposta di Terra Wattel di introdurre un "tax sparing credit" nel rispetto del principio di non discriminazione che tenga conto del vantaggio fiscale concesso nel Paese della fonte. Kostense Lawyer, p. 230, ritiene che se tale credito venisse concesso sarebbe molto attraente il trasferimento del reddito da parte delle società in altri Paesi attraverso una stabile organizzazione situata in uno Stato terzo. Potrebbe propendersi più semplicemente per il trattamento nazionale condizionato solo ove non sia previsto il credito d'imposta e non vi sia un carico fiscale più oneroso nel Paese di residenza.

sent. *Royal Bank of Scotland* ha successivamente chiarito che (32) l'obbligo fiscale limitato delle stabili organizzazioni (s.o.) che deriva dalla sovranità limitata dello Stato in cui ha origine il reddito di tali soggetti rispetto a quella dello Stato in cui ha sede la società, non impedisce di considerare che tali società versino in situazioni analoghe alle società residenti relativamente alla modalità di determinazione della base imponibile.

Tale orientamento ha subito una evoluzione nel noto caso *St. Gobain* (33), nel quale si è ritenuto che l'obbligo-trattamento fiscale nel Paese della fonte della società non residente diventa *teoricamente limitato* qualora gravi in tale Stato anche sui redditi prodotti all'estero dalla s.o. non residente attraverso società collegate a quest'ultima che diventa il centro di imputazione fiscale grazie alla normativa nazionale sui gruppi di società (*Organschaft*) (34).

Il dato rilevante che possiamo cogliere dall'esame del caso *St. Gobain* è che le società non residenti, potendo subire, grazie alle normative interne la stessa imposizione a livello mondiale nel Paese della fonte e non in quello di residenza, manifestano la *stessa potenzialità economica* (35) delle altre società residenti nello Stato della fonte ed il loro trattamento tributario in tali casi non potrà considerarsi limitato ai soli fini agevola-

(32) *Royal Bank of Scotland* 29 aprile 1999, C-311/97, punto 29. Cfr. COLOMBO, *Il trattamento nazionale per le s.o. nella normativa tributaria internazionale e comunitaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999 III p. 185. AMATUCCI-PISACANE, *La mancanza di differenza oggettiva ai fini impositivi consente l'applicazione del divieto di restrizione alla libertà di stabilimento*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2000. In tale decisione veniva stabilito la normativa fiscale ellenica relativa alle imposte sul reddito non attua una distinzione tale da motivare una disparità di trattamento tra le due categorie di società residenti e non residenti e instaura una disparità di trattamento per l'aliquota, introducendo una discriminazione nei confronti delle società di altro Stato membro.

(33) Lausterer *Unlawful german tax discrimination of PE comes before ECJ*, in *The EC Tax Journal*, 1998, ROMANO-OFFERMANN, *EU Treaty benefits for PE: The Saint Gobain case*, in *European Taxation*, 2000, KOSTENSE, LAWYER, *The Saint Gobain case and the application of tax treaties Evolution or revolution?*, cit., p. 4, BIZIOLI, *Potestà tributaria statale...*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000.

(34) Nel caso di specie si trattava di un rifiuto da parte dell'A.F. tedesca di concedere ad una stabile organizzazione di una società francese alcune agevolazioni previste da norme interne e convenzionali riguardanti l'eliminazione della doppia imposizione dei dividendi da partecipazioni in società di capitali straniere in quanto tali vantaggi venivano riservati esclusivamente a società residenti aventi obbligo fiscale illimitato.

(35) Sentenza *St. Gobain* 21 aprile 1999, causa C-307/97.

tivi per il fatto che la sede effettiva è collocata in un altro Paese (36). Si assiste, come è stato giustamente osservato dalla dottrina, ad un "allargata responsabilità fiscale limitata" delle società non residenti.

È chiaro oramai in ambito comunitario che vi è la possibilità che la situazione delle due società (residente e non residente) sia comparabile (identica imposizione del reddito mondiale da parte dello stesso Paese ed eguale determinazione della base imponibile) ed è necessario che in tale caso venga garantito lo stesso trattamento fiscale favorevole alle due società anche se esso è previsto da convenzioni stipulate con Paesi terzi.

Ci si è chiesti (37) se l'effetto di tale decisione consenta di attribuire alla s.o. lo *status* di residente fiscale ai fini anche dell'applicazione degli accordi bilaterali. Ciò potrebbe avvenire in attuazione dell'art. 10 del Trattato che pone agli Stati membri un principio di legalità assicurando l'esecuzione dell'obbligo del Trattato stesso. La risposta a tale interrogativo resta comunque subordinata ad una revisione normativa dei criteri impositivi di collegamento con il territorio in ambito comunitario e ad un coordinamento tra le norme convenzionali da parte dei singoli Paesi membri UE. La libertà di stabilimento in materia fiscale, se si interpreta correttamente in modo conforme alla più diffusa disciplina antidiscriminatoria internazionale [art. 24 (3) Modello OCSE], non può essere intesa come una norma che pone un obbligo incondizionato di stesso trattamento (38) attraverso il riconoscimento di uno *status* che, nonostante le restrizioni alla sovranità fiscale nazionale poste dal diritto comunitario e probabilmente a causa della mancata armonizzazione dei sistemi fiscali, è ancora espressione della potestà tributaria degli Stati.

Non va tralasciata la difficoltà da parte dei legislatori nazionali di mantenere una distinzione tra trattamento fiscale limitato e illimitato delle società europee in base alla residenza ed alla sede con l'avvento dell'*e-commerce* (39). La modificazione dell'ambiente in cui l'attività di impre-

(36) ROMANO-OFFERMANS, *op. cit.*, osservano in proposito che viene rilevata una contraddizione nel caso St. Gobain tra ristretta responsabilità fiscale illimitata ed allargata responsabilità limitata.

(37) KOSTENSE, *op. cit.*, p. 220.

(38) AMATUCCI F., *Corso dir. trib. int.* a cura di V. Uckmar, CEDAM 2000, p. 417. Nel commentario al Modello OCSE, in riferimento alle agevolazioni personali è stabilito che gli Stati contraenti sono liberi di concedere trattamenti favorevoli alle s.o. Per i trattamenti contro le doppie imposizioni è stabilito che sarebbe utile un chiarimento da parte dei Paesi contraenti a causa del diverso e contrastante orientamento in proposito.

(39) Una soluzione drastica riguardo all'imposizione diretta ed il commercio elettronico è stata formulata dal Tesoro USA che ha proposto l'eliminazione della tassa-

sa è svolta attraverso il commercio elettronico sembra imporre l'abbandono dei vecchi criteri impositivi di collegamento e la rivisitazione di concetti come la stabile organizzazione e la residenza fiscale. L'anonimato garantito da internet e la mancanza di confini geografici mettono certamente in crisi i principi di capacità contributiva e del beneficio sui quali si basano i criteri impositivi di collegamento personali come la *worldwide taxation*.

Anche se l'OCSE ha considerato recentemente la possibilità di qualificare stabile organizzazione il *server* nello Stato della fonte nel rispetto della territorialità, soltanto se ricorrano talune condizioni (necessità di svolgimento di funzioni principali e non ausiliari dell'impresa e permanere per un certo periodo di tempo) (40), in ambito comunitario un riconoscimento sconsiderato della libertà di stabilimento in campo fiscale nei confronti di s.o. virtuali non residenti che dovrebbero operare attraverso internet e che in realtà vengono costituite per il riconoscimento esclusivo di trattamenti favorevoli nell'altro Stato, potrebbe determinare situazioni di abuso difficilmente controllabili. Tale situazione provocherebbe una discriminazione "a rovescio" a svantaggio dei residenti. Risultata necessaria una ancor più adeguata ponderazione nell'applicazione dei divieti di restrizione come quello previsto in materia di libertà di stabilimento nel settore del commercio elettronico.

Condivisibile appare la proposta (41) che prevede una soglia non

zione alla fonte per le società ed una tassazione illimitata in base alla residenza. Si è ritenuto che i redditi derivanti dalla produzione e commercializzazione telematica sono collocati in un unico territorio ove si trova la sede centrale della società. Il pericolo tuttavia è rappresentato dalla collocazione delle sedi centrali di società in Paesi a bassa fiscalità.

(40) L'OCSE ha sottolineato nel rapporto del Comitato degli affari fiscali la necessità dei vari Paesi di affrontare le problematiche fiscali e ha ritenuto di predisporre accordi tra i vari Stati che fissino comuni principi e strategie in ordine al regime fiscale del commercio elettronico, verifica in ordine alla compatibilità e all'applicabilità al commercio elettronico dei sistemi fiscali attualmente esistenti, previsione di un sistema di equa distribuzione dell'imposizione fiscale tra i diversi Stati. Nel documento del 1999 approvato a Parigi vengono fissate le linee guida per la regolamentazione dell'*e-commerce*. Vengono formulate proposte relative all'aggiornamento di alcune parti del commentario OCSE e in particolare dell'art. 5. Vengono aggiunti 10 paragrafi al commentario a tale norma sulla definizione di s.o. derivante dal commercio elettronico. Il *web site* non può costituire s.o. in quanto non è un'entità tangibile e un luogo dove l'impresa può svolgere le proprie funzioni al contrario del *server* che può avere un luogo fisico dove registrarsi (sede fissa d'affari). È ammessa la non indispensabilità della presenza umana nel caso del *server*.

(41) HINNEKENS, in *Looking for an appropriate jurisdictional framework...*, in *Intertax*, 1998, p. 192.

quantitativa oltre la quale è ammessa l'imposizione alla fonte della s.o. virtuale. Si potrebbe considerare, oltre la presenza nel territorio di una sede societaria, altri parametri di tipo sostanziale per poter operare la tassazione alla fonte dell'impresa non residente diversa dalla sede fissa di affari come la concessione di licenze di software o brevetti ad operatori nello Stato straniero. Tale soluzione è in linea con la giurisprudenza della CGCE la quale, pur riconoscendo il criterio della sede effettiva della società, considera necessario il riferimento al collegamento economico nell'altro Stato della fonte ai fini della corretta imposizione delle società.

3. Restrizioni fiscali indirette nei confronti di società a responsabilità fiscale illimitata

La distinzione tra le società e soggetti che operano nei Paesi membri UE in base alla residenza fiscale determina effetti negativi anche sulle società residenti che sono svantaggiate rispetto agli altri soggetti residenti nello stesso Stato nel caso in cui vogliano trasferire la propria attività o la sede amministrativa centrale in altro Paese o qualora abbiano dei collegamenti con società non residenti aventi responsabilità fiscale limitata. Infatti tale condizione influenza l'attività dei residenti e restringe indirettamente la propria libertà di stabilimento la quale non si limita ad attribuire il beneficio del "trattamento nazionale" alle società e imprenditori situati in diverso Stato membro, ma proibisce ogni altra restrizione che limita la convenienza economica all'esercizio della medesima libertà nei confronti di cittadini e società costituite secondo la propria legislazione (42).

Con riferimento alla libertà di stabilimento a titolo primario è stata messa in risalto, come esaminato, per evitare una situazione di discriminazione interna tra diversi residenti attraverso la libertà di stabilimento, la necessità di un collegamento economico nell'altro Stato. La mancanza di tale collegamento determina la compatibilità del diverso trattamento fiscale con il diritto comunitario in quanto trattasi di situazioni puramente interne (43). È necessario tuttavia che il collegamento di tipo economico nell'altro Stato sia effettivo e non creato al solo scopo di beneficiare del trattamento più favorevole.

(42) Cfr. BIZIOLI, *op cit.*, p. 340

(43) La sentenza Werner stabilendo che la conservazione della residenza in un altro Stato senza valida giustificazione non consente l'applicazione dell'art. 43, potrebbe indurre a ritenere facilmente non discriminatorie quelle norme nazionali che attribuiscono la responsabilità limitata ai non residenti.

La esistenza di una restrizione alla libertà di stabilimento nei confronti di società residenti è stata spesso esaminata dalla Corte di Giustizia in casi riguardanti il mancato riconoscimento di agevolazioni a società appartenenti ad un gruppo di imprese multinazionali aventi collegamenti con società non residenti (sent. ICI e XAB YAB cit.).

Tra le motivazioni di tali trattamenti discriminatori vi è quella del rischio di elusione fiscale che può realizzarsi trasferendo utili presso le società non residenti localizzate in Paesi a bassa fiscalità e continuando a beneficiare del vantaggio fiscale (deducibilità delle perdite) previsto per le società nel Paese di residenza o godendo della doppia agevolazione nel Paese della fonte e in quello della residenza (44).

Tale giustificazione che rappresenta il più forte ostacolo ad una disciplina fiscale del gruppo multinazionale, non è stata condivisa nel caso in cui la norma antielusiva sia a carattere generale ed in quanto non impedisca una particolare operazione artificiosa tra imprese di diversi Paesi. La finalità antielusiva non è stata considerata tuttavia normalmente in contrasto con la libertà di stabilimento se essa può comunque raggiungersi in modo diverso e meno restrittivo ispirandosi alla proporzionalità (45). Le regole nazionali basate sui criteri impositivi di collegamento non possono essere derogate per perseguire ad ogni costo scopi antielusivi come avviene attraverso l'applicazione di alcune norme sulle CFC (*controlled foreign companies*) che creano restrizioni di libertà di stabilimento (46).

Tra le altre giustificazioni della discriminazione o restrizione interna gli Stati membri hanno spesso fatto riferimento alla impossibilità di com-

(44) RUPOL, YASH, TODD, in *EU groups opens group opportunities*, in *Int. Tax Rev.*, 1999, p. 49, intravedono il rischio della doppia agevolazione nel caso in cui si conceda a stabili organizzazioni la deducibilità di perdite del gruppo di società.

(45) Sentenza *Futura* del 15 maggio 1997 C-250/95. Nel caso ICI la disposizione antielusiva risultava restrittiva e non proporzionale in quanto lo stabilimento di una società al di fuori del proprio confine non comporta di per sé evasione fiscale poiché la società è comunque soggetta alla legge fiscale dello Stato di stabilimento. Cfr. BIZIOLI, *op. cit.*, p. 345.

(46) ROTONDARO, *Note minime di compatibilità dei regimi cfc con il diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, pp. 548 ss. ritiene che il risultato impositivo dell'applicazione del regime cfc italiano ad assetti di gruppi intracomunitari possa ricostruirsi in termini di restrizione al diritto di stabilimento. La mancata distribuzione degli utili e la conseguente sottrazione di questi ultimi alla potestà impositiva dello Stato italiano attraverso la concentrazione nella sfera di un soggetto residente all'estero non può qualificarsi elusiva. La mancata distribuzione non provoca una riduzione del debito d'imposta in Italia.

pensazione fiscale derivante dal successivo prelievo (talvolta identificata come la coerenza del sistema fiscale) per motivare il mancato riconoscimento del beneficio nel Paese della fonte (47). Come è stato osservato dalla Corte di Giustizia nella sent. *Wielockx* l'agevolazione fiscale va concessa a prescindere dalla sussistenza del potere dello Stato che concede l'agevolazione di assoggettare ad imposta il reddito che ne consegue.

La possibilità di un'imposizione supplementare nello Stato della società madre degli utili della società figlia nel caso ICI non sembra inoltre essere considerata una sufficiente motivazione non rientrando tra i motivi previsti dall'art. 56 del Trattato e non avendo nel caso di specie alcun nesso di collegamento in quanto l'imposizione nel Paese della società madre rimane esclusa (punto 30 sent. ICI cit.) (48).

La Corte di Giustizia, nelle sue valutazioni sulla ragionevolezza delle restrizioni fiscali indirette ha posto spesso in risalto il necessario riferimento alle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni internazionali che ripartiscono l'imposizione nei due Paesi contraenti e che fanno parte dell'ordinamento interno di ciascuno di essi ai fini dell'applicazione del principio della libertà di stabilimento. Nei casi *Wielockx*, *Assher* e *Royal Bank of Scotland* cit. la Corte ha iniziato a valutare le disposizioni contenute negli accordi fiscali ai fini dell'applicazione dell'art. 43 del Trattato. Nel recente caso *AMID* del 14 dicembre 2000 (49) (al punto 23), si è stabilito che, attraverso i vincoli posti dalle convenzioni con-

(47) Vedi sent. *Bachmann* del 28 gennaio 1992 C-204/90, *Assher* del 27 giugno 1996, causa 107/94, *Verkooijen* del 6 giugno 2000 causa C-35/98. Nel caso *Assher* venivano non condivise le argomentazioni dell'A.F. olandese la quale riteneva che la maggiore imposizione sui non residenti fosse una compensazione della progressività alla quale sfuggivano questi ultimi a causa del loro obbligo fiscale limitato. In realtà secondo le norme previste dagli accordi bilaterali il reddito percepito dal non residente nello Stato in cui esercitava l'attività economica veniva assoggettato in tale Paese della fonte ma il Paese di residenza era legittimato a prenderlo in considerazione ai fini della progressività.

(48) Anche nel caso *Verkooijen* cit. la Corte ha stabilito che nessun legame diretto esiste tra concessione di esenzione sui dividendi ed assoggettamento ad imposta degli utili di società aventi sede in altri Paesi membri. Si tratta di due imposte che gravano su contribuenti distinti.

(49) Si è ritenuto nel caso *AMID* che "Mediante il meccanismo dell'imputazione delle perdite nazionali da parte di imprese ai fini della detrazione consentito solo a condizione che esse non siano imputabili agli utili realizzati nell'anno precedente da una s.o. situata in altro Paese membro, nel caso che gli utili sono considerati esenti per convenzione nel Paese di residenza, si istituisce un trattamento fiscale differenziato tra società che abbiano sedi secondarie unicamente in un territorio nazionale e quelle aventi sedi in altri Stati.

tro le doppie imposizioni le società residenti aventi stabili organizzazioni in altri Paesi rischiano di subire uno svantaggio fiscale di cui non soffrirebbero se tutte le sedi secondarie si trovassero nello Stato di origine. Il mancato riconoscimento di deducibilità di perdite in altro Paese ad una stabile organizzazione per esenzione nello Stato di residenza voluta da accordi fiscali può essere in contrasto con la libertà di stabilimento e non vale alcuna giustificazione antielusiva (50).

La norma convenzionale con la quale si ripartisce il potere impositivo tra gli Stati contraenti può dunque creare involontariamente distorsione in ambito comunitario e non può giustificare una disparità di trattamento fiscale nei confronti dei non residenti. Ciò dimostra ancora una volta la necessità di un adeguamento degli accordi bilaterali al diritto comunitario.

4. Conclusioni

Con riferimento all'insediamento di attività produttive in ambito europeo l'applicazione delle norme sulla libertà di stabilimento è stata interpretata dalla Corte di Giustizia per le persone fisiche in maniera conforme a quella per i lavoratori subordinati fissando criteri impositivi che si basano sul luogo di produzione della maggior parte della ricchezza e sulla valutazione dell'onere fiscale complessivo nel rispetto della progressività, più che sulla residenza fiscale dell'imprenditore. Tali regole, pur essendo applicate a casi particolari mostrano la impossibilità di ripartire il trattamento fiscale tra illimitato e limitato con riferimento alla residenza.

Riguardo alle agevolazioni personali il riconoscimento nei confronti degli imprenditori e società non residenti nel Paese della interessante è la proposta di van Raad che prevede il riconoscimento in base alla resi-

(50) HINNEKENS, in *AMID: a wrong bridge or a bridge too far*, in *European Taxation* 2001, ridimensiona la portata di tale decisione osservando che è necessario valutare la necessità di un'applicazione ponderata e di una limitazione nell'applicazione dei divieti ed in particolar modo quelli in materia fiscale come la libertà di stabilimento delle persone fisiche. Il caso AMID potrebbe essere considerato un ponte ancora troppo lontano. Bisogna chiedersi se il divieto di restrizione riguarda ogni forma di diverso trattamento fiscale incluso gli accordi fiscali che rendono meno attraente lo stabilimento di una società in un altro Paese. Nel caso AMID la Corte non è ancora pronta a rivedere l'interpretazione dell'esenzione come metodo per eliminare la doppia imposizione previsto dai trattati bilaterali. In tale caso non vengono tracciate le linee tra le restrizioni fiscali proibite e non proibite ai sensi dell'art. 43 del Trattato.

denza frazionata (51) dei benefici previsti nel Paese della fonte riservati ai residenti compresi quelli contro la doppia imposizione in proporzione al reddito ivi prodotto. In alcuni casi infatti solo il Paese della fonte può evitare che il contribuente sfugga alla progressività e ad una giusta imposizione considerando il reddito globale ed esercitando una sovranità fiscale illimitata su un soggetto avente responsabilità limitata quale il non residente. Tale soluzione che sembra porre fine alla distinzione classica tra residente e non residente e fra trattamento fiscale limitato e illimitato sulla quale si regge la *worldwide taxation*, presenta tuttavia difficoltà di tipo amministrativo derivanti dallo scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie.

Per le società le regole generali elaborate dalla giurisprudenza in materia di libertà di stabilimento vertono essenzialmente sulla verifica della comparabilità delle situazioni impositive delle diverse società alla luce degli accordi convenzionali a prescindere dai collegamenti e controlli con società situate in altri Paesi membri. Tali indicazioni possono essere seguite soltanto attraverso l'osservanza del principio della proporzionalità delle misure fiscali restrittive nei confronti dei non residenti.

Per quanto riguarda le società collegate e controllate appartenenti a gruppi di imprese una soluzione volta a garantire la compatibilità dei criteri impositivi di collegamento compatibile con la libertà di stabilimento potrebbe essere rappresentata dal regime fiscale comune a livello comunitario. Alcune decisioni della Corte di Giustizia esaminate come i casi ICI e X, Y hanno posto l'esigenza di una revisione delle normative tributarie sui gruppi da parte delle Amministrazioni finanziarie e dei legislatori dei Paesi membri (52).

La mancata previsione normativa di disposizioni sul gruppo (53) determina infatti, alla luce di tali nuovi orientamenti giurisprudenziali una

(51) WATTEL, in *Progressive taxation of non resident and intra EC allocation of personal tax allowances*, in *European Taxation*, 2000, p. 222, esamina la proposta di van Raad riguardante la residenza frazionata.

(52) RUPOL, YASH, TODD, NEAL, in *EU groups opens group opportunities*, cit., p. 49, esaminano l'impatto del caso ICI nei diversi sistemi fiscali europei evidenziando la necessità di una rivisitazione delle diverse normative. La maggior parte di essi (UK, Irlanda Portogallo e Spagna) limita la compensazione di profitti e perdite alle società ed enti residenti. Alcuni Paesi come l'Italia, Belgio e Grecia escludono il *group relief* anche alle imprese residenti.

(53) La proposta di direttiva del 28 novembre 1990 prevedeva la possibilità di compensazione parziale delle perdite delle filiali collocate in altri Paesi membri e di stabili organizzazioni con il reddito prodotto dalla società madre. Vedi MULDER, *Compensation of losses within EC*, in *EC Tax Rev.*, 1996.

varietà di opportunità per le società europee in sede di pianificazione fiscale ed il rischio di abusi di trattamenti favorevoli attraverso la libertà di stabilimento.

Problemi di restrizione di sovranità deriverebbero dall'auspicata soggettività passiva del gruppo di società europeo come centro di imputazione unitario e dall'imposizione sul bilancio consolidato (54) che potrebbe determinare la neutralità fiscale attraverso la compensazione finanziaria di crediti e debiti, degli utili e delle perdite di società collocate in diversi Paesi.

Le proposte più interessanti in materia di imposizione dei gruppi riguardano la tassazione unitaria del gruppo o *Unitary taxation* (55) per quote prestabilite di profitti totali dell'impresa eliminando la richiesta di allocazione di costi e ricavi nei singoli Stati membri o l'alternativa *Home State Taxation* che prevede l'imposizione secondo le regole previste dall'ordinamento ove è collocata la casa madre.

L'accettazione da parte dei Paesi membri dell'UE di tali forme di imposizione basate sulla determinazione di una base imponibile uniforme comporterebbe, attraverso la rinuncia ad una parte sostanziale della sovranità fiscale nazionale (56) ed un condizionamento delle scelte di politica tributaria nazionale, l'eliminazione definitiva della distinzione tra società di diversi Paesi membri in base alla collocazione della sede principale ed alla residenza e della ripartizione delle regole impositive attraverso accordi fiscali internazionali.

(54) VANISTENDAEL, *Fundamental freedoms... cit.*, in *European Taxation*, 2000, p. 6. Una volta accettati gli sgravi di gruppo o la tassazione su bilancio consolidato come principio comune per gli Stati membri, l'accettazione di un sistema singolo nell'ambito dell'UE è inevitabile. GALLO, in *I gruppi di imprese e il fisco*, in *Studi in onore di V. Uckmar*, CEDAM, p. 1996, sottolinea acutamente l'importanza del bilancio consolidato osservando che ai fini delle imposte dirette lo strumento essenziale per la determinazione dell'imponibile è solo il bilancio di esercizio e che le società e gli enti pubblici vengono considerati nella loro autonomia a prescindere dal collegamento con altri soggetti distinti giuridicamente anche se strettamente collegati economicamente.

(55) LOVISOLO, *L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, coordinato da V. Uckmar, CEDAM, 2000, p. 346. PLASSCHAERT, *An EU tax on consolidated profits of multinational enterprises*, in *Eur. Tax*, 1997, p. 8. L'*unitary taxation* in vigore negli USA ed in Canada consente ad ogni Stato di determinare una quota dei profitti totali dell'impresa multinazionale per adottare una nozione comune di profitto globale.

(56) VANISTENDAEL, in *European taxation*, 2000 p. 6, osserva che il mantenimento di sovranità fiscale dei Paesi membri UE non consente di elaborare e predisporre regole comuni sui gruppi di società.

La *Home state taxation* e la *Unitary taxation* del gruppo si adatterebbero alla imposizione a carattere reale nei confronti delle società, comportando tuttavia problematiche di non poco conto riguardo alla possibilità di considerare le norme previste da un solo ordinamento tributario o l'imposizione degli utili pro quota tra gli Stati senza attendere la distribuzione di essi (57), ma garantirebbero, eliminando trasferimenti di ricchezza a scopo elusivo e conseguenti disposizioni nazionali restrittive, maggiormente la conformità delle discipline fiscali delle società controllate con le libertà fondamentali di diritto comunitario.

(57) MARINO, *La residenza nel diritto trib.*, cit., p. 135.

Conference on *The tax jurisdictional criteria and the European Union Law* (*)

Fabrizio Amatucci

1. Limitation of national tax sovereignty in relation to the activities of multinational companies

Investigation of the limited and unlimited fiscal liability or obligation of entrepreneurs and companies in the European Community context, and of the contrast between this distinction deriving from world income taxation on the basis of residence and the freedom of establishment foreseen in EC law, must commence by examining the matter of national fiscal sovereignty exercised with regard to bodies operating in a trans-national context through territory-linked taxation criteria. The greater the will to maintain such sovereignty in its entirety (1), the less will be the freedom of establishment that enterprises and entrepreneurs can exercise in the EC context, and the harder it will be to achieve equal treatment between resident and nonresident companies and ascribe the same tax liability to both.

It is well known that on the basis of the principle of "international fiscal efficiency" (2), taxation should interfere with the economic choices and capital allocation of business enterprises (3) as little as possible.

176

(*) Lecture held at the international Congress about "Tax jurisdictional criteria and European Union law", organized by the "Seconda Università" of Naples (Faculty of Law), the "Ordine Dottori Commercialisti of Naples" and this Review.

(1) The reasons for increasing governmental intervention in companies' business activities and the exclusive exercise of taxation power in the framework of an entrepreneurial autonomy that is respected and guaranteed in all quarters, are to be sought in the continuously increasing dimensions and power of the major corporations, the unbalances determined between forces possessing different interest or minor powers, in the attempt to mediate and coordinate the underlying conflicts and make them productive, and in the increasing size of the markets.

(2) As regards the concept of international efficiency and its connection with fiscal neutrality, see SMITH - BARENTS, *Neutrality and subsidiarity in taxation*, Deventer, 1995, and GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova 1990, p. 60

(3) LA ROSA, in PAVONE LA ROSA, *I gruppi di società*, Proceedings of the Venice convention of 16-18 Nov. 1995, Milan, p. 207, observes with reference to groups of companies, that the fiscal measures that are penalising for enterprises (such as some

The European Union member-countries, although are well aware of the contrast thus existing with the fundamental freedoms and the distorting effect in relation to operators engaged in economic and commercial activities, have always been reluctant to surrender or restrict their fiscal sovereignty in accordance with the principle of the *reserved domain of national competence*, out of fear of prejudicing the rights of the State and losing part of their tax-levying power (4). There is an obvious conflict between the increasing role of the EC in the regulation of international economic and commercial events, and the governmental interest in the levying of taxes (5).

The innumerable international treaties existing in tax field (6), and particularly those inspired by the OECD Model Tax Convention against international double taxation on the one hand, and the EC Directives in the matter of taxation whereby the member States reciprocally reduce their tax-levying power so as to facilitate trans-national operations (7), demonstrate the need for a certain restriction of national sovereignty in the fiscal sphere. As well as the process of positive integration of tax-

restrictive anti-avoidance provisions or the non-allowance of tax benefits to non-residents) can be introduced or retained in the name of the need to limit their growth, to leave room for commercial activity and to create conditions of competitive balance between them. Likewise, fiscally neutral arrangements deriving from reciprocal restrictions of national fiscal sovereignty, in particular for subsidiary companies and groups of companies, may be invoked or introduced as measures to incentivate intra-EC investments and concentrations. See JADAUD, *L'impôt et les groupes de sociétés*, Paris, 1970.

(4) JEFFERY, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation* Kluwer, 1999, p. 105. The author observes that there exists a sphere of national competence that cannot be invaded (so-called principle of the reserved domain of national competence) whose boundaries are established by international law itself, which delegates the internal legal systems to complete its incomplete norms. The international fiscal treaties are dependent upon internal law for their completion. This dependency sometimes makes it a complex matter to determine whether or not countries have exceeded the limits set by international law, as is clearly demonstrated by the application of the anti-abuse laws in the sphere of transnational operations.

(5) CARLI *Gruppi di società, fattore produttivo fiscale e organizzazione aziendale stabile*, in D.P.T., 1986, p. 1183, p. 1184.

(6) International treaties in the fiscal sector must be set in the framework of a vaster range of economic relations between the nations concerned and of political options.

(7) JEFFERY, *op. cit.*, p. 21

tion systems which partially respects the sovereignty of the member States by leaving to the latter the choice of the method employed to grant the benefits (i.e. exemptions or tax credits for the elimination of double taxation) (8), it is recourse to application in the taxation sphere of provisions of the EC Treaty on the fundamental freedoms such as the freedom of establishment of companies and entrepreneurs so as to implement the realisation of the internal market, that places the greatest limitations on the fiscal sovereignty of the EC member States (9) and conditions the taxation of non-resident companies.

Amongst the major restrictions of national sovereignty that are determined by freedom of establishment as interpreted by the EC Court of Justice, there are, on the one hand, the prohibition by the member States of favourite tax treatments reserved by internal provisions, with no objective justification, exclusively for resident companies whose head office is located in their own territory, and on the other, the prohibition of conditioning favourable fiscal treatments on the basis of the control and connection of resident companies with others established exclusively within the country in question (10). Art. 43 of the Amsterdam Treaty in fact assures equally that member States must not hinder the establish-

(8) WATTEL, *Progressive taxation of non resident...* in *European Taxation*, 2000, P. 213. notes in this regard "the positive integration between fiscal systems realised through directives able to respect the sovereignty of the member countries consisting of the choice of the instrument suitable to accomplish the objective previously set by EC law".

It is noted in reply that the directives, thanks to their direct effect, can determine the amendment or cancellation of internal fiscal norms, regardless of the instrument chosen by the member State, or constitute a limit for the institution of new taxes in contrast with EC law. In this sense, the EC measures considerably restrict national fiscal sovereignty.

(9) LEHNER, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non discrimination clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 5; UDINA, *Il diritto tributario internazionale*, in *Trattato di diritto internazionale*, Padua, 1949, p. 124-189; CASADO OLLERO, *El art. 95 del Trattado y la diferenciacion des los tipos de gravamen en el IVA*, in *Estudios sobre l'armonizacion fiscal*, Granada, 1987; AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua, 1998.

(10) See Court of Justice cases: *ICI*, 16.7.1998, case C246/96 and *XAB YAB*, 18.11.1999. In this last decision it has been established that Art. 43 prevents refusal of fiscal allowances for infra-group financial transfers between two joint-stock companies registered in the same member State and one of which is wholly controlled by the first together with several wholly-controlled associates registered in other member countries with which the first country has entered into agreements against double taxation which contain a non discrimination clause.

ment of its own citizens or companies set up under its own legislation in another country.

In Treaties with third-party countries too, national tax sovereignty in relation to European enterprises is limited by the freedom of establishment to such an extent that it can give rise to the extension of favourable treatment to parties not envisaged by the bilateral tax Treaty (11).

Primary European Community law, thanks to its primacy over national legislation, has in fact gone so far as to allow in some cases, through freedom of establishment, which is extendable to the European permanent establishments (P.E.) of enterprises not belonging to the contracting countries and having limited tax liability, the benefits foreseen by bilateral Treaties against double taxation entered into with third-party countries (12). One must not overlook the danger that could arise

(11) AMATUCCI F., *L'interpretazione e l'applicazione del principio di n.d. nell'ordinamento tributario italiano*, in Riv. dir. trib. 1999, p. 184. The relationship between EC and treaty law must be adequately disciplined on the basis of Art. 307 of the EC Treaty, which establishes a temporal criterion but foresees the need to bring the treaties into line with EC law.

The situation is different with regard to the EC secondary regulations and the possibility of extension to third-party countries through treaty clauses. If EC provisions exist that regulations certain operations from the fiscal standpoint (such as the EC directive on dividends distributed amongst parent and subsidiary companies), a treaty clause that foresees between the contracting countries the extension of the benefits foreseen by the EC directive to companies resident in third-party countries, could prove to be in conflict with EC law insofar as the directive is intended to harmonise the fiscal provisions of the member States taxation systems.

In Italian tax system an extension of the advantages contained in EC Directive 90/435 to third-party countries has nonetheless been recently introduced by the appendix to the 2000 national budget, which in art. 1 added paragraph 2/ter. to Art. 96 bis. This provision foresees the extension of the taxation regime foreseen in Art. 96 bis of the Income Tax Consolidation Act (TUIR), which foresees taxation at 5% of the dividends distributed by affiliate companies, to those distributed by associate or subsidiary non-EC companies resident in countries with a nonprivileged tax regime by reason of the existence of a tax level analogous to what is applied in Italy and also an adequate exchange of information, to be identified by ministerial decree. The new legislation does not affect the taxation regime foreseen by art. 96 of the TUIR for dividends of foreign origin from foreign associate companies as per art. 2359 of the civil code.

(12) See EC Court of Justice sentence on *St. Gobain*, 21.9.1999, C. 307/97 point 59, where it is noted that extension of the privilege of affiliation in the matter of taxes to the companies foreseen by internal provisions by the bilateral treaties signed by the Republic of Germany to permanent establishment (P.E.) of other European companies would not prejudice the rights of the non-EC countries that are signatories of the treaties and would not impose new obligations on the latter.

out of this approach, namely the generalisation of the fiscal benefits foreseen by Treaties based on reciprocity to all non residents operating within a member nation, which would give rise to unpredictable economic and financial consequences (13).

It is evident that the creation and development of the European Union as a supranational organisation has greatly affected the exercise of the member nations' fiscal sovereignty, which is no longer absolute (14). Accordingly, in this context the need has arisen for a centralised European company taxation policy which, taking its place alongside those of an economic and monetary nature, can balance the requirements of maintenance of national fiscal sovereignty and the tax criteria pertaining to personal situation on the one hand, and those of the elimination of discrimination, tax avoidance, harmful tax competition and double taxation on the other (15).

2. Possibility of maintaining the distinction between limited and unlimited tax liability of companies

In the exercise of their fiscal sovereignty the member States that apply the principle of worldwide taxation adopting jurisdictional criteria of a personal nature towards resident companies, usually differentiating between these and non resident companies by implicitly or explicitly foreseeing the unlimited tax liability of the former and the limited liability of

(13) See Conclusions on *Schumacker* case by Att. gen. Leger point 87 and HINNEKENS, in *Non discrimination in EC income tax law*, E.T. 1996, p. 297, KOSTENSE, *Saint Gobain case...* in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 223. The latter author examines the impact on EC law of the application of a kind of most favoured nation clause in the matter of tax agreements which is not apparent in the *St.Gobain* case and in any case can't be extended to tax agreements. Such impact would determine the application of the most favourable treatment, if foreseen in the treaty, regardless of the economic links of the P.E. with the other country

(14) ALLOT, *Adherence to and withdrawal from mixed agreements in the European Community in international order*, EC Commission, 1984 p. 116. SACCHETTO in *Levoluzione del dir. trib.*, CEDAM, 1999, is of the opinion that the member States are no longer vested with full power in the matter of taxation and this constitutes an irreversible fact; the Court of Justice has created a series of binding limits, albeit operating at interpretation level, on legislation in the matter of freedom of circulation in the EC context.

(15) In this regard see RADAELLI, *The politics of corporate taxation in the EU*, London, 1997

the latter (16). Only unlimited liability allows recognition of all personal tax benefits in the country of residence, and for this reason it could more appropriately be termed "unlimited tax treatment".

The distinction based on the limited nature or otherwise of fiscal treatment is the result of a concept on the basis of which the situation of the two companies – resident and non resident – is normally deemed not comparable (17). The limited tax treatment of the non resident company is derived from an equivalent limited fiscal sovereignty of the source nation in its own regard (18).

The different qualification of the tax treatment of companies according to their place of residence is an expression, moreover, of an internationally recognised principle governing the application of the distribution rules foreseen in the international tax Treaties against double taxation. In these Treaties, residence, considered in Art. 4 of the OECD Model as "place of management" or location of the firm's administration, is vested with the function of determining which of the two countries may exercise tax-levying sovereignty (19).

In art. 4 Commentary OECD Model Treaty against double taxation, is observed that "the cases of full tax liability are extended to comprise persons who are extended to comprise persons who stay continually or for a certain period in the territory of the State". Art. 24 of the OECD Model in establishing its prohibition of tax discrimination based essentially on reciprocity, in fact whilst not excluding the possibility, in some cases, of identical tax treatment for resident and non resident companies, does not foresee their equal treatment and hence implicitly recognises their diversity.

(16) The territorial reference of tax liability is based on the fact that it constitutes for the States the precondition for earning income in another State and for economic productivity abroad. The delimitation of a circumscribed territorial area is a fundamental condition on which the distinction between limited and unlimited liability is founded. See. LEHNER, *op. cit.*, p. 12.

(17) It is in fact presumed that the resident company conducts its activity predominantly in the country where its management or head office is located and benefits from services in that territory, and accordingly is unlimitedly taxable on the basis of its worldwide income, whilst the non resident benefits from the same services in its own country of residence.

(18) WATTEL, p. 222, who holds that the difference between resident and non resident is proportionate to the possibility of control by the individual countries concerned

(19) MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, CEDAM, 1999.

For the purposes of identification of the fiscal residence of a company that can automatically attribute unlimited tax liability to same, there is no uniformity in the concepts employed in the European context. EC directive No. 90/435 Art. 2 letter b) and in the draft EC directive on the fiscal treatment of interest and royalties between associate companies resident in different member States (20), considers as a company belonging to a given member State "any company whose registered office is located in the said country in compliance with its tax legislation". The country in which the registered office is located is in fact the one most concerned in the company's life and it is through the registered office, like citizenship and residence in the case of natural persons, that connection to a country's juridical order can be determined (21).

The registered office criterion most often used in Europe can prove slippery when and insofar as not all the economic and commercial activities are located in a single territory. There may be various centres or seats of production and sale located in several territorial areas or which are hard to identify, and the jurisprudence of the various nations has often referred to residence as the *real place of management* where the firm's administrative and managerial organs are located and the centre of its economic interests can be identified (22).

182

We must ask ourselves whether, in the light of the evolution of EC law and the expansion of economic activities through e-commerce, the identification of this real place of management (23) by the member States is still appropriate for recognition of unlimited tax treatment in relation to the companies that operate on the domestic market. In brief, it would be opportune for us to ascertain whether the fiscal residence of a company still constitutes a reasonable link with the territory of a specific country, and whether it is compatible with the fundamental freedoms .

In the EC context the different fiscal treatment of non resident companies foreseen by member States where limited tax liability is applied, has been considered in some cases to be in contrast with Art. 43 of the Treaty on freedom of establishment. This provision, in guaranteeing ac-

(20) COM 67 def. of 4.3.1998.

(21) See in this sense *Centros*, case dated 9.3.1999, C-217/97.

(22) MARINO, *La residenza nel diritto trib.*, cit., 150-214.

(23) MARINO, cit., p. 133, observes that with the estreme mobility created by e-commerce, the concept of management office or effective office foreseen by the OECD Mod. becomes obsolete.

cess to self-employed activities and their practice, and also the establishment and management of enterprises and companies set up as per art. 49 second paragraph in keeping with what is foreseen for a country's own citizens, does not refer explicitly to residence. The common line followed by EC jurisprudence considers the abolition of restrictions on freedom of establishment applicable also to those tax provisions that could indirectly impede freedom of establishment in another member States, amongst which EC jurisprudence has included restrictions upon non resident companies and permanent establishments (24).

Application of Art. 43 of the Treaty has resulted in recognition of the irrelevance of the registered office criterion utilised by the member States to deny fiscal advantages to the controlled or partially controlled companies, and the distinction between limited and unlimited tax liability in the case in which the two companies are in objectively comparable situations (25), bringing into serious dispute the differentiation for taxation purposes between resident and non resident companies in the EC context.

For a clearer understanding of the EC Court of Justice's opinion in the matter of application of the prohibition of restriction of freedom of establishment in tax field, it is necessary to make a distinction between the situation of entrepreneurs and that of enterprises (Establishment on a principal basis and on a secondary basis).

183

- With the *Wielockx* sentence (26) regarding establishment on a principal basis in relation to natural persons engaging in economic activities in another country, inspired by the preceding *Schumacker* case on the free circulation of employed workers, for the purposes of the enforcement of art. 43, attention was focussed for the first time (through the *overall tax comparison*), on the income and overall wealth situation and on taxation burden of the non resident entrepreneur. The fiscal criterion adopted for territorial linkage purposes was that of the State where the chief source of income (the greater part of the revenue produced) is located, rather than the country of residence (27). This criterion, which is in contrast

(24) See also in this regard *Commission/France* EC Court of Justice sentence dated 28/1/1986 C-270/83

(25) Saint Gobain case.

(26) *Wielockx* sentence dated 11.8.1995, case C-80/94

(27) BIZIOLI, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della CE.*, in Riv. dir. trib. 2000, p. 205.

with the "theory of benefit" as it does not take into consideration the place where the party concerned benefits from the public services, is inspired by the principle known in Italian legal system as overall ability to pay. If it were to be applied in all the member States, as well as ensuring internal and external fiscal equality, it would also facilitate the accomplishment of progressive taxation in relation to companies that operate in other States. The difficulty of evaluating the overall ability to pay of a non resident may justify the refusal of the source country to allow the latter the fiscal benefits or allowances reserved for its residents (28).

However, its application still entails considerable difficulties regarding in the first place the identification of the income limit to be produced in the other country in order to benefit from the same unlimited tax treatment. In addition, although it is true that only a comparison that takes into account the overall situation of both residents and non residents can determine the correct application of personal-type taxation criteria, it is also true that this cannot be achieved without effective cooperation between the Financial Administrations of the EU countries and as long as the tax credit method against double taxation continues to survive.

In fact this method, which is the basis of the imputation system for the taxation of world income at rates established by the residence State, can annul by further levies the benefits granted in the source country and give rise to an internal tax neutrality that is only apparent. Tax credit has therefore been considered hard to reconcile with the realisation of the internal market by EC Court of Justice in the sentence on the *Gilly* (29) case. Some authors (30) in favour of external neutrality and the principle of territoriality has found this method constitutes a potential obstacle to freedom of establishment (31).

(28) See also KOSTENSE LAWYER, *the Saint Gobain case and the application of tax treaties – Evolution or revolution?* in *EC Tax Rev.*, 2000, p. 231

(29) Sentence dated 12.5.98, case C-336/96, point 34.

(30) TERRA-WATTEL, in *EU Tax Law*, Deventer, 1997

(31) TERRA – WATTEL has made a very interesting proposal for the introduction of a "tax sparing credit" in accordance with the principle of non discrimination that takes into account the tax benefit allowed in the source country. KOSTENSE LAWYER, p. 230, maintains that if this credit were granted it would make transfer of income by companies in other countries through a permanent organisation located in a third-party country very attractive.

More simply, preference could be given to conditioned national tax treatment only where tax credit is not foreseen and there is not a heavier fiscal burden in the country of residence.

- With reference to establishment on a secondary basis, EC jurisprudence has established a general principle that is simpler than the one applying to freedom of establishment on a primary basis, deeming for the purposes of the application of art. 43 of the Treaty, that if the two companies – resident and non resident – pay under the same fiscal conditions (understood to mean the same taxation) cannot be discriminated with regard to tax allowances and benefits (*Avoir fiscal and Commerzbank*). By thus applying the same taxation on two different taxpaying bodies, the source country's legislator implicitly admits that there exists no objective difference in their situation that could justify different treatment between them.

Reformulating what had been previously established in the preceding cases, in its sentence on *Royal Bank of Scotland* the EC Court of justice subsequently explained that (32) *the limited tax liability* of P.E., that derives from the limited sovereignty of the country in which the income of these bodies originates as compared to that of the country in which the company's registered office is located, is no obstacle to considering that these companies pay in situations analogous to the resident companies in relation to the manner in which the tax base is determined.

This approach was further developed in the well-known *St. Gobain* case (33), in which it was considered that the non resident company's tax liability in the source country becomes *theoretically limited* if it also includes the incomes produced abroad by the non resident P.E. through companies associated with the latter which becomes the tax-charging centre thanks to the national legislation on groups of companies (*Organschaft*) (34).

(32) *Royal Bank of Scotland*, 29.4.1999 C-311/97, point 29. Cfr. COLOMBO, *Il trattamento nazionale per le s.o. nella normativa tributaria internazionale e comunitaria*, Riv. Dir. trib., 1999 III p. 185. AMATUCCI-PISACANE, *La mancanza di differenza oggettiva ai fini impositivi consente l'applicazione del divieto di restrizione alla libertà di stabilimento*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2000. In this decision it was established that Greek income tax law does not make a distinction such as to justify unequal treatment between the two categories consisting of resident and non resident companies and applies a unequal treatment in the rate of taxation, thus introducing a discrimination in relation to the companies of another member country.

(33) LAUSTERER *Unlawful German tax discrimination of PE comes before ECJ*, in *EC Tax Journal*, 1998; ROMANO-OFFERMANN, *EU Treaty benefits for PE: the Saint Gobain case*, in *European Taxation*, 2000; KOSTENSE, LAWYER, p. 4; BIZIOLI, *Potestà tributaria statutale...* Riv. Dir. trib., 2000.

(34) The case in point involved a refusal on the part of the German tax authorities to grant a French company's P.E. some tax advantages foreseen by domestic reg-

The relevant feature to be grasped when examining the *St. Gobain* case is that the non resident companies, as they can be subject, thanks to the domestic legislation, to the same worldwide taxation in the source country and not in residence country, manifest the *same economic potential* (35) as the other companies resident in the source country and their tax treatment in these cases cannot be considered limited solely for allowances purposes by the fact that the actual registered office is located in another country. What we have here, as has been justly observed in the doctrine, is an "extended limited tax liability" of the nonresident companies (36).

It is clear by now in the EC context that it is possible for the situation of the two companies (resident and nonresident) to be comparable (identical worldwide taxation by the same country and equal determination of the tax base) and it is necessary that in this case the same favourable tax treatment be guaranteed for the two companies even if it is foreseen by Treaties signed with third-party countries.

It has been wondered (37) whether as an effect of this decision the P.E. can be assigned fiscal resident status also for the purposes of the application of bilateral Treaties. This could occur in application of art. 10 of the Treaty which establishes for the member nations a principle of legality assuring the performance of the obligation relative to the Treaty itself. The reply to this query is, however, dependent on legislative revision of the taxation criteria on territorial linkage in the EC context and on coordination of Treaty provisions by the individual EU member countries. Freedom of establishment in the fiscal matter, if correctly interpreted in a manner in keeping with the most widespread international anti-discrimination provisions (Art. 24 (3) of the OECD Mod. Agr.), cannot be viewed as a rule that imposes an unconditional obligation of identical treatment (38) through recognition of a status which, despite the restric-

ulations and treaty provisions regarding the elimination of double taxation of dividends on shares in foreign stock companies since these advantages were reserved exclusively for resident companies with unlimited tax liability

(35) *St. Gobain* sentence.

(36) See ROMANO-OFFERMANS, *op. cit.*

(37) KOSTENSE LAWYER, p. 220.

(38) AMATUCCI F., *Corso dir. trib. int.*, edited by V. Uckmar, CEDAM 2000, p. 417. In the commentary on the OECD model treaty, with reference to personal allowances, it is established that the contracting countries are free to grant favourable treatments

tions placed on national fiscal sovereignty by EC law and probably due to the lack of harmonisation of the taxation systems, is still an expression of the nations' tax-levying authority.

Moreover, it has become difficult for national legislators to maintain a distinction between the limited and unlimited tax treatment of European companies on the basis of residence and registered address with the advent of e-commerce (39). The changed environment in which business activity is conducted through e-commerce appears to require the abandonment of the previous territory-linked taxation criteria and the review of concepts such as P.E. and fiscal residence. The anonymity assured by the Internet and its absence of geographic boundaries certainly pose serious problems for respect of ability to pay principles and benefit on which the personal linkage taxation criteria such as worldwide taxation are based.

Although the OECD has recently considered the possibility of defining as a P.E. the server in the source country in respect of territoriality, only if certain conditions are met (need for performance of principal and not auxiliary business functions and continuous presence for a certain period of time) (40), in the EC context ill-considered recognition of free-

to P. E.. In the case of measures against double taxation, it is stated that clarification by the contracting parties would be desirable due to the different and contrasting approach in this matter.

(39) A drastic solution with regard to direct taxation and electronic commerce has been proposed by the USA Treasury, i.e. the elimination of taxation at source for companies and unlimited taxation on the basis of residence. It holds that the incomes from production and trading by telematic means are located in a single territory, that of the company's head office. However, the danger of this approach lies in the location of companies' head offices in low-tax countries.

(40) The OECD has stressed in the Tax Affairs Committee report the need for the various countries to tackle the taxation issues and prepared agreements between the various countries to establish common principles and strategies with regard to the taxation of e-commerce, verification of the compatibility and applicability to e-commerce of the presently existing taxation systems, and foresee a system for the fair distribution of taxation amongst the various nations. The 1999 document adopted in Paris establishes the guidelines for the regulation of e-commerce. Proposals are formulated regarding the updating of some parts of the OECD commentary, and in particular Art. 5. Ten paragraphs are added to the commentary on this article concerning the definition of P.E. deriving from e-commerce. A web site cannot constitute a P.E. insofar as it is not a tangible entity and a place where the firm can carry out its functions, but the opposite is true of the server which can have a physical place of registration (fixed place of business). The non indispensability of human presence is allowed in the case of servers.

dom of establishment in the fiscal sphere in relation to non resident virtual P.E. which are supposed to operate through the Internet and in reality are set up solely for recognition of favourable treatments in the other country, could give rise to situations of abuse that it would be very difficult to control. These situations would cause a form of reverse discrimination to the detriment of residents. Even more careful thought is necessary in relation to the application of general prohibitions of restriction such as the one foreseen in the matter of freedom of establishment in the electronic commerce sector.

The proposal (41) foreseeing a non-quantitative limit beyond which taxation in source country of the virtual P.E. is allowed appears to have much merit. In addition to the presence of a corporate place of business in source country, other parameters of a substantial type, other than fixed place of business, could also be taken into account in order to tax the non resident company in a source country, such as the granting of software licenses or patents to operators in the foreign country. This solution is in line with the EC jurisprudence which, whilst recognising the criterion of the company's actual place of business, considers reference to the economic linkage in the other source country necessary for the purposes of correction taxation of companies.

3. Indirect fiscal restrictions in relation to companies with unlimited tax liability

Distinction between companies and bodies operating in the EU member States on the basis of fiscal residence gives rise to negative effects also for the resident companies, which are disadvantaged in comparison to other bodies resident in the same country in the event that they want to transfer their activity or head office to another country, or if they are connected with non resident companies that have limited tax liability. In fact this condition influences the activity of the resident companies and indirectly restricts their freedom of establishment which does not merely allow the benefit of "national treatment" to companies and entrepreneurs located in a different member States, but prohibits any other restriction that limits the economic advantages deriving from such freedom in relation to citizens and companies set up according to its own legislation (42).

(41) HINNEKENS, in *Looking for an appropriate jurisdictional framework...*, in *Intertax*, 1998, 192

(42) Cfr. BIZIOLI, *op. cit.*, p. 340.

With reference to freedom of establishment on a primary basis, emphasis has been placed, as has been examined, to avoid a situation of internal discrimination between different residents through freedom of establishment, on the need for an economic link in the other country. The absence of such connection determines the compatibility of the different tax treatment with EC law insofar as the situations in question are purely internal (43). It is necessary, however, that the economic connection in the other country be effective, and not created for the sole purpose of benefiting from the most favourable treatment.

The existence of a restriction on freedom of establishment in relation to resident companies has often been examined by the European Court of Justice in cases regarding non-recognition of tax allowances to companies belonging to a group of multinational enterprises having connections with non resident companies (sent. on the *ICI* and *XAB YAB* cases).

One of the reasons for such discriminatory treatment is the risk of tax avoidance, which may be effected by transferring profits to the non resident companies located in States with low taxation levels and continuing to benefit from the fiscal advantage (i.e. deductibility of losses) foreseen for the companies in the country of residence or enjoying double facilitation in both the source country and the country of residence (44).

This justification, which constitutes the greatest obstacle to the fiscal regime of multinational groups, has not been accepted in the case that the anti-avoidance provision is of a general clause and insofar as it does not prevent a particular fictitious operation between companies from different countries. The aim of preventing tax avoidance, however, has not been considered normally in contrast with freedom of establishment if it can in any case be achieved in a different and less restrictive manner inspired by proportionality (45). The national rules based on tax jurisdic-

18'

(43) The *Werner* sentence, by establishing that maintaining residence in another country without valid justification does not allow application of Art. 43, could easily make it appear that the national regulations attributing limited liability to non residents are non discriminatory

(44) RUPOL, YASH, TODD in *EU groups open group opportunities* in *Int. Tax Rev.*, 1999, p. 49, perceive the risk of double allowances in the event that P.E. are allowed to deduct corporate group losses.

(45) *Futura* sentence of 15.5.1997, C-250/95. In the *ICI* case the anti-avoidance provision was found to be restrictive and not proportionate since the establishment of a company outside its national boundaries does not in itself entail tax evasion as the company is in any case subject to the tax law of the country of establishment.

tional criteria cannot be derogated in order to pursue anti-avoidance goals in any case, as occurs through the application of some rules on CFC (controlled foreign companies), which place restrictions on freedom of establishment (46).

Amongst the other justifications of internal discrimination or restriction, the member States have often referred to the impossibility of fiscal compensation deriving from successive levying (sometimes identified as the coherence of the tax system) as grounds for lack of recognition of the benefit in the source country (47). As has been observed by the European Court of Justice in the *Wielockx* sentence, the fiscal allowances are to be granted regardless of the subsistence of the power of the country that grants the facilitation to subject to taxation the income consequent to it.

The possibility of supplementary taxation in the parent company's country of the profits of the affiliate company in the *ICI* case does not appear, furthermore, to be considered sufficient justification as it is not comprised amongst the grounds foreseen by Art. 56 of the Treaty and in the case in question there is no connective link since taxation in the parent company's country is excluded (point 30 *ICI* sent.) (48).

The European Court of Justice, in its valuations of the reasonableness of indirect tax allowances, has often drawn attention to the necessary reference to the bilateral Treaties against international double taxation that

(46) ROTONDARO, *Note minime di compatibilità dei regimi cfc con il diritto comunitario*, Riv. dir. trib., 2000, p. 548 et seq., holds that the fiscal outcome of the Italian cfc system to intra-EC group structures can be defined in terms of restriction of the right of establishment. The non distribution of profits and consequent removal of same from the taxation power of the Italian State through concentration in the sphere of a body resident in another country cannot be deemed tax avoidance. These cases does not give rise to reduction of the tax debt in Italy.

(47) See cases *Bachmann* of 28.1.1992 C-204/90, *Assher* of 27.6.1996, case 107/94, *Verkooijen* dated 6.6.2000, case C-35/98. In the *Assher* case Court of Justice did not accept the arguments of the Dutch tax authorities, which maintained that the greater taxation of non residents was a form of compensation for the progressive tax the latter escaped because of their limited tax obligation. In reality, according to the provisions of the bilateral agreements, the income received by a non resident in the country where its economic activity was performed was subject to taxation in the said source country but the country of residence was entitled to take it into consideration for progressive taxation.

(48) In the *Verkooijen* case too, in which the Court established that no direct link exists between the exempting of dividends and the taxation of profits of companies resident in other member States, as what is involved here are two taxes payable by different taxpayers.

divide out the taxation in the two contracting countries and are part of the internal regulatory system of each of them for the purposes of the application of the principle of freedom of establishment. In the *Weilockx*, *Assher* and *Royal Bank of Scotland* cases already mentioned, the Court began to evaluate the provisions contained in the tax Treaty for the purposes of the application of its Art. 43. In the *AMID* case of 14.12.2000 (49), in point 23, it was established that through the restrictions foreseen by the Treaties against double taxation, resident companies with P.E. in other countries are in danger of suffering a fiscal disadvantage from which they would not suffer if all the subsidiary were located in the country of origin. The non-recognition of deductible losses in another country to a P.E. for exemption in the country of residence may be in contrast with freedom of establishment, and no anti-avoidance justification is valid (50).

The Treaty clause whereby tax-levying power is shared amongst the contracting countries may thus involuntarily create distortion in the EC framework and cannot justify disparity of fiscal treatment in relation to non residents. This demonstrates yet again the need to bring the bilateral Treaties into line with EC law.

4. Conclusions

19

With reference to the establishment of productive activities in the European context, the application of the provisions regarding freedom of es-

(49) In the *AMID* case it was found that: "Through the mechanism of the charging of national losses by enterprises for deduction purposes, allowed only on the condition that they are not chargeable to the profits made in the previous year by a permanent organisation located in another member country, in the case that the profits are considered exempt by treaty in the country of residence, differential fiscal treatment is thus instituted between companies having secondary establishments solely in a national territory and those having establishments in other countries.

(50) HINNEKENS, in *AMID: a wrong bridge or a bridge too far*, in *European Taxation 2001*, reduces the purport of this decision by observing that it is necessary to evaluate the need for careful application and some limitation in the application of the prohibitions and particularly of those in the fiscal sphere such as the freedom of establishment of physical persons. The *AMID* case might be considered a bridge too far. One must ask whether the prohibition of restriction concerns all forms of different fiscal treatment including the tax agreements that render less attractive the establishment of a company in another country. In the *AMID* case the Court is not yet prepared to review the interpretation of exemption as a method for the elimination of double taxation foreseen by the bilateral tax treaties. In this case no lines are drawn between tax restrictions prohibited and not prohibited pursuant to Art. 43 of the Treaty.

establishment has been interpreted by the European Court of Justice in the case of natural persons in a manner in keeping with that of employees, setting taxation criteria that are based on the place of production of most of their wealth and on valuation of the overall burden of taxation in a progressive manner, rather than on the fiscal residence of the entrepreneur. These rules, even though applied to particular cases, show that it is impossible to distribute fiscal treatment between unlimited and limited cases with reference to residence.

As regard personal allowances, recognition in relation to entrepreneurs and companies not resident in the source country, there is an interesting proposal by Van Raad who foresees the recognition on a *fractioned residence* (51) basis of the benefits foreseen in the source country that are reserved for residents, including those against double taxation in proportion to the income produced there. In some cases, in fact, only the source country can prevent the taxpayer from escaping progressiveness, by taking the overall income into account and exercising an unlimited tax sovereignty over a body with limited liability such as a non resident. This solution, which appears to put an end to the traditional distinction between resident and non resident and between limited and unlimited fiscal treatment on which worldwide taxation is founded, nonetheless presents difficulties of an administrative type arising out of the exchange of information amongst financial administrations.

192

In the case of companies the general rules set forth by jurisprudence in the matter of freedom of establishment hinge essentially on verification of the comparability of tax situations of the various companies in the light of the international Treaties independently of connection and control relationships with companies located in other member States. These indications can be followed only through observance of the principle of the proportionality of restrictive fiscal measures in relation to non residents.

As regards associated and subsidiary companies belonging to corporate groups, a solution designed to guarantee the compatibility of the tax jurisdictional criteria of connection compatible with freedom of establishment could consist of the common fiscal system at European Union level. Some of the decisions of the European Court of Justice examined here, such as the cases of ICI and X, Y, have indicated the need for revi-

(51) WATTEL in *Progressive taxation of non residents and intra EC allocation of personal tax allowances*, in *European Taxation*, 2000, p. 222, examines Van Raad's proposal on fractioned residence.

sion of the fiscal provisions regarding groups by the member countries' financial administrations and legislators (52).

The lack of legislative provisions on groups (53) in fact determines, in the light of these last decisions, a variety of opportunities for European companies in the fiscal planning sphere and the risk of abuses of favourable treatments through freedom of establishment.

Problems of restricted sovereignty would arise, as has been hoped, if the European group of companies were to pay taxes as the unitary charging centre, and from taxation on the basis of consolidated financial budget (54) which could determine fiscal neutrality through the financial offsetting of credits and debits and profits and losses of companies located in various countries.

The most interesting proposals in the matter of group taxation regard the unitary taxation (55) of the group on the basis of predetermined quotas of the enterprise's total profits, eliminating the request for allocation

(52) RUPOL, YASH, TODD, NEAL, in *EU groups opens group opportunities*, cit. p. 49, examine the impact of the ICI case on the various European taxation systems and stress the need for review of the various legislations. The majority (UK, Ireland, Portugal and Spain) limit the offsetting of profits and losses to resident companies and bodies. Some countries, such as Italy, Belgium and Greece, do not allow group relief even for resident enterprises.

(53) The draft directive dated 28.11.1990 foresaw the possibility of partial compensation of the losses of branches located in other member countries and permanent organisations against the income produced by the parent company. See Mulders, *Compensation of losses within EC*, in *EC Tax Rev.*, 1996.

(54) VANISTENDAEL, *Fundamental freedoms*, in *European Taxation*, 2000, p. 6. Once group relief or taxation on the consolidated balance-sheet are recognised as a common principle for the member countries the acceptance of a single system throughout the EU context is inevitable. GALLO, in *I gruppi di imprese e il fisco*, in *Studi in onore di V. Uckmar*, CEDAM, p. 1996, perspicaciously stresses the importance of the group balance-sheet, observing that for direct taxation purposes the essential instrument for determining the taxable base is solely the operating balance-sheet and that companies and public bodies are considered as autonomous entities regardless of their connections with other bodies that are juridically distinct despite their close economic ties.

(55) LOVISOLO, *L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano* coordinated by V. Uckmar, CEDAM, 2000, p. 346; Plasschaert, *An EU tax on consolidated profits of multinational enterprises*, in *Eur. Tax.* 1997, p. 8. The unitary taxation system in force in the USA and Canada allows each State to determine a quota of the multinational enterprise's total profits and hence adopt a common notion of global profit.

of costs and incomes in the individual member nations or the alternative Home State Taxation, which foresees taxation according to the rules foreseen by the system applying in the country where the parent company is located.

The acceptance by the EU member States of such forms of taxation based on the determination of a uniform tax base would entail, through surrender of a substantial part of national fiscal sovereignty (56) and conditioning of national tax policy decisions, the definitive elimination of the distinction between companies registered in different member countries on the basis of location of the main place of business and residence and of the distribution of tax-levying rules through international tax Treaties.

Home State Taxation and Unitary Taxation proposal of corporate groups would be well-suited to ensure taxation in relation to companies, but would nevertheless involve problems of some magnitude regarding the possibility of considering the rules foreseen by a single tax system or the taxation of profits on a pro rata basis by the various countries without waiting until they are distributed (57). In any case these solutions would guarantee to a greater extent, by eliminating transfers of wealth for tax-avoidance purposes and the consequent restrictive national measures, the conformity of the tax regime of subsidiary companies with the fundamental freedoms foreseen in the EU law.

(56) VANISTENDAEL, in *European taxation*, 2000 p. 6, observes that the maintenance of fiscal sovereignty of EU member companies does not allow common rules on groups of companies to be formulated and drawn up.

(57) MARINO, *La residenza, cit.*

Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali (*)

Giuseppe Marino

1. Premesse: la residenza come criterio di collegamento

Nel nostro ordinamento la residenza costituisce il criterio di collegamento di natura personale che ha la funzione di limitare la sfera di applicazione del tributo nazionale. Il legislatore tributario non può, infatti, assumere a presupposto d'imposta fatti privi di ogni collegamento, sia oggettivo che soggettivo, con il territorio nazionale. Piuttosto, deve scegliere fatti che presentino un ragionevole legame con il territorio e l'ordinamento dello Stato, tale da essere suscettibile di valutazione in termini di capacità contributiva.

Come noto, mentre in un sistema di tipo territoriale l'imposizione è attuata prevalentemente attraverso l'uso di criteri di collegamento di natura reale, cioè legati al reddito ed alle sue fonti, al contrario, in un sistema di tipo mondiale, assumono preminente rilevanza criteri di collegamento di natura personale, cioè legati alla situazione del contribuente. Tuttavia, la tassazione mondiale include quella territoriale: non esiste Stato che, istituendo un'imposta sul reddito, rinunci a sottoporre ad imposizione il reddito conseguito sul suo territorio, e si limiti a tassare quello prodotto fuori dai suoi confini. Gli Stati che prelevano un'imposta sui redditi ovunque prodotti nel mondo da coloro che hanno nel loro territorio un collegamento di natura personale, esercitano la loro sovranità impositiva anche su coloro i quali, pur non avendo alcun collegamento di carattere personale con il territorio, hanno colà prodotto un reddito. Dunque, la tassazione mondiale e la tassazione territoriale sul reddito convivono spesso nell'ambito del medesimo sistema tributario: a seconda dell'esistenza o meno di un collegamento di natura personale con il territorio.

Tuttavia, per quanto la residenza esprima una relazione tra una persona ed un determinato territorio, di essa non è prevista una norma unitaria nell'ordinamento giuridico italiano. In particolare, la residenza nel diritto tributario è più ampia della residenza del codice civile.

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario" organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

Nel diritto tributario, con il termine residenza si può intendere un genere di appartenenza ad un determinato territorio, più precisamente si può parlare di appartenenza economica, richiamando le parole di Luigi Einaudi, allorché nel riportare il dibattito scaturito in seno alla Società delle Nazioni negli anni venti, volto a stabilire quale Stato avesse il diritto di stabilire l'imposta, chiariva che il criterio dominante fosse quello della residenza, definita come "luogo in cui il contribuente ha la sede principale dei suoi affari ed interessi", luogo che, sempre secondo Einaudi, potrebbe essere chiamato dell'*appartenenza economica*.

Il genere residenza si compone di diverse *specie*, giuridicamente rilevanti, a seconda del più o meno intenso legame con il territorio. Si tenga conto, inoltre, che la presenza fisica, per costituire un elemento idoneo a orientare tra tassazione mondiale e tassazione territoriale, deve perdurare per un certo periodo di tempo, così da escludere l'appartenenza al territorio (e, quindi, la tassabilità) delle persone di passaggio.

Si consideri, quindi, che con riferimento alle persone fisiche, si ha anche la specie, residenza, che significa dimora abituale, il domicilio, che è inteso come centro principale dei propri affari ed interessi, e l'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente. Con riferimento, invece, ai soggetti diversi dalle persone fisiche, si ha la specie, sede dell'amministrazione, che è il luogo dove hanno svolgimento le attività amministrative e di direzione, la sede legale, che è quella risultante dall'atto costitutivo e dall'originario statuto, e l'oggetto principale, che è il luogo dell'attività effettivamente esercitata da un soggetto diverso dalle persone fisiche.

Nel codice civile, la residenza è semplicemente il luogo di dimora abituale.

2. Il trasferimento di residenza come fenomeno elusivo

Atteso che la residenza costituisce il criterio di collegamento personale in base al quale sono giustificate le pretese impositive statuali, risulta agevole comprendere come il trasferimento di residenza potrebbe rilevare come comportamento elusivo, considerando che tutti gli Stati possono definirsi, seppur in via approssimativa, ad alta fiscalità, ovvero a bassa fiscalità, a seconda della pressione fiscale esercitata sui propri residenti.

Il trasferimento di residenza può essere inquadrato tra i comportamenti elusivi passivi, e tra questi è quello che più affonda le sue radici in campo etico-sociale, quale strumento di composizione ideale del conflitto di interessi (e posizioni giuridiche) tra contribuente, il quale manifesta la sua tendenziale libertà di scegliere, per la propria situazione per-

sonale, il regime fiscale più conveniente, e Fisco, che invece ha come finalità propria di assicurare il massimo gettito possibile.

È opportuno analizzare tale problematica operando una distinzione a seconda che si tratti del trasferimento di residenza delle società ed enti, o del trasferimento di residenza delle persone fisiche.

Nella prima ipotesi, vi è da chiedersi se, quando si parla di trasferimento di sede sociale all'estero, si intenda fare riferimento alla sede legale e/o alla sede principale della direzione e amministrazione degli affari della società. Se, da un lato, si ritiene che la necessità di una delibera assembleare per porre in essere il trasferimento presuppone che ci si riferisca alla sede legale, indicata nello statuto, e che ogni spostamento all'estero della sede principale della direzione ed amministrazione sia irrilevante, d'altra parte tale conclusione non appare di certo così scontata. Diverse conclusioni si potrebbero, infatti, ricavare da una lettura a specchio degli artt. 2505 e 2509 c.c. (sostituiti dall'art. 25, L. 31 maggio 1995, n. 218). In altre parole, quando si tratta di stabilire se una società costituita all'estero debba essere assoggettata alla legge italiana, il giudice deve condurre la propria indagine sulla situazione sostanziale ed effettiva, senza limitarsi a quella formale ed apparente.

In passato l'attenzione era volta alla ricerca degli effetti derivanti dalla mancata regolazione degli effetti tributari del trasferimento di sede nell'ambito del testo unico delle imposte sui redditi, chiedendosi se tale mancanza potesse legittimare *in re ipsa* l'irrilevanza fiscale dell'operazione.

Il legislatore ha provveduto a dissipare tali dubbi disciplinando il trasferimento di sede, introducendo l'art. 20-bis al Tuir, secondo il quale: "*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...*".

Il provvedimento legislativo ricalca il regime di neutralità fiscale di una fattispecie non dissimile, ossia quella della fusione transfrontaliera in cui una società residente in Italia è incorporata in una società residente in un altro Stato membro dell'Unione Europea e si trasforma in una stabile organizzazione di questa nel territorio dello Stato.

Nonostante le buone intenzioni dimostrate dal legislatore tributario nel disciplinare una fattispecie sostanzialmente simile ad una fusione transfrontaliera, si può constatare la mancanza di attenzione nell'esaminare alcuni profili intrinsecamente elusivi. Si consideri il caso di una società che decida di trasferire la residenza in uno Stato con cui l'Italia ha concluso una convenzione per evitare le doppie imposizioni, attraverso il solo spostamento della sede legale e sede dell'amministrazione. In

tal caso, rimanendo inalterate le condizioni economico-aziendali dello svolgimento dell'attività d'impresa, in virtù dell'oggetto principale che rimane nel territorio dello Stato, non si intravedono motivazioni che non siano legate al desiderio di sottrarsi alla tassazione dei redditi ovunque prodotti nel mondo nello Stato *a quo*, ivi limitandosi ad una tassazione territoriale, al fine di ottenere una più favorevole tassazione su base mondiale nello Stato *ad quem*. Quindi, il fatto che la regolamentazione della società residente in Italia incorporata da una società non residente non sia dissimile, in linea di principio, a quella attinente alla società residente che trasferisce la sede all'estero, non sembra giustificare quella similarità di trattamento garantita dall'art. 20-*bis* del Tuir: esso, in sostanza, non fa che legittimare una condotta tesa (anche unicamente) ad un risparmio di imposta.

Anche altre specie di trasferimento di residenza, non più di una società o ente dall'Italia verso l'estero, bensì dall'estero verso l'Italia o estero su estero, possono integrare condotte elusive rilevanti nell'ambito del diritto tributario. Si pensi ad una società residente in Italia che controlla una società residente in un paradiso fiscale che non ha mai distribuito utili, anzi li ha sempre accantonati a riserva e reinvestiti, potrebbe convenire approvare una delibera di assemblea straordinaria con la quale autorizza il consiglio di amministrazione della società controllata a modificarne lo statuto, prevedendone il trasferimento della residenza dal paradiso fiscale, ad esempio, in Lussemburgo. L'"uscita" della società dal paradiso fiscale e la sua "entrata" nel Granducato del Lussemburgo si qualifica come (ri)costituzione di una *société anonyme*, tanto che dovrà formalizzarsi il minimo di capitale sociale con le relative azioni. A seguito del trasferimento della residenza in Lussemburgo, la società è in grado di distribuire dividendi comunitari che, ai sensi dell'art. 96-*bis* del Tuir, non concorrono alla formazione del reddito della società ricevente per il 95 per cento del loro ammontare, a condizione che la partecipazione diretta al suo capitale non sia inferiore al 25 per cento e che sia detenuta ininterrottamente per almeno un anno. Infatti, circa la nozione di utili distribuiti, l'art. 96-*bis* del Tuir fa riferimento a quelle somme provenienti da utili che siano stati prodotti dalla società, a nulla rilevando che questi siano stati prodotti prima che la società diventi fiscalmente residente in Lussemburgo, e che siano stati assoggettati o meno all'*impôt sur le revenu des collectivités*.

2.1. Per ciò che riguarda il trasferimento di residenza delle persone fisiche la norma di riferimento nell'ordinamento italiano è rappresentata dall'art. 2 del Tuir, ove al comma 2-*bis* si dispone che "*Si considerano altresì residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato...*" Si tratta di un'inversione dell'onere della prova,

imposta ai cittadini italiani che emigrano in paradisi fiscali, con la quale si intende agevolare l'Amministrazione finanziaria nel contrastare le estero-vestizioni. Si noti, in particolare, la prova non deve essere della residenza all'estero, ma della *non residenza* in Italia. Ai sensi dell'art. 83, L. n. 448/1998, tali disposizioni hanno vigore dall'1 gennaio 1999. La presunzione di residenza troverà applicazione negli accertamenti successivi a tale data, indipendentemente dal fatto che l'iscrizione all'a.i.r.e. con l'indicazione del paradiso fiscale sia avvenuta in epoca ad essa precedente.

È interessante osservare come, in alcuni casi, nei rapporti di diritto internazionale tributario, l'Italia si sia predisposta per affrontare la questione da un punto di vista sostanziale più che procedurale. Si prenda come esempio l'art. 13, comma 5, della convenzione italo-britannica del 21 ottobre 1988, ove è previsto che *"le disposizioni del paragrafo 4 (tassazione degli utili nello Stato di residenza dell'alienante) non pregiudicano il diritto di uno Stato contraente di prelevare, conformemente alla propria legislazione, un'imposta sugli utili, derivanti dall'alienazione di un qualsiasi bene realizzati da una persona fisica che: (a) è residente dell'altro Stato contraente; (b) è stata residente del predetto primo Stato contraente in un qualsiasi momento nel corso dei cinque anni immediatamente precedenti l'alienazione del bene; e (c) non è soggetta ad imposta per tali utili nell'altro Stato contraente"*. La norma sembra costituita *ad hoc* per evitare che un residente dell'Italia possa trasferirsi nel Regno Unito acquisendone la residenza, ma non già il domicilio, e vendere partecipazioni azionarie in esenzione da imposta in entrambi gli Stati contraenti.

2.2. Sempre in tema di trasferimento di residenza di società e persone fisiche come fenomeno elusivo, restano da trattare le possibili implicazioni della norma antielusiva di cui all'art. 37-bis, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Ci si chiede se il trasferimento di residenza possa rientrare nell'ambito di applicazione di tale norma. È necessario operare una distinzione a seconda che si tratti di trasferimento dall'Italia verso l'estero, estero su estero, ovvero dall'estero verso l'Italia.

Con riferimento alla prima ipotesi, quella del trasferimento di residenza dall'Italia verso l'estero, che può ricomprendere delle condotte tese (anche unicamente) ad ottenere un risparmio d'imposta, l'applicazione dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73 sembra doversi escludere in ragione del fatto che già l'art. 20-bis del Tuir, nasce come disposizione antielusiva tra quelle dettate dal D.L. 23 febbraio 1995, n. 41, per cui sarebbe incoerente non porlo su di un piano di pari dignità con la successiva norma antielusiva.

Riguardo, invece, al trasferimento di residenza estero su estero, finalizzato a trasformare dividendi distribuiti da una società residente in un

paradiso fiscale in dividendi distribuiti da una società residente all'interno dell'Unione Europea, risultando evidente l'inapplicabilità dell'art. 20-bis del Tuir, poiché la società non residente non ha collegamenti né prima né dopo il suo trasferimento, si rende quindi necessaria un'analisi dell'eventuale applicabilità dell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/73. I vantaggi tributari conseguiti dalla società madre residente in Italia attraverso l'art. 96-bis del Tuir sui dividendi comunitari, fiscalmente legittimi, potrebbero essere disapprovati dal sistema fiscale nel suo complesso, proprio alla luce dell'art. 96, comma 1-bis, del Tuir. Si potrebbe, inoltre, guardare all'assemblea straordinaria, cui partecipa la società madre residente e che delibera sul trasferimento di residenza dal paradiso fiscale ad uno Stato dell'Unione Europea, e alla ricostruzione della società nello Stato *ad quem*, come ad una serie di atti e procedimenti tra loro collegati, privi di valide ragioni economiche, diretti a fare ottenere riduzioni di imposte altrimenti indebite. Tuttavia, in primo luogo potrebbe intravedersi qualche profilo di illegittimità interpretativa nel ricondurre ad una condotta elusiva della società madre residente una serie di atti che sono stati posti in essere da un soggetto giuridico diverso. Inoltre, non sembra che nell'ambito del comportamento della società madre residente, che pone in essere tale serie di atti, sia possibile intravedere una delle operazioni di cui all'art. 37-bis, comma 3, D.P.R. n. 600/73, la cui presenza è necessaria per consentire all'Amministrazione finanziaria di contestare alla società madre una condotta elusiva.

Con riguardo al trasferimento di residenza dall'estero verso l'Italia, finalizzato ad ottenere il credito d'imposta sui dividendi distribuiti da una società partecipata residente nel territorio dello Stato, si possono riprendere le considerazioni di cui sopra, con la differenza che in questo caso la serie di atti collegati tra loro è direttamente posta in essere dal soggetto giuridico che ottiene una riduzione di imposta. Tuttavia, anche in questa fattispecie, non sembra che nel comportamento della società che acquista la residenza fiscale in Italia sia possibile intravedere una delle operazioni di cui all'art. 37-bis, comma 3, D.P.R. n. 600/73.

Rimane da valutare l'applicabilità dell'art. 37-bis, ai trasferimenti di residenza, dall'Italia verso l'estero, posti in essere da persone fisiche. È opportuno premettere che la decisione di emigrare, da parte di una persona fisica, può coinvolgere una serie di interessi e di risvolti che eccedono la sfera economica ed attengono piuttosto ai diritti della personalità, con la conseguenza che la mancanza di valide ragioni economiche non può costituire indizio di finalità elusiva. Tuttavia, quand'anche si volesse considerare il trasferimento di residenza tra gli atti, fatti, e negozi tra loro collegati, privi di valide ragioni economiche, diretti ad ottenere riduzioni di imposta, l'applicabilità dell'art. 37-bis sembrerebbe di difficile sostenibi-

lità. Si consideri che le operazioni che potrebbero essere ricondotte nell'ambito del comportamento elusivo della persona fisica sono quelle di cui all'art. 37-bis, comma 3, lettera f), relative alle cessioni di partecipazioni sociali. Al riguardo si precisa che l'art. 20 del Tuir include tra i redditi prodotti nel territorio dello Stato anche le plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso di partecipazioni in società residenti, con esclusione in ogni caso di quelle derivanti dalla cessione a titolo oneroso delle partecipazioni in società residenti non qualificate, negoziate in mercati regolamentati, anche se detenute nel territorio dello Stato. Per cui, è solo con riferimento a queste ultime che si integra una sostanziale differenza tra una persona fisica residente e la stessa persona fisica non residente. Piuttosto, si potrebbe valorizzare, in termini di condotta elusiva, il trasferimento di residenza all'estero che la persona fisica dovesse effettuare al fine di cedere partecipazioni sociali detenute in società non residenti in Italia. In tal caso, non essendovi una norma che impone alla persona fisica di mantenere una sede fissa di affari dove fare confluire i suoi beni, si dissolverebbe in fatto l'esercizio della sovranità impositiva da parte dello Stato *a quo*, cioè l'Italia. Certamente, però, non potrebbe essere ricondotto ad un comportamento elusivo il trasferimento di residenza all'estero operato dalla persona fisica al solo fine di sottrarsi in Italia ad una tassazione mondiale sui redditi, ivi limitandosi ad una tassazione territoriale. Le operazioni da prendere in considerazione rilevano oggettivamente a garanzia del contribuente e non possono essere disattese.

2.3. Ma risulta a questo punto doveroso ampliare l'analisi alle norme antielusive adottate da alcuni Paesi membri dell'Unione. In particolare, può essere interessante osservare il rapporto tra le normative antielusive nazionali e la libertà di trasferimento/stabilimento in ambito comunitario. In altre parole, è possibile che talune norme tributarie antielusive siano di ostacolo alla libertà di movimentazione dei soggetti in ambito comunitario, contrastando così con i principi dettati dal Trattato di Roma. A tale proposito è opportuno considerare alcune norme che richiamano, adattandolo, il principio sancito nell'ordinamento italiano dall'art. 20-bis del Tuir, trasponendolo nell'ambito delle persone fisiche. Queste ultime nel caso di trasferimento all'estero non sono obbligate a mantenere una sede fissa d'affari in cui far confluire tutti i propri beni, con le relative plusvalenze latenti; tuttavia, al fine di assoggettare a tassazione tali plusvalenze latenti, le persone fisiche rimangono assoggettate alla sovranità impositiva dello Stato *a quo* anche dopo o a seguito del trasferimento. Invero, in alcuni ordinamenti tributari, sia extra-comunitari sia comunitari, siffatta obbligazione tributaria si è da tempo affermata. Si pensi, con riferimento ai primi Paesi menzionati, a fattispecie quali la c.d. *departure tax*

canadese, che si applica a carico di coloro che cessano di essere residenti ai fini fiscali in Canada, a nulla rilevando che il trasferente sia o meno cittadino canadese, ovvero alla *alternative tax* statunitense, che si configura come norma antielusiva, secondo la quale i cittadini americani che, nell'arco di dieci anni dal trasferimento della loro residenza al di fuori del territorio statunitense, perdono la cittadinanza americana sono assoggettati ad imposta sostitutiva, se la perdita ha come uno dei suoi scopi principali il risparmio d'imposta.

In ambito comunitario si prenda invece in considerazione in primo luogo la c.d. *exit tax* prevista nell'ordinamento austriaco. Tale imposta diviene applicabile nel momento in cui il Fisco austriaco non ha più la possibilità di assoggettare ad imposizione plusvalenze maturate, ma latenti, non realizzate. Quindi, se il contribuente si trasferisse in un Paese membro con il quale l'Austria ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni, la c.d. *exit tax* sarebbe applicabile se, ai sensi della convenzione, l'Austria non potesse tassare il contribuente che si fosse trasferito relativamente al possesso di partecipazioni di società residenti in Austria. Tuttavia, se, sempre ai sensi della convenzione, l'Austria conservasse ancora la potestà impositiva sul soggetto dopo il trasferimento, in tal caso la c.d. *exit tax* non sarebbe applicabile al momento del trasferimento. Ciò nondimeno la situazione non è così definita. Considerando, infatti, il caso della convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra Austria e Paesi Bassi, ai sensi del quinto comma dell'art. 14, un soggetto che si trasferisce dall'Austria all'Olanda, per un periodo di cinque anni dal trasferimento, può essere ancora sottoposto ad imposizione sulle plusvalenze realizzate sulla alienazione di azioni di società residenti in Austria. Ma ciò che di più importa sarebbe il fatto che non è (ancora) chiaro se la c.d. *exit tax* debba applicarsi anche successivamente al termine del periodo di cinque anni. Il problema potrebbe inoltre sorgere nel caso in cui al momento del trasferimento fosse dovuta l'imposta, ma la plusvalenza, sebbene maturata, non fosse ancora realizzata. In tale circostanza, infatti, potrebbe essere ravvisabile nel pagamento di tale imposta un impedimento all'esercizio di una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato di Roma.

A maggior ragione, nell'ordinamento tedesco dove sarebbe presente una *exit tax* simile a quella austriaca, tale imposizione sembrerebbe in conflitto con l'ordinamento comunitario, laddove, i trattati contro le doppie imposizioni stipulati dalla Germania con gli altri Paesi membri non ne operassero un coordinamento.

Si consideri, inoltre, che le modalità di corresponsione dell'imposta rilevano non poco. In altre parole, sia nell'ordinamento austriaco sia in quello tedesco, in ogni caso in cui il pagamento dell'imposta non possa

essere differito, saremmo in presenza di un palese ostacolo di natura tributaria al trasferimento di residenza.

Sempre in ambito comunitario si consideri ancora la c.d. *exit tax* olandese, applicabile sulle plusvalenze latenti di partecipazioni qualificate possedute dalle persone fisiche, non necessariamente di cittadinanza olandese, che trasferiscono definitivamente la loro residenza al di fuori dai Paesi Bassi. Tuttavia, in questo caso il contribuente, se presentasse una sufficiente garanzia all'Amministrazione finanziaria olandese, avrebbe la possibilità di optare per un "*preserving assessment*" (accertamento dell'imposta che sarà solo successivamente riscossa).

2.4. Risulta a questo punto manifesto che una simile tipologia di imposizione può in certi casi ostacolare la libertà di trasferimento e di stabilimento. Tuttavia, la Corte di Giustizia della Comunità Europea non si è ancora espressa relativamente alla compatibilità di tali imposte con l'ordinamento comunitario. Diverse riflessioni possono comunque aiutare ad un migliore inquadramento della questione. Innanzitutto, sebbene più volte la Corte di Giustizia abbia considerato talune forme di imposizione discriminatorie nei confronti di soggetti *non residenti* (di cui si dirà nel prosieguo della trattazione), nel caso delle *exit taxes* si è in presenza di un'imposta che grava su soggetti che risultano ancora *residenti* nel Paese che applica l'imposta. Inoltre, ed è questo probabilmente il punto sul quale soffermare maggiormente l'attenzione, considerando da un lato che la finalità delle c.d. *exit taxes* è quella di garantire le pretese impositive degli Stati sulle plusvalenze maturate, e dall'altro che, comunque, il diritto per i cittadini comunitari di esercitare le libertà garantite dal Trattato non è senza limitazioni, risulta in questo modo che gli Stati membri hanno il diritto di attuare disposizioni al fine di proteggere i loro interessi tributari, come peraltro è stato sancito nella sentenza *Daily Mail*. Oltre a ciò è necessario valutare le effettive modalità applicative dell'imposta: delle modalità di corresponsione dell'imposta e delle relative conseguenze già si è detto, si pensi invece ad un eventuale credito di imposta riconosciuto nel Paese di emigrazione relativamente all'imposta pagata nel Paese di immigrazione. Sicuramente l'esistenza di una tale previsione contrasterebbe di certo la possibilità che si verifichi una doppia imposizione internazionale, e potrebbe in qualche misura alleviare gli ostacoli di natura tributaria alla libertà di movimentazione dei soggetti tra gli Stati membri.

La salvaguardia degli interessi tributari degli Stati membri, ossia del loro gettito tributario, attraverso l'applicazione di una *exit tax*, potrebbe quindi essere considerata da parte della Corte di Giustizia un comportamento in linea con la politica di ciascuno Stato membro. Peraltro, il fatto che il diritto dei cittadini della Comunità di esercitare le libertà sancite

te dal Trattato possa subire delle limitazioni, è ricavabile, oltreché dalla casistica della Corte di Giustizia (sentenza *Futura*), anche dal quarto considerando della Direttiva 434 del 1990: "*Whereas the common tax system ought to avoid the imposition of tax in connection with mergers, divisions, transfers of assets and exchange of shares, while at same time safeguarding the financial interests of the State of the transferring or acquired company*". Se è vero che, per ciò che concerne l'imposizione diretta, la Corte di Giustizia è intervenuta in più occasioni censurando il comportamento ritenuto discriminatorio nei confronti di soggetti *non residenti* che stavano esercitando i diritti garantiti dal Trattato, tuttavia, come si diceva, l'ipotesi della *exit tax* è differente, in quanto si applica a soggetti considerabili ancora *residenti*. Ciò non toglie che l'applicazione di una tale imposta, come si è visto, può costituire un ostacolo alla libertà di movimento degli individui. È stato a questo punto suggerito che il criterio che potrebbe essere d'aiuto per uscire dall'*impasse* è rappresentato da una sorta di *proportionality test*: si deve cioè valutare se la misura fiscale adottata dal Paese membro si risolve in un provvedimento che va oltre il necessario, come d'altra parte sembra trasparire dalla sentenza della Corte di Giustizia riguardante il caso *Futura*.

3. Libertà di stabilimento e residenza fiscale

Per comprendere meglio il legame esistente tra la libertà di stabilimento in ambito comunitario e la residenza ai fini fiscali, è necessario trarre spunto dal processo giurisprudenziale in atto sul Trattato di Roma, volto ad affermare (soprattutto con riferimento alle persone fisiche) che la libertà di stabilimento e di insediamento nell'ambito degli Stati membri spetta a tutti i cittadini comunitari ovunque essi siano residenti nell'Unione Europea. Non solo, quindi, non potrà effettuarsi una discriminazione tra persone sulla base della cittadinanza, ma addirittura, in taluni casi, sulla base della residenza ai fini fiscali.

Esaminando le disposizioni del Trattato che disciplinano la libera circolazione dei lavoratori subordinati contenute agli articoli da 39 a 42, risulta che *la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro*. In particolare, ne deriva che l'ambito soggettivo di applicazione della libertà in oggetto ricorre allorché siano rispettate tre condizioni: (i) si sia in presenza di un cittadino di uno Stato membro; (ii) la prestazione lavorativa si svolga in uno Stato membro diverso da quello di origine del lavoratore; (iii) la prestazione lavorativa

abbia una natura subordinata. Ciò che rileva, ai meri fini tributari, è la prima condizione, in quanto la stessa, nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia, ha avuto un'interpretazione non limitata alla sola cittadinanza, ma estesa anche alla residenza. Infatti, la Corte, già pronunciandosi sull'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 12 del Trattato con riferimento ad una sua possibile violazione da parte di una norma di uno Stato membro avente carattere non fiscale, ha interpretato il concetto di "discriminazione" in termini molto rigorosi, ricomprendendo nel suo ambito non solo forme dirette (o palesi) di discriminazione, ma anche forme indirette (o dissimulate). Pertanto, anche la residenza può costituire un criterio sulla base del quale accertare se un trattamento riservato da uno Stato membro a cittadini non nazionali sia discriminatorio. Ancora di più, nel diritto tributario la residenza diventa l'unico criterio per accertare se una norma interna sia discriminatoria, dal momento che gli Stati membri assumono la residenza, e non la cittadinanza, come fondamento delle loro pretese impositive. Confermando tale indirizzo, la Corte, pronunciandosi nel caso *Biehl* sull'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 39, secondo paragrafo, del Trattato, ha sostenuto essere discriminatoria la norma di uno Stato membro che sanciva la non rimborsabilità delle ritenute d'imposta sugli stipendi e sui salari effettuate a carico di soggetti non residenti. Ma è con la sentenza *Schumacker* che la Corte ha meglio definito la nozione di discriminazione fiscale con riguardo alla residenza. Viene sancito che la disparità di trattamento tra soggetto residente e soggetto non residente non è più giustificabile, secondo la Corte, nel caso in cui il non residente non percepisca redditi significativi nello Stato in cui risiede e tragga la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato dell'occupazione. Più precisamente, ai fini della configurazione di una siffatta discriminazione devono manifestarsi un requisito oggettivo, ossia il diverso trattamento impositivo riservato da uno Stato membro ai soggetti non residenti rispetto a quello riservato ai soggetti residenti, ed un requisito soggettivo, rappresentato dalla circostanza che le conseguenze economiche negative derivanti dal diverso trattamento impositivo riservato dallo Stato della fonte non sono riconosciute nello Stato della residenza del soggetto domiciliato.

Gli articoli da 43 a 48 del Trattato, mirano, invece, a tutelare qualsiasi tipo di attività economica svolta in regime di non subordinazione ed in modo stabile. Beneficiari di tali disposizioni sulla libertà di stabilimento sono sia le persone fisiche che siano in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri sia le persone giuridiche. L'orientamento della Corte è desumibile dalla sentenza *Asscher*, in cui, superando l'interpretazione fornita nella precedente sentenza *Werner*, si considera discriminatorio il maggior trattamento impositivo di uno Stato membro nei confronti di un pro-

prio cittadino per il solo fatto che lo stesso sia residente in un altro Stato membro, subordinatamente alla condizione che tra i soggetti non residenti, ancorché cittadini dello Stato della fonte, e residenti non vi sia alcuna differenza obiettiva di situazione che possa giustificare tale disparità di trattamento. Per quel che concerne, invece, l'ambito soggettivo di applicazione del diritto di stabilimento delle società, esso è delineato nell'art. 48 del Trattato. Il requisito soggettivo della sede sociale assume una particolare rilevanza. Nella sentenza *Avoir Fiscal*, la Corte di Giustizia ha, infatti, precisato che, per le società, la sede sociale serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato. L'ammettere, quindi, che uno Stato membro possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro, svuoterebbe di contenuto la tutela accordata dall'art. 48, primo paragrafo, del Trattato. Successivamente, la Corte, riprendendo conclusioni già raggiunte nella sua giurisprudenza sulle persone fisiche, ha esteso, nel caso *Commerzbank AG*, la nozione di discriminazione non solo a sue forme di manifestazione palesi, fondate sulla cittadinanza, ma anche a forme indirette, fondate sulla residenza. La Corte di Giustizia prende dunque atto del principio della residenza fiscale, ancorché con notevole ritardo rispetto al suo tacito utilizzo. È innegabile, infatti, che proprio attraverso la residenza è stato finora possibile adempiere all'accordo programmatico di cui all'art. 293 del Trattato laddove si prevede che gli Stati membri avvieranno, tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità. Si pensi solo alle direttive nn. 434 e 435 del Consiglio del 23 luglio 1990, applicabili alle società che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, siano considerate come aventi il domicilio in tale Stato e, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con uno Stato terzo, non siano considerate come aventi tale domicilio fuori dalla Comunità.

È possibile a questo punto affermare che, per ciò che concerne il processo interpretativo del principio di non discriminazione in materia fiscale, la sentenza *Schumacker* rappresenta il momento culminante. Le successive sentenze della Corte si sono, infatti, uniformate all'orientamento interpretativo espresso in quella sentenza. È avallata la distinzione tra soggetti residenti e soggetti non residenti laddove si sostiene che *in materia di imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe*. Tale distinzione non è più ammissibile, secondo la Corte, allorquando il residente trae il proprio reddito totalmente o quasi esclusivamente dall'attività svolta nello Stato che attua la discriminazione, ossia lo Stato della fonte, e non percepisce nel pro-

prio Stato di residenza redditi sufficienti per essere ivi soggetto ad un'imposizione che consenta di prendere in considerazione la sua situazione personale e familiare. Tuttavia, l'interpretazione data dalla Corte nella sentenza *Schumacker* non risolve certo tutti i casi di discriminazione nei quali il non residente produce tutti i suoi redditi al di fuori del proprio Stato di residenza. Si immagini, per esempio, il caso di chi, essendo un cittadino residente di uno Stato membro, produce tutti i suoi redditi in altri due diversi Stati membri. In quest'ipotesi risulta soddisfatto solo uno dei requisiti previsti dalla Corte nella sentenza *Schumacker* e, cioè, il requisito della mancanza di un reddito nello Stato di residenza, ma non anche l'altro requisito costituito dalla produzione della quasi totalità del reddito in un solo altro Stato membro. Tutto ciò lascia presagire che la posizione della Corte sia lungi dall'essere definitiva e, probabilmente, sarà così fin tanto che il trattamento discriminatorio sarà valutato con riferimento alla mera posizione del non residente nello Stato della fonte (e quindi in confronto con i soggetti ivi residenti) senza aver riguardo cioè al carico fiscale totale (nello Stato della fonte ed in quello della residenza) cui è assoggettato il non residente. Peraltro, la Corte nella sentenza *Schumacker* nel valutare il trattamento discriminatorio del transfrontaliero ha sostenuto che la discriminazione deriva dal fatto che le circostanze personali e familiari non sono prese in considerazione né nello Stato della fonte né nello Stato della residenza. Così facendo la Corte non si è limitata a valutare il trattamento discriminatorio del non residente con riferimento al suo carico fiscale nel solo Stato della fonte, ma piuttosto alla luce del suo carico fiscale totale.

Se questa è la visuale corretta alla luce della quale valutare la discriminatorietà, rispetto alle disposizioni del Trattato, delle normative interne fiscali di uno Stato membro, non è arduo concludere che, stante l'esclusiva competenza degli Stati membri nel determinare le aliquote interne delle imposte dirette (e la conseguente diversità delle stesse), il rispetto delle disposizioni contenute nel Trattato postula che gli Stati membri rinuncino ad assoggettare ad imposizione il reddito prodotto nel proprio territorio dai soggetti residenti negli altri Stati membri. Una tale conclusione implicherebbe, per gli Stati membri, l'adozione, nei propri ordinamenti giuridici, di un sistema di tassazione territoriale ovvero l'introduzione, nell'ambito degli stessi ordinamenti, di un'esenzione per i redditi prodotti nel proprio territorio dai soggetti residenti in altri Stati membri.

Tax residency, fundamental freedoms and national antievasion laws (*)

Giuseppe Marino

1. Introduction: residency as a connection criterion

In our legal system, residency is a connection criterion of a personal nature that serves to limit the scope of application of the national tax law. In fact, in formulating tax law, the lawmaker cannot assume as a basis for taxation facts that lack any connection, whether objective or subjective, with the national territory. Rather, it must choose facts that anticipate a reasonable tie with the State's territory and legal system so that it is possible to evaluate them in terms of their contributory capacity.

It is well-known that there are two types of tax systems: in the territorial type of tax-system, taxation is levied on the basis of connection criteria having a real nature, that is, taxation is tied to income and to its sources; by contrast, in a worldwide type of system, connection criteria of a personal nature, that is, tied to the taxpayer's situation, are of greatest importance. But, it should be noted that worldwide taxation includes territorial taxation; there is no State in existence that, when imposing an income tax, relinquishes its right to subject income earned in its territory to taxation, and restricts itself to taxing that produced outside of its borders. The States that collect a tax on income wherever produced in the world by those who have a connection of a personal nature to their territories, exercise their sovereign power to levy taxes even on those persons who, even failing to have any connection of a personal nature with the territory, have produced income there. Therefore, the worldwide taxation and the territorial taxation on income frequently co-exist within the same tax system, depending upon whether or not a connection of a personal nature with the territory exists.

However much residency expresses a relationship between a person and a certain territory, there is, nevertheless, no unitary rule in the Italian legal system regarding it. In particular, residency, as defined for the purposes of tax law, is broader than residency as defined in the Civil Code.

In tax law, the term "residence" can mean a type of belonging to a certain territory. More precisely, it can refer to economic belonging, as

(*) Lecture held at the international Congress about "Tax jurisdictional criteria and European Union law", organized by the "Seconda Università" of Naples (Faculty of Law), the "Ordine Dottori Commercialisti of Naples" and this Review.

in the words of Luigi Einaudi, in reporting on the debate within the League of Nations in the 1920s, aimed at determining which State has the right to impose the tax, clarified that the dominant criterion was that of residency, defined as the “*place in which the taxpayer has his principal place of business and interests*”, a place that, again according to Einaudi, could be called one of *economic belonging*.

The category “residence” consists of different *types*, which are legally relevant according to the strength of the ties with the territory. In addition, one type, that of physical presence, which is deemed to constitute an appropriate factor for determining whether worldwide taxation or territorial taxation applies, must continue for a certain period of time so as to exclude transient persons as belonging to the territory (and, therefore, being subject to taxation).

Therefore, as to natural persons, another type of residence is considered to be where the person has his habitual abode, his domicile, which is intended to refer to the principal centre of his business and interests, and where he is enrolled in the registry of the resident population. Instead, as to persons other than natural persons, its type of residence refers to the central administrative office, namely, the place where administrative and managerial activity is carried out, the registered office, namely, the office stated in the articles of incorporation and the founding by laws, and the principal place of business, namely, the place where activity is actually carried out by a person other than a natural person.

In the Civil Code, the term residence simply refers to the place of habitual abode.

2. The transfer of residence as an evasive phenomenon

Given the fact that residency constitutes the personal connection criterion upon which States justify their taxing power, it is easy to understand how the transfer of residence could be viewed as an evasive behaviour, considering that all the States can be comparatively described as having high taxation or low taxation according to the fiscal pressure placed on their residents.

Transfer of residence can be categorised as belonging to the group of passive evasive behaviours. Within this group, it is the type of behaviour most rooted in the ethical-social field, serving as an ideal instrument for reconciling the conflict of interests (and legal positions) between the taxpayer, exercising his freedom to choose the most convenient tax regime for his personal situation, and the Tax Authority, pursuing its goal of ensuring that the maximum possible revenue is collected.

In analysing such problems, it is appropriate to make a distinction as to whether one is dealing with the transfer of residence of companies and firms, or with the residence of natural persons.

As to the residency status of companies and firms, the question is whether, when speaking of transfer of the corporate domicile abroad, one intends to refer to the registered office and/or the principal office for the management and administration of company affairs. If, on the one hand, it is necessary to obtain a shareholders resolution in order to effectuate the transfer, then residence refers to the registered office, identified in the by-laws, and, therefore, any relocation abroad of the principal office for management and administration is irrelevant. On the other hand, such a conclusion is by no means certain. Actually, different conclusions could be drawn from a reading of Arts. 2505 and 2509 of the Civil Code (replaced by Art. 25 of the Law of May 31, 1995, n. 218). In other words, when determining whether a company organized abroad should be subject to Italian law, the court must conduct a suitable investigation of the actual, substantial situation, without limiting itself to a review of the formal, apparent situation.

In the past, attention has been given to research on the impact of the lack of regulation of the tax effects of the transfer of a company's office under the Consolidated Income Tax Act (*Testo Unico delle Imposte sui Redditi*, "TUIR"), asking the question of whether such lack of regulation could legitimise *in re ipso* the argument for the tax irrelevance of the transaction.

The lawmakers sought to dispel such doubts governing the transfer of office by introducing Art. 20-bis of the TUIR, according to which: "*the transfer abroad of residence or of the office of persons that engage in commercial undertakings, that involve the loss of residence for the purposes of income taxation, constitutes realization, at normal values, of the income of the company or of the corporate unit, with the exception of monies poured into the permanent establishment located in the territory of the State.*"

The legislative measure is consistent with the regime of fiscal neutrality for cross-border mergers in which a company residing in Italy is incorporated into a company resident in another European Union Member State and is transformed into a permanent establishment of it in the territory of the State, a case not very different from the one at issue.

Notwithstanding the good intentions demonstrated by the lawmakers in regulating a case substantially similar to a cross-border merger, we can observe the lack of attention given to matters specifically addressing tax evasion. Consider the case of a company that decides to transfer its residence to a State with which Italy has concluded a Convention for the avoidance of double taxation by only changing its registered office and

its centre of administration. In such a case, the economic-corporate conditions of carrying out the undertaking's activity remain unchanged since the principal place of business remains in the territory of the State. No reasons not linked to the desire to evade taxation of income wherever produced in the world in the State *a quo*, which is restricted to a territorial taxation, for the purpose of obtaining more favourable taxation on a worldwide basis in the State *ad quem* exist. Therefore, the fact that the regulation of a company residing in Italy and incorporated by a non-resident company, is not greatly different, in principle, from that of a resident company that transfers its office abroad, does not justify the similarity of treatment guaranteed by Art. 20-bis of the TUIR, which does nothing but legitimise behaviour intended to reduce taxes levied.

Even types of transfer of residence of a company or firm other than from Italy to abroad, such as from abroad to Italy or from abroad to abroad, can incorporate considerable evasive behaviours under the tax law. Take, for example, the case of a company residing in Italy that controls a company residing in a tax haven that has never distributed gains—on the contrary, it always set them aside in a reserve and reinvested them. It could approve a resolution of a special shareholders meeting which authorises the Board of Directors of the controlled company to amend its by-laws providing for the transfer of residence from the tax haven, for example, to Luxembourg. The “exit” of the company from the tax haven and its “entrance” into the Grand Duchy of Luxembourg is characterised as (re)formation of a *société anonyme*, since it must furnish a minimum capital stock along with the associated shares. Following the transfer of the residence to Luxembourg, the company is able to distribute Community dividends that, according to Art. 96-bis of TUIR, do not count as income for the receiving company for an amount equal 95% of their value, on the condition that the direct participation in the company's capital is not less than 25% and has been held uninterruptedly for at least a year. In fact, as to the notion of distributed gains, Art. 96-bis of TUIR makes reference to those amounts originating from gains that were produced by the company, not placing any importance on the matter of whether they were produced before the company became a tax resident of Luxembourg, and whether or not the gains were subject to the *impôt sur le revenu des collectivités*.

2.1. As to the transfer of residence of natural persons, the basic rule in the Italian system is represented by Art. 2 of the TUIR which, in paragraph 2-bis, provides that “*are likewise considered residents, unless proven the contrary, Italian citizens whose names have been removed from the registry of the resident population and who have emigrated to States or terri-*

tories that have a preferential tax regime . . ." This inverts the burden of proof imposed on Italian citizens who emigrate to tax havens, and assists the Finance Administration in challenging false claims of foreign residency. It should be noted, in particular, that the evidence required does not need to prove residence abroad, but instead must show *non-residence* in Italy. According to Art. 83 of Law no. 448/1998, such provisions entered into force on January 1, 1999. The presumption of residence is applied to assessments occurring after that date, regardless of the fact that the registration in the Registry of Italian citizens abroad identifying the tax haven occurred prior to the effective date of the law.

It is interesting to observe how, in some cases, in the matter of international tax law, Italy generally approaches the issue from a substantive, rather than a procedural, viewpoint. For example, Art. 13, paragraph 5 of the Italo-British Convention of October 21, 1988, provides that "*the provisions of paragraph 4 (taxation of gains in the State of residence of the alienator) do not affect the right of a Contracting State to levy according to its laws a tax on the gains, deriving from the alienation of any property derived by an individual who: (a) is resident of the other Contracting State; and (b) has been a resident of the first-mentioned Contracting State at any time during the five years immediately preceding the alienation of the property; and (c) is not subject to tax on those gains in the other Contracting State*". The law seems formed *ad hoc* in order to avoid the situation in which a resident of Italy who transfers himself to the United Kingdom and acquires residence, but is not yet domiciled, there and sells stock participation can claim exemption from taxation in both contracting States.

212

2.2. Still on the subject of transfer of residence of a company and a natural person as an evasive phenomenon, the potential implications of the anti-evasion law contained in Art. 37-*bis*, of the Decree of the President of the Republic no. 600 dated September 29, 1973 need to be reviewed. The question is whether the transfer of residence may fall within the scope of application of this law. To answer this, it is necessary to make a distinction between whether one is dealing with the transfer from Italy to abroad, from abroad to abroad, or from abroad to Italy.

As to the first situation, that of transfer of residence from Italy to abroad that may include behaviours intended (even exclusively) to obtain a tax reduction, we can conclude that Art. 37-*bis*, of the Decree of the President of the Republic no. 600/73 does not apply since Art. 20-*bis* of the TUIR, born as an anti-evasion provision among those enacted by the legislative decree of February 23, 1995 no. 41, already applies and it would be inconsistent to not place it on a level of equal respect with the subsequent anti-evasion law.

Looking, instead, at the transfer of residence from abroad to abroad, aimed at transforming dividends distributed by a company residing in a tax haven into dividends distributed by a company residing within the European Union, the inapplicability of Art. 20-*bis* of the TUIR is clear. This is because a non-resident company does not have a connection either before or after the transfer with the territory. Instead, we turn to an analysis of the possible applicability of Art. 37-*bis* of the Decree of the President of the Republic no. 600/73. The resulting tax advantages to the parent company residing in Italy through Art. 96-*bis* of TUIR on Community fiscally legitimate dividends are disallowed by the tax system viewed as a whole, precisely in light of Art. 96, paragraph 1-*bis* of the TUIR. One could, in addition, view the special shareholders meeting, in which the resident parent company participates and which passes resolution on the transfer of residence from the tax haven to an European Union Member State, and to the reformation of the company in the State *ad quem*, as a series of connected actions and measures devoid of valid economic reasons, aimed at obtaining a reduction in taxes to which it would otherwise not be entitled. Nevertheless, some outline of interpretive legitimacy can be seen in tracing back a series of actions by a different legal person to the evasive behaviour of the resident parent company. In addition, it does not appear possible to find one of the transactions—whose existence is necessary to allow the Finance Administration to challenge the parent company for evasive conduct—mentioned in Art. 37-*bis*, paragraph 3, of the Decree of the President of the Republic no. 600/73 in the behaviour of the resident parent company who instigated such series of acts.

21

As to the transfer of residence from abroad to Italy with the goal of obtaining a tax credit on the dividends distributed by a participating company residing in the territory of the State, the comments made above apply, with the difference that, in this case, the series of connected actions are directly performed by the legal person who obtains the tax reduction. However, even in this instance, it does not seem, in the behaviour of the company that acquired tax residency in Italy, possible to find one of the transactions mentioned in Art. 37-*bis*, paragraph 3 of the Decree of the President of the Republic no. 600/73.

The applicability of Art. 37-*bis* to the transfers of residence from Italy to abroad by natural persons still remains to be examined. One should start by saying that a natural person's decision to emigrate can involve a series of interests and implications beyond those simply economic and instead may involve the rights of the person, with the result that the lack of valid economic reason for the transfer cannot in itself constitute evidence of evasion. However, when you also consider the transfer in the

context of the connected actions, facts, and transactions that lack valid economic justification, and are directed at obtaining tax allowances, it is difficult to argue that Art. 37-*bis* applies. Transactions that could fall within the scope of evasive behaviour by natural persons are those mentioned in Art. 37-*bis*, paragraph 3, letter *f*), regarding the transfer of corporate shares. Also, Art. 20 of the TUIR includes among income produced in the territory of the State capital gains deriving from the transfer for valuable consideration stock in resident companies, with the exclusion of those deriving from the transfer for valuable consideration of stock in non-qualified resident companies, dealing in regulated markets, even if held in the territory of the State. It is only with reference to these latter that a substantial difference between a resident natural person and a non-resident natural person becomes apparent. The transfer of residence abroad by a natural person for the purpose of transferring corporate shares held in a company not residing in Italy could be used advantageously in terms of evasive conduct. In such a case, since there is no law requiring a natural person to maintain a fixed address for holding his assets, the exercise of the sovereign power to impose taxes by the State *a quo*, namely, Italy, does not exist. Certainly, however, the transfer of residence abroad made by the natural person only for the purpose of removing oneself from Italy which taxes worldwide income, to a place that restricts itself to territorial taxation, cannot be traced back to evasive conduct. The transactions considered are objectively understood to be in favour of the taxpayer and cannot be disregarded.

2.3. But, on this point, we should expand our analysis to anti-evasion laws adopted by some European Union Member States. In particular, it could be interesting to observe the relationship between the national anti-evasion laws and the freedom of transfer/establishment within a Community-wide scope. In other words, it is possible that some anti-evasion tax laws are barriers to freedom of movement of persons under Community law, and therefore conflict with the principles contained in the Treaty of Rome. We should consider some laws that recall the principle enacted in the Italian legal system by Art. 20-*bis* of the TUIR, by applying it to natural persons. Remember that natural persons are not, in the event of transfer of residence abroad, required to maintain a fixed address for their assets, with the related latent capital gains. However, for the purpose of subjecting such latent capital gains to taxation, natural persons remain subject to the sovereign taxing power of the State *a quo*, even after or following the transfer. Indeed, in some tax systems, whether outside the Community or within, such tax obligation has been asserted for some time. For example, as to non-Community countries, there is the so-called Canadian

departure tax that is applied on those persons who cease to be residents for tax purposes in Canada, regardless of whether or not the transferor is a Canadian citizen, and the United States *alternative tax*, that assumes the form of an anti-evasion law, according to which American citizens who, within the span of ten years from the transfer of their residence outside United States territory lose American citizenship, are subject to an alternative tax, if the loss has as one of its principal purposes saving on taxes.

Looking at the situation within the Community, first to be considered is the so-called *exit tax* provided for under the Austrian system. Such tax becomes applicable at the time in which the Austrian Tax Authority loses its power to subject to taxation matured, but latent, unrealised capital gains. Therefore, if the taxpayer moves to a Member State with which Austria has entered into a Convention for the avoidance of double taxation, the so-called *exit tax* would be applicable if, according to the Convention, Austria could not tax the taxpayer who moved as to the possession of shares in a company residing in Austria. However, if, still according to the Convention, Austria retains its power to tax the person after the transfer, the so-called *exit tax* would not be applicable at the time of the transfer. Despite this, the situation is not so clear. In the case of the Convention for the avoidance of double taxation in force between Austria and the Netherlands, the fifth paragraph of Art. 14 provides that, a person who moves from Austria to Holland, for a period of five years from such transfer, can still be subject to taxation on capital gains produced on the alienation of shares of companies residing in Austria. But what is more important is the fact that it is not (yet) clear whether the so-called *exit tax* could also be applied following the expiration of the five-year period. The problem could also arise in the case in which, at the time of the transfer, the tax was owed, but the capital gain, although matured, was not yet realized. In such circumstances, the payment of such tax could constitute a barrier to the exercise of the fundamental freedoms sanctioned by the Treaty of Rome.

21

This is even more true with regard to the German system where an *exit tax* similar to the Austrian one exists. Such a tax would seem to be in conflict with the Community system in which the Conventions for the avoidance of double taxation signed by Germany with other Member States do not work in coordination with one another.

In addition, the manner of payment of the tax is also revealing. In both the Austrian system and the German system, in every case in which this payment of the tax cannot be deferred, a clear barrier of a tax nature to the transfer of residence exists.

Still within the Community scope is the so-called Dutch *exit tax*, applicable on latent capital gains from qualified shares owned by natural

persons, who are not necessarily dutch citizens, who transfer definitively their residence outside of the Netherlands. However, in this case, the taxpayer, if he produces a sufficient security to the dutch Finance Administration, has the opportunity to opt for a "preserving assessment" (assessment of the tax that will only later be recovered).

2.4. At this point, it is clear that a similar type of tax can, in certain cases, act as a barrier to the freedom of transfer and establishment. However, the European Court of Justice has not yet expressed an opinion on the compatibility of such taxes with the Community system. Different observations can, however, help to better frame the issue. First of all, although the European Court of Justice has many times considered some forms of taxation discriminatory against *non-resident* persons (of which more will be said later), the *exit tax* is a tax that burdens persons who are still *residents* in the country that applies the tax. In addition, and this is probably the point on which to focus most of our attention, considering, on the one hand, that the goal of the so-called *exit taxes* is to guarantee the States' claimed taxing power on matured capital gains, and, on the other, that the right of the Community citizen to exercise the freedoms guaranteed by the Treaty has limitations, we are led to the conclusion that the Member States have the right to enact provisions protecting their taxing interests, as was stated in the *Daily Mail* decision. Besides this, it is necessary to evaluate the manner in which the tax is actually applied: the methods of payment of the taxes and the related consequences we have already discussed, and instead we now refer to a possible tax credit recognized in the country of emigration related to the tax paid in the country of immigration. Surely the existence of such expectation certainly impedes the possibility that there is international double taxation, and could to some extent alleviate the barriers of a tax nature to the movement of persons between the Member States.

The safeguard of the financial interests of the Member States, namely their tax revenue, through the application of an *exit tax*, could therefore be considered behaviour in line with the policy of each Member State by the European Court of Justice. Moreover, the conclusion that the right of each Community citizen to exercise the freedoms sanctioned by the Treaty could be subject to some limitations, may be reached, apart from the case histories of the Court of Justice (*Futura* decision), by looking at the fourth consideration of Directive no. 434 of 1990: "Whereas the common tax system ought to avoid the imposition of tax in connection with mergers, divisions, transfers of assets and exchange of shares, while at same time safeguarding the financial interests of the State of the transferring or acquired company". Although it is true that, as to direct taxation, the Eu-

European Court of Justice has intervened on several occasions censuring behaviour deemed discriminatory towards *non-resident* persons who were exercising the rights guaranteed by the Treaty, the concept of *exit tax* is different since it is applied to persons that could still be considered *residents*. This does not mean, however, that the application of such tax, as we have seen, does not form a barrier to the free movement of persons. It has been suggested that a helpful criterion for escaping the *impasse* could be a sort of *proportionality test*: one must evaluate whether the tax measure adopted by the Member State goes beyond what is necessary, as seems to come through from the decision of the Court of Justice in the *Futura* case.

3. Freedom of establishment and tax residency

In order to better understand the links between freedom of establishment in a Community context and residence for tax purposes, we should take our cue from the case law interpretation of the Treaty of Rome, devoted to confirming (above all with regard to natural persons) that the freedoms of establishment and of settlement in the Member States is due to all Community citizens wherever they are residing within the European Union. Not only, therefore, can there not be discrimination between persons on the basis of citizenship, but even, in some cases, on the basis of residence for tax purposes.

Looking closer at the provisions of the Treaty that govern the free movement of workers contained in Articles 39 through 42, they state that *the free movement of workers within the Community involves the abolition of any form of discrimination, based upon nationality, between the workers of the Member States, as regards employment, remuneration, and other conditions of work*. In particular, we can derive from this that the subjective scope of application of the freedom at issue applies when three conditions are met: (i) there is a citizen of a Member State; (ii) the work to be done is performed in a Member State other than the worker's State of origin; (iii) the work to be done is in the nature of employment. What should be noticed, for mere fiscal purposes, is the first condition, since it, in the tax case law of the European Court of Justice, has been interpreted as not being limited only to citizenship, but has also been extended to residency. In fact, the Court, having already rendered decision on the subjective scope of application of Art. 12 of the Treaty with regard to its possible violation by a law of a non-tax character of a Member State, interpreted the concept of "discrimination" in very strict terms, including in its scope not only direct (or manifest) forms of discrimination, but also indirect (or hid-

den) forms. Moreover, even residency can constitute a criterion by which to assess whether a treatment reserved by one Member State to non-national citizens is discriminatory. Even more, in tax law, residence becomes the sole criterion for assessing whether an internal law is discriminatory, since the Member States use residency, and not citizenship, as the foundation for their claimed taxing power. Confirming such trend, the Court in passing judgement in the *Biehl* case on the subjective scope of application of Art. 39, second paragraph, of the Treaty, held a Member State law that decreed that withholdings from the paychecks and on the salaried made on non-resident persons to be non-reimbursable to be discriminatory. But it is with the *Schumacker* decision that the Court best described the notion of tax discrimination as to residency. It stated that inequality of treatment between resident and non-resident persons could not be justified in the case in which the non-resident does not receive significant income in the State in which he lives and receives the essential part of this taxable resources from an activity carried out in another State where he is employed. More specifically, in order to prove that discrimination exists, the following must be met: an objective requirement, namely show the different tax treatment reserved by a Member State to non-resident persons compared to that reserved to resident persons, and a subjective requirement, represented by the fact that the negative economic results deriving from different tax treatment reserved by the State of origin are not recognized in the State of residency of the domiciled person.

Articles 43 through 48 [52 through 58] of the Treaty, aim, instead, to protect any type of economic activity carried out in a regime of self-employment in a constant manner. Beneficiaries of such provisions on the freedom of establishment are both natural persons who hold citizenship in one of the Member States and legal persons. The trend of the Court's decision-making can be inferred from the *Asscher* decision, in which, going beyond the interpretation provided in the *Werner* decision, held discriminatory the harsher tax treatment of a Member State of its own citizen for the sole reason that the person was a resident of another Member State, and secondarily because between non-resident persons, even though citizens of the State of origin, and resident persons, there is no objective difference of position that could justify such inequality of treatment. Instead, the subjective scope of application of the right of establishment of companies is defined in Art. 48 [58] of the Treaty. The subjective requirement of the company's registered office is particularly relevant. In the *Avoir Fiscal* decision, the European Court of Justice, in fact, specified that, for companies, the registered office is used to determine a company's connection to the legal system of the State, just a citizenship is used for a natural person. Therefore, to allow a Member State to freely

reserve different treatment on the sole basis that the company's registered office is located in another Member State would deprive the company of the protections accorded by Art. 48 [58], first paragraph, of the Treaty of meaning. Subsequently, the Court, re-addressing conclusions already reached in its case law on natural persons, extended, in the *Commerzbank AG* case, the notion of discrimination not only to its clearly manifest forms, based on citizenship, but also to its indirect forms, based on residence. The European Court of Justice therefore took notice of the principle of tax residence, although notably later than it tacitly made use of the concept. It is undeniable that by using residency it is now possible to undertake the agreement mentioned in Art. 293 of the Treaty which provides that the Member States will begin negotiations amongst themselves, to the extent necessary, to guarantee on behalf of their citizens the elimination of double taxation within the Community. For example, look at Directives nos. 434 and 435 of the Council dated July 23, 1990, applicable to companies which, according to the tax laws of the Member State, are considered to be domiciled in that State and, according to a Convention on double taxation concluded with a third state, are not considered to be domiciled outside of the Community.

At this point, we can assert that, as to the interpretation of the principle of non-discrimination with regard to tax matters, the *Schumacker* decision represents the culminating moment. The subsequent decisions of the Court, in fact, conform to the interpretive trend stated in that decision. It supports the distinction between resident and non-resident persons in holding *in the matter of direct taxes the position of residents and that of non-residents are not as a rule analogous*. Such distinction is no longer permissible, according to the Court, when the resident draws his income entirely or almost exclusively from activity carried out in the State that makes the discrimination, namely, the State of origin, and does not receive, in the State of residence, income sufficient in order to be subject to taxation there that allows consideration of his personal and familial situation. However, the interpretation given by the Court in the *Schumacker* decision does not resolve with certainty all cases of discrimination in which the non-resident produces all his income outside of his State of residence. One can imagine, for example, the case of someone being a resident citizen of one Member State, who produces all his income in two other, different Member States. In this situation, only one of the requirements provided by the Court in the *Schumacker* decision is satisfied—the requirement of lack of an income in the State of residence—but does not also meet the other requirement consisting of the production of almost all his income in only one other Member State. This leaves us with the conclusion that the Court's position is far from

being definitive and, probably will be so until the discriminatory treatment will be evaluated with regard to the mere position of the non-resident in the State of origin (and therefore in comparison with the persons residing there) without regard to the overall tax burden (in the State of origin and in that of residence) to which the non-resident is subject. Moreover, the Court in the *Schumacker* decision, in evaluating the discriminatory treatment of cross-border workers, held that the discrimination derives from the fact that the personal and familial circumstances are not taken into consideration in either the State of origin or in the State of residence. In so doing, the Court has not restricted itself to evaluating the discriminatory treatment of non-residents as to their tax obligations in just the State of origin, but instead in light of their overall tax obligations.

If this is the correct view under which to evaluate the discriminatory character of the internal tax laws of a Member States in comparison with the provisions of the Treaty, it is not hard to conclude that, because of the exclusive competence of the Member States in determining their internal direct tax rates (and their consequent diversity), the observance of the provisions contained in the Treaty postulates that the Member States renounce their right to subject to taxation income produced in their territory by persons residing in other Member States. Such conclusion would involve, for the Member States, the adoption in their legal frameworks of a system of territorial taxation or the introduction, in those systems, of an exemption for income produced in their territories by persons resident in other Member States.

Sezione II - Giurisprudenza
Section II - Decisions of the Courts

II – A) Giurisprudenza dell’Unione Europea
EU Case-law

Corte di Giustizia delle Comunità europee
European Court of Justice

Rassegna a cura della Redazione di Napoli
(Review from the Editorial Staff of Naples)

* * * * *

1A) JUDGMENT OF THE COURT (Second Chamber)
18 January 2001 (Case C-113/99)

“Directive 69/335/EEC - Indirect taxes on the raising of capital - Minimum tax on capital companies”

REFERENCE to the Court under Article 177 of the EC Treaty (now Article 234 EC) by the Verwaltungsgerichtshof (Austria) for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between

Herta Schmid, acting as insolvency administrator for P.P. Handels GmbH, in liquidation,

and

Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland

on the interpretation of Article 10 of Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital (OJ, English Special Edition 1969 (II), p. 412), as amended by Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985 (OJ 1985 L 156, p. 23),

THE COURT (Second Chamber),

in answer to the question referred to it by the Verwaltungsgerichtshof by order of 17 March 1999, hereby rules:

On its proper construction, Article 10 of Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital, as amended by Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, does not preclude the levying, as against insolvent capital companies lacking own revenue or whose annual revenue does not exceed a certain amount, of a minimum tax, such as that at issue in the main proceedings, payable for each quarter in respect of which those companies have unlimited liability to corporation tax.

* * * * *

1B) SENTENZA DELLA CORTE (Seconda Sezione)
18 gennaio 2001 (Causa C-113/99)

**“Direttiva 69/335/CEE - Imposte indirette sulla raccolta di capitali -
Imposta minima sulle società di capitali”**

Nel procedimento avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Verwaltungsgerichtshof (Austria) nella causa dinanzi ad esso pendente tra

Herta Schmid, in qualità di curatore del fallimento della P.P. Handels GmbH, in liquidazione,

e

Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland,
domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, pag. 25), come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE (GU L 156, pag. 23),

224

LA CORTE (Seconda Sezione),

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 17 marzo 1999, pervenuta alla Corte il 6 aprile seguente, il Verwaltungsgerichtshof ha sottoposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, pag. 25), come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE (GU L 156, pag. 23; in prosieguo: la «direttiva 69/335».

2. Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la signora Schmid, in qualità di curatore del fallimento della P.P. Handels GmbH (in prosieguo: la «Handelsgesellschaft»), e la Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (amministrazione delle finanze; in prosieguo: la «Finanzlandesdirektion») relativamente al pagamento dell'imposta minima sulle società.

La normativa comunitaria

3. Come risulta dal primo 'considerando, la direttiva 69/335 mira a promuovere la libera circolazione dei capitali, considerata come una delle condizioni essenziali per la creazione di un'unione economica con caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno.

4. In base al sesto 'considerando della direttiva 69/335, il perseguimento di una tale finalità presuppone, per quanto riguarda l'imposizione che colpisce la raccolta dei capitali, la soppressione delle imposte indirette fino ad allora in vigore negli Stati membri e l'applicazione, al loro posto, di un'imposta riscossa una sola volta nel mercato comune e di pari livello in tutti gli Stati membri.

5. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva 69/335:

«Sono sottoposti all'imposta sui conferimenti le operazioni seguenti:

a) la costituzione di una società di capitali;

b) la trasformazione in società di capitali di una società, associazione o persona giuridica che non sia una società di capitali;

c) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura;

d) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura, remunerato non con quote rappresentative del capitale o del patrimonio stesso, bensì con diritti della stessa natura di quelli dei soci (...)(...)).»

6. L'art. 4, n. 1, lett. e)-h), della direttiva 69/335, prevede che il trasferimento della sede della direzione effettiva o della sede statutaria di una società di capitali da un paese terzo o da un altro Stato membro in uno Stato membro è anch'esso assoggettato all'imposta sui conferimenti.

7. L'art. 4, n. 2, della direttiva 69/335, elenca le differenti operazioni che possono essere assoggettate all'imposta sui conferimenti; esse sono:

«a) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante incorporazione di utili, riserve o provvigioni;

b) l'aumento del patrimonio sociale di una società di capitali mediante prestazioni effettuate da un socio che non implicano l'aumento del capitale sociale, ma che trovano la loro contropartita in una modifica dei diritti sociali ovvero che possano aumentare il valore delle quote sociali;

c) il prestito contratto da una società di capitali, se il creditore ha diritto ad una quota degli utili della società;

d) il prestito contratto da una società di capitali presso un socio, un congiunto o un figlio di un socio, nonché quello contratto presso un terzo quando esso è garantito da un socio, a condizione che tali prestiti abbiano la stessa funzione di un aumento del capitale sociale».

8. La direttiva 69/335 prevede anche, in base al suo ultimo 'considerando, la soppressione di altre imposte indirette che presentano le stesse caratteristiche dell'imposta sui conferimenti o dell'imposta di bollo il cui mantenimento rischia di rimettere in questione le finalità perseguite dai provvedimenti previsti da tale direttiva. Queste imposte, la cui riscossione è vietata, sono in particolare elencate all'art. 10 della direttiva 69/335, in base al quale:

«Oltre all'imposta sui conferimenti, gli Stati membri non applicano, per quanto concerne le società, associazioni o persone giuridiche che perseguono scopi di lucro, nessun'altra imposizione, sotto qualsiasi forma:

a) per le operazioni previste all'articolo 4;

b) per i conferimenti, prestiti o prestazioni, effettuati nel quadro delle operazioni previste all'articolo 4;

c) per l'immatricolazione o per qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività, alla quale una società, associazione o persona giuridica che persegue scopi di lucro può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica».

9. L'art. 12, n. 1, della direttiva 69/335, stabilisce un elenco esauriente delle imposte e dei diritti diversi dall'imposta sui conferimenti ai quali, in deroga agli artt. 10 e 11, le società di capitali possono essere assoggettate in occasione delle operazioni contemplate da queste ultime disposizioni (v., ad esempio, sentenza 2 febbraio 1988, causa 36/86, Dansk Sparinvest, Racc. pag. 409, punto 9).

La normativa nazionale

10. In base all'art. 1 del Körperschaftsteuergesetz 1988 (legge relativa all'imposta sulle società), del 7 luglio 1988 (BGBl. n. 401/1988; in prosieguo: la «KStG 1988»), sono illimitatamente assoggettate all'imposta le società che

hanno nel territorio nazionale la loro direzione o la loro sede. Per società in base a questa disposizione si intendono le persone giuridiche di diritto privato, le imprese industriali o commerciali di organismi di diritto pubblico, nonché le associazioni non dotate di personalità giuridica, le istituzioni, le fondazioni ed altri patrimoni di destinazione.

11. Ai sensi dell'art. 4, n. 1, del KStG 1988, le persone giuridiche di diritto privato sono soggette all'imposta sulle società dal momento in cui l'atto che costituisce il loro fondamento giuridico, quale lo statuto, il contratto di società o l'atto di fondazione, è determinato ed esse per la prima volta appaiono ai terzi.

12. In base all'art. 7, n. 1, del KStG 1988, l'imposta sulle società ha come base imponibile il reddito annuo delle società illimitatamente assoggettate ad imposta. In base all'art. 22, n. 1, del KStG 1988, l'aliquota di tale imposta è del 34%.

13. L'art. 24, n. 4, del KStG 1988, nella sua versione vigente al tempo della controversia di cui alla causa principale (BGBl. n. 680/1994), stabilisce:

«Le società di capitali illimitatamente assoggettate ad imposta - ad eccezione delle società affiliate ai sensi dell'art. 9, n. 2 - devono versare un'imposta minima di ATS 3 750 ogni trimestre completo per il quale esiste l'assoggettamento illimitato. Questa imposta minima è imputabile, a concorrenza dell'importo che eccede il debito fiscale effettivo a titolo dell'imposta sulle società, come un anticipo - ai sensi dell'art. 45 dell'Einkommensteuergesetz 1988 - sul debito fiscale effettivo a titolo dell'imposta sulle società, sotto nel corso del periodo di imposizione o dei sette periodi di imposizione seguenti, in quanto il debito fiscale effettivo a titolo dell'imposta sulle società eccede l'imposta minima che risulta dalla prima fase per questo periodo di imposizione».

227

14. Nel 1996, una legge di modifica (BGBl. n. 201/1996) ha portato l'importo dell'imposta minima dovuta ogni trimestre a ATS 12 500 e la limitazione di imputazione di quest'ultima ai sette periodi di imposizione seguenti è stata soppressa. Quest'ultimo provvedimento è stato esteso agli anni 1994-1996, in applicazione di una nuova legge di modifica (BGBl. n. 70/1997).

La causa principale e la questione pregiudiziale

15. Dall'ordinanza di rinvio risulta che la Finanzlandesdirektion ha emesso un avviso di imposta nei confronti della Handelsgesellschaft chiedendo il

pagamento dell'importo di ATS 15 000 a titolo dell'imposta minima sulle società di capitali per il 1996, mentre questa stessa società non aveva percepito alcun reddito durante tale anno.

16. L'attrice nella causa principale, nominata curatore del fallimento della *Handelsgesellschaft* con atto 19 marzo 1996, ha presentato un reclamo contro questo avviso di imposta dinanzi alla *Finanzlandesdirektion*. Poiché il suo reclamo è stato respinto, essa ha interposto appello dinanzi al *Verfassungsgerichtshof*, il quale ha rimesso la causa dinanzi al *Verwaltungsgerichtshof*. Dinanzi a tale giudice, l'attrice nella causa principale ha fatto valere in particolare che l'obbligo di pagare l'imposta minima sulle società di capitali era incompatibile con l'art. 10 della direttiva 69/335.

17. Nutrendo dubbi sulla compatibilità dell'imposta minima sulle società di capitali con tale direttiva, il *Verwaltungsgerichtshof* ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'articolo 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali si opponga alla riscossione, nel 1996, di un'imposta ai sensi dell'articolo 24, n. 4, della legge sull'imposta sulle società del 1988 nella formulazione della legge federale n. 680/1994 pubblicata nel *Bundesgesetzblatt* (Gazzetta Ufficiale federale)».

228

Sulla questione pregiudiziale

18. Con tale questione, il giudice nazionale chiede in sostanza se l'art. 10 della direttiva 69/335 vada interpretato nel senso che si oppone alla riscossione, a carico delle società di capitali che, trovandosi in fallimento o in liquidazione, non dispongono di alcun reddito o il cui reddito annuo non oltrepassa un certo importo, di un'imposta minima, quale quella di cui trattasi nella causa principale, dovuta per ogni trimestre di assoggettamento illimitato di tali società all'imposta sulle società.

19. A tal riguardo, occorre constatare, innanzi tutto, che le operazioni di cui all'art. 4 della direttiva 69/335, alle quali si riferisce l'art. 10, lett. a) e b), o sono caratterizzate dal trasferimento di capitali e di beni ad una società di capitali nello Stato membro che riscuote l'imposta, o si traducono in un aumento effettivo del capitale o del patrimonio sociale delle società (sentenza 27 ottobre 1998, causa C-4/97, *Nonwoven*, Racc. pag. I-6469, punto 20).

20. Orbene, occorre constatare, come ha fatto l'avvocato generale al punto 14 delle sue conclusioni, che un'imposta minima sulle società, quale quella di cui trattasi nella causa principale, viene riscossa per ogni trimestre di assoggettamento illimitato di una società di capitali all'imposta sulle società. Essa non presuppone alcuna operazione implicante un movimento di capitali o di beni - né in forma di trasferimento né in forma di aumento - e non corrisponde quindi a nessuna delle operazioni imponibili enumerate nell'art. 4 della direttiva 69/335.

21. Occorre ricordare poi che, ai sensi dell'art. 10, lett. c), di tale direttiva, oltre all'imposta sui conferimenti, sono vietate le imposte sulle registrazioni o su qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività alla quale una società può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica. Questo divieto è giustificato dal fatto che, anche se i tributi di cui trattasi non colpiscono i conferimenti di capitali in quanto tali, essi sono tuttavia riscossi per le formalità connesse alla forma giuridica della società, vale a dire a motivo dello strumento usato per raccogliere capitali, per cui il loro mantenimento rischierebbe di mettere in discussione anche gli scopi perseguiti dalla direttiva 69/335 (v., in particolare, sentenze 21 settembre 2000, causa C-19/99, *Modelo*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 24, e 26 settembre 2000, causa C-134/99, *IGI*, punto 22, non ancora pubblicata in *Raccolta*).

22. A tal riguardo, è importante rilevare, da un lato, che è pacifico che l'imposta minima sulle società di capitali non presenta alcun nesso formale con la registrazione delle società che sono ad essa assoggettate. Infatti, la registrazione di una società nel registro delle società non è subordinata al pagamento di tale imposta e il mancato pagamento di quest'ultima non comporta la cancellazione della società da tale registro.

23. D'altra parte, l'imposta minima sulle società di capitali non è collegata all'adempimento di formalità preliminari all'esercizio di un'attività alle quali queste società possono essere sottoposte in ragione della loro forma giuridica.

24. Si deve rilevare infine che, come risulta dal titolo, la direttiva riguarda solo «le imposte indirette sulla raccolta di capitali» e che, in conformità alla giurisprudenza della Corte, l'armonizzazione prevista dalla direttiva 69/335 non riguarda le imposte dirette le quali, come imposta sui redditi delle società, rientrano nell'ambito delle competenze proprie degli Stati membri (sentenza 26 settembre 1996, causa C-287/94, *Frederiksen*, *Racc. pag.* I-4581, punti 17 e 21).

25. Poiché il giudice nazionale ha ritenuto che l'imposta minima sulle società di cui trattasi nella causa ad esso sottoposta potrebbe in taluni casi essere considerata un'imposta indiretta, occorre rilevare che, dalla giurisprudenza della Corte, risulta che la qualificazione di un'imposta, tassa, dazio o prelievo, alla luce del diritto comunitario deve essere compiuta dalla Corte in base alle caratteristiche oggettive del tributo, indipendentemente dalla qualificazione che gli viene attribuita nel diritto nazionale (v., in particolare, sentenza *Nonwoven*, sopra menzionata, punto 19).

26. A tal riguardo, occorre constatare, come ha fatto l'avvocato generale al punto 16 delle sue conclusioni, che l'imposta minima sulle società di capitali deriva direttamente dall'assoggettamento illimitato di una società di capitali all'imposta sulle società. Risulta inoltre dalle modalità di tale imposta che si tratta di un anticipo sull'importo del debito fiscale effettivo a titolo dell'imposta sulle società in un dato periodo dell'imposizione. In sostanza, non si tratta quindi, come ha rilevato l'avvocato generale al punto 17 delle sue conclusioni, di un'imposta indipendente dal reddito come l'ha ritenuta il giudice nazionale.

27. Da tutte le considerazioni che precedono risulta che un'imposta minima sulle società di capitali, quale quella di cui trattasi nella causa principale, non presenta le stesse caratteristiche delle imposte indirette in forza dell'art. 10 della direttiva 69/335.

28. Pertanto, occorre risolvere la questione posta dichiarando che l'art. 10 della direttiva 69/335 deve essere interpretata nel senso che non si oppone alla riscossione, a carico delle società di capitali che, trovandosi in stato di fallimento o di liquidazione, non dispongono di alcun reddito o il cui reddito annuo non supera un certo importo, di un'imposta minima, quale quella di cui trattasi nella causa principale, dovuta per ogni trimestre di assoggettamento illimitato di tali società all'imposta sulle società.

Sulle spese

29. Le spese sostenute dai governi austriaco e portoghese, nonché dalla Commissione, che 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 (Seconda Sezione)

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Verwaltungsgerichtshof, con ordinanza 17 marzo 1999, dichiara:

L'art. 10 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE, deve essere interpretato nel senso che non si oppone alla riscossione, a carico delle società di capitali che, trovandosi in stato di fallimento o di liquidazione, non dispongono di alcun reddito o il cui reddito annuo non supera un certo importo, di un'imposta minima, quale quella di cui tratta si nella causa principale, dovuta per ogni trimestre di assoggettamento illimitato di tali società all'imposta sulle società.

2A) JUDGMENT OF THE COURT (Fifth Chamber)
26 September 2000 (Case C-134/99)

“Directive 69/335/EEC - Indirect taxes on the raising of capital - Charges for entries in a national register of legal persons - Duties paid by way of fees or dues”

REFERENCE to the Court under Article 177 of the EC Treaty (now Article 234 EC) by the Supremo Tribunal Administrativo, Portugal, for a preliminary ruling in the proceedings pending before that court between

IGI - Investimentos Imobiliários SA

and

Fazenda Pública, in the presence of : **Ministério Público**,

on the interpretation of Articles 4, 10 and 12(1) of Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital (OJ, English Special Edition 1969 (II), p. 412), as amended by Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985 (OJ 1985 L 156, p. 23),

THE COURT (Fifth Chamber),

in answer to the questions referred to it by the Supremo Tribunal Administrativo by decision of 17 March 1999, hereby rules:

1. Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital, as amended by Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985, must be interpreted as meaning that charges, such as those at issue in the main proceedings, which are levied for entering an increase in the share capital of a capital company in a national register of legal persons constitute a tax for the purposes of the directive.

2. Charges payable for entering an increase in the share capital of a capital company in a national register of legal persons are, where they amount to a tax for the purposes of Directive 69/335, as amended by Directive 85/303, in principle prohibited under Article 10(c) thereof.

3. ‘Fees or dues within the meaning of Article 12(1)(e) of Directive 69/335, as amended by Directive 85/303, do not cover charges levied for entering an increase in the share capital of a capital company in a national register of legal persons, such as the charges at issue in the main proceedings, the amount of which increases in direct proportion to the share capital raised and in respect of which there is no upper limit.

4. Article 10 of Directive 69/335, as amended by Directive 85/303, creates rights on which individuals may rely in proceedings before the national courts.

* * * * *

2B) SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

26 settembre 2000 (Causa C-134/99)

“Direttiva 69/335/CEE - Imposte indirette sulla raccolta di capitali - Diritti di iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche - Diritti di carattere remunerativo”

Nel procedimento avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), dal Supremo Tribunal Administrativo (Portogallo), nella causa dinanzi ad esso pendente tra

IGI - Investimentos Imobiliários SA

e

Fazenda Pública, interveniente: Ministério Público,

233

domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 4, 10 e 12, n. 1, della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, pag. 25), nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE (GU L 156, pag. 23),

LA CORTE (Quinta Sezione),

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con decisione 17 marzo 1999, pervenuta in cancelleria il 19 aprile successivo, il Supremo Tribunal Administrativo ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE (divenuto art. 234 CE), sette questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 4, 10 e 12, n. 1, della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali (GU L 249, pag. 25), nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE (GU L 156, pag. 23; in prosieguo: la «direttiva»).

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra

la IGI - *Investimentos Imobiliários SA* (in prosieguo: la «IGI») e la *Fazenda Pública* riguardo al pagamento di diritti richiesti per l'iscrizione nel *Registro Nacional de Pessoas Colectivas* (Registro nazionale delle persone giuridiche) di un aumento del capitale sociale di tale società.

La normativa comunitaria

3. Come si evince dal suo primo 'considerando, la direttiva ha inteso promuovere la libertà di circolazione dei capitali, considerata essenziale per la creazione di un'unione economica che abbia caratteristiche analoghe a quelle di un mercato interno.

4. Secondo il sesto 'considerando della direttiva, il perseguimento di tale obiettivo presuppone, per quanto riguarda la tassazione della raccolta di capitali, la soppressione delle imposte indirette fino ad allora in vigore negli Stati membri e l'applicazione, in luogo di esse, di un'imposta riscossa una sola volta nel mercato comune e di pari livello in tutti gli Stati membri.

5. Ai sensi dell'art. 4 della direttiva,

«1. Sono sottoposte all'imposta sui conferimenti le operazioni seguenti:

a) la costituzione di una società di capitali;

(...)

c) l'aumento del capitale sociale di una società di capitali mediante conferimento di beni di qualsiasi natura;

(...)

3. Non si considera costituzione di società ai sensi del paragrafo 1, lettera a), qualsiasi modifica dell'atto costitutivo o dello statuto di una società di capitali ed in particolare:

a) la trasformazione di una società di capitali in una società di capitali di tipo diverso;

b) il trasferimento da uno Stato membro in un altro Stato membro della sede della direzione effettiva o della sede statutaria di una società, associazione o persona giuridica che è considerata, per l'applicazione dell'imposta sui conferimenti, come società di capitali in ciascuno di detti Stati membri;

c) la modifica dell'oggetto sociale di una società di capitali;

d) la proroga di una società di capitali».

6. L'art. 7 della direttiva dispone:

«1. Gli Stati membri esentano dall'imposta sui conferimenti le operazioni diverse da quelle di cui all'articolo 9 e che, alla data del 1° luglio 1984, erano esentate o assoggettate ad un'aliquota pari o inferiore a 0,50 %.

L'esenzione è sottoposta alle condizioni che a tale data erano applicabili per la concessione dell'esenzione o, se del caso, per l'assoggettamento ad un'aliquota pari o inferiore a 0,50 %.

(...)

2. Gli Stati membri possono esentare dall'imposta sui conferimenti o assoggettare ad un'unica aliquota non superiore all'1 % le operazioni diverse da quelle di cui al paragrafo 1.

(...)».

7. La direttiva prevede inoltre, conformemente all'ultimo 'considerando, la soppressione di altre imposte indirette aventi le stesse caratteristiche dell'imposta sui conferimenti. In particolare queste imposte, di cui è vietata la riscossione, sono elencate all'art. 10 della direttiva, ai sensi del quale

23:

«Oltre all'imposta sui conferimenti, gli Stati membri non applicano, per quanto concerne le società, associazioni o persone giuridiche che perseguono scopi di lucro, nessuna altra imposizione, sotto qualsiasi forma:

a) per le operazioni previste all'articolo 4;

b) per i conferimenti, prestiti o prestazioni, effettuati nel quadro delle operazioni previste all'articolo 4;

c) per l'immatricolazione o per qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività, alla quale una società, associazione o persona giuridica che persegue scopi di lucro può essere sottoposta in ragione della sua forma giuridica».

8. L'art. 12 della direttiva precisa:

«1. Gli Stati membri possono applicare, in deroga alle disposizioni degli articoli 10 e 11:

(...)

e) diritti di carattere remunerativo;

(...)».

La normativa nazionale

9. L'art. 24 del decreto-legge 31 marzo 1983, n. 144 (*Diário da República* I, série A, n. 75, del 31 marzo 1983), dispone:

«Le persone giuridiche devono iscrivere nel Registro nazionale delle persone giuridiche i seguenti atti e fatti:

a) costituzione;

(...)

d) modifica dell'oggetto o del capitale sociale;

(...)».

236

10. L'art. 73 del decreto-legge n. 144/83 stabilisce che per l'iscrizione nel Registro nazionale delle persone giuridiche e per il rilascio di certificati di ammissibilità di ragioni sociali e di ditte sono dovuti tributi determinati con decreto del Ministro della giustizia. I proventi di tali tributi sono versati al Cofre dos Conservadores, Notários e Funcionários de Justiça (Cassa dei conservatori, dei notai e dei funzionari giudiziari, in prosieguo: la «Cassa»), che sostiene le spese di istituzione e funzionamento del Registro nazionale delle persone giuridiche.

11. L'art. 3, n. 1, della Tariffa dei diritti del registro nazionale delle persone giuridiche, approvata con il decreto 22 maggio 1989, n. 366 (*Diário da República*, I, série A, n. 117, del 22 maggio 1989), dispone che per ogni iscrizione eseguita ai sensi degli artt. 36 e ss. del decreto-legge n. 42/89 (*Diário da República*, I, série A, n. 117, del 3 febbraio 1989) viene riscossa una somma pari a PTE 1.500. Ai sensi dell'art. 3, n. 4, di detto decreto tale importo viene aumentato, per ogni iscrizione di aumento di capitale di una persona giuridica, di una percentuale pari allo 0,5% dell'importo dell'aumento. A norma dell'art. 3, n. 5, dello stesso decreto, l'importo previsto al n. 4 viene aumentato anche per le iscrizioni di aumenti di capitale di determinate imprese.

12. L'art. 57, n. 1, della legge 23 marzo 1996, n. 10 - B/96 (*Diário da*

República, I, série A, n. 71, del 23 marzo 1996) prevede in certi casi una riduzione della metà dei diritti legali dovuti per operazioni di aumento del capitale sociale effettuate nell'anno 1996.

La causa principale e le questioni pregiudiziali

13. Il 27 giugno 1996 la IGI procedeva all'iscrizione di un aumento del capitale sociale nel Registro nazionale delle persone giuridiche. L'8 luglio 1996 gli uffici del registro di commercio di Porto determinavano i diritti di iscrizione nell'importo di PTE 12.501.500, somma che la IGI versava.

14. La società tuttavia contestava la liquidazione di tali diritti dinanzi al Tribunal Tributário de Primeira Instância di Porto, che rigettava il ricorso. Proponeva quindi impugnazione dinanzi al Supremo Tribunal Administrativo, sostenendo che la riscossione di tali tributi era contraria alla Costituzione della Repubblica portoghese e alla direttiva. Dinanzi al giudice *a quo* la IGI conclude chiedendo l'annullamento del provvedimento appellato e la restituzione delle somme versate, maggiorate degli interessi legali.

15. Il Supremo Tribunal Administrativo, interrogandosi sulla compatibilità dell'art. 3 della Tariffa dei diritti del registro nazionale delle persone giuridiche con la direttiva, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

237

«1) Se gli artt. 10 e 12 della direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, possano essere invocati da un singolo nei confronti dello Stato, malgrado quest'ultimo non abbia proceduto alla trasposizione della direttiva medesima nell'ordinamento nazionale.

2) Se le operazioni di cui all'art. 4, n. 3, della direttiva 69/335 debbano considerarsi ricomprese nel divieto sancito dall'art. 10 della direttiva medesima, nel senso che deve intendersi non consentita la riscossione non solo di tributi sui conferimenti di capitale, bensì anche di qualsiasi altra imposizione, di qualsivoglia genere, segnatamente a titolo di tassa e non di imposta.

3) Se il disposto degli artt. 10 e 12, n. 1, lett. e), della detta direttiva debba essere interpretato nel senso che non consente che i diritti dovuti per l'iscrizione (obbligatoria per legge) nel Registro nazionale delle persone giuridiche degli aumenti di capitale varino in funzione dell'importo degli aumenti medesimi.

4) Se tali variazioni possono considerarsi in funzione del costo del servizio prestato.

5) Se tale costo ricomprenda la retribuzione dei funzionari, agenti o pubblici responsabili, le spese sorte per operazioni minori effettuate gratuitamente e una parte delle spese generali (canoni di locazione degli uffici, spese del materiale informatico, comunicazioni, elettricità, acqua ecc.) imputabili alle operazioni di iscrizione.

6) Se sia consentito, alla luce delle menzionate disposizioni della direttiva, considerare le dette variazioni, derivanti dall'entità degli aumenti di capitale, quale espressione di diritti normalizzati e, come tale, legittimi.

7) Se sia consentito, alla luce delle stesse disposizioni della direttiva, imporre diritti eccedenti i costi del servizio. E, in caso affermativo, in qual misura. Nel caso in cui l'eccedenza sia manifesta e irragionevole, se possa essere operata una riduzione dell'importo dei diritti su base equitativa».

Sulle questioni pregiudiziali

238

16. Si deve osservare subito che le questioni proposte dal giudice *a quo* in questa causa sono in larga misura identiche a quelle sollevate dallo stesso giudice nelle cause decise con le sentenze 29 settembre 1999, causa C-56/98, Modelo I (Racc. pag. I-6427; in prosieguo: la sentenza «Modelo I») e 21 settembre 2000, causa C-19/99, Modelo II (non ancora pubblicata nella Raccolta), relative alla riscossione degli onorari richiesti per la formazione di un atto notarile che attesta un aumento del capitale sociale di una società di capitali.

17. Con le sue questioni il giudice *a quo* chiede in sostanza, innanzi tutto, se la riscossione di diritti per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento del capitale sociale di una società di capitali possa essere considerata imposta ai sensi della direttiva. In caso affermativo, il giudice *a quo* desidera poi sapere se siffatti diritti di iscrizione siano colpiti dal divieto sancito dall'art. 10 della direttiva o se si tratti di diritti di carattere remunerativo ai sensi dell'art. 12, n. 1, lett. e), della stessa direttiva. In proposito il giudice *a quo* domanda alla Corte, in particolare, quali siano gli elementi relativi alla definizione dei diritti di carattere remunerativo. Infine, il giudice *a quo* chiede se l'art. 10 della direttiva, in combinato disposto con l'art. 12, n. 1, lett. e), della medesima, attribuisca ai singoli diritti di cui questi possono avvalersi dinanzi ai giudici nazionali.

Sulla qualificazione come imposta ai sensi della direttiva

18. Secondo la normativa nazionale le persone giuridiche devono iscriverne nel Registro nazionale delle persone giuridiche le modifiche del capitale sociale e pagare diritti per tale iscrizione. I proventi di tali diritti sono versati alla Cassa, che sostiene le spese di funzionamento del Registro nazionale delle persone giuridiche, e provvede al pagamento della parte fissa degli onorari dei notai e degli altri funzionari nonché, previa autorizzazione del Ministero della giustizia, di altre spese nell'ambito giudiziario (v. sentenza Modelo I, punto 20).

19. Da ciò discende che i diritti controversi nella causa principale, dovuti in applicazione di una norma giuridica stabilita dallo Stato, sono versati dai privati allo Stato per finanziarne talune funzioni (v. sentenza Modelo I, punto 21).

20. Considerati gli obiettivi perseguiti dalla direttiva, specie l'abolizione delle imposte indirette che presentano le stesse caratteristiche dell'imposta sui conferimenti, occorre qualificare come imposte, ai sensi della direttiva, i diritti di registrazione riscossi per un'operazione rientrante nella direttiva e versati allo Stato per finanziare spese pubbliche (v. sentenza Modelo I, punto 22).

239

21. Da quanto precede risulta che la direttiva dev'essere interpretata nel senso che la riscossione di diritti come quelli controversi nella causa principale per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento di capitale sociale di una società di capitali costituisce imposta ai sensi della direttiva.

Sul divieto sancito dall'art. 10 della direttiva

22. Ai sensi dell'art. 10, lett. c), della direttiva, all'infuori dell'imposta sui conferimenti, sono vietate le imposte sulla registrazione o su qualsiasi altra formalità preliminare all'esercizio di un'attività alla quale una società può essere assoggettata in ragione della sua forma giuridica. Questo divieto è giustificato dal fatto che, anche se i tributi di cui trattasi non colpiscono i conferimenti di capitali in quanto tali, essi sono tuttavia riscossi per le formalità connesse alla forma giuridica della società, vale a dire a motivo dello strumento usato per raccogliere capitali, per cui il loro mantenimento in vigore rischierebbe di mettere in discussione anche gli scopi perseguiti dalla direttiva (sentenze 11 giugno 1996, causa C-2/94, Denkavit International e a., Racc. pag. I-2827, punto 23, e Modelo I, punto 24).

23. Tale divieto riguarda non solo i diritti versati in occasione dell'iscri-

zione delle nuove società, ma anche i diritti dovuti per l'iscrizione degli aumenti del capitale di tali società nel caso siano anch'essi riscossi in ragione di una formalità essenziale connessa alla forma giuridica delle società di cui trattasi. Pur non costituendo formalmente una procedura preliminare all'esercizio dell'attività delle società di capitali, l'iscrizione degli aumenti di capitale è tuttavia condizione per l'esercizio e la prosecuzione di tale attività (sentenze 2 dicembre 1997, causa C-188/95, Fantask e a., Racc. pag. I-6783, punto 22, e Modelo I, punto 25).

24. Dovendo l'aumento del capitale sociale di una società di capitali, nell'ordinamento portoghese, costituire necessariamente oggetto di un'iscrizione nel Registro nazionale delle persone giuridiche, si deve constatare che tale atto costituisce una formalità essenziale connessa alla forma giuridica della società e che esso è condizione per l'esercizio e la prosecuzione dell'attività di quest'ultima.

25. Pertanto si deve dichiarare che i diritti dovuti per l'iscrizione in un Registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento del capitale sociale di una società di capitali, quando costituiscono imposta ai sensi della direttiva, sono in linea di principio vietati ai sensi dell'art. 10, lett. c), della stessa.

240

Sulla deroga prevista dall'art. 12, n. 1, lett. e), della direttiva

26. Si deve rilevare che la distinzione tra i tributi vietati ai sensi dell'art. 10 della direttiva e i diritti di carattere remunerativo implica che questi ultimi comprendano soltanto le remunerazioni la cui entità sia calcolata in base al costo del servizio prestato. Una remunerazione la cui entità sia priva di qualunque nesso con il costo del servizio concretamente prestato ovvero sia calcolata in funzione non del costo dell'operazione di cui costituisce il corrispettivo, bensì dell'insieme dei costi di gestione e d'investimento dell'ufficio incaricato della detta operazione, dev'essere considerata come un tributo che può solo ricadere sotto il divieto di cui all'art. 10 della direttiva (sentenze 20 aprile 1993, cause riunite C-71/91 e C-178/91, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni, Racc. pag. I-1915, punti 41 e 42, e Modelo I, punto 29).

27. In taluni casi, come ad esempio quello dell'iscrizione di una società, può essere difficile determinare il costo dell'operazione. La determinazione del costo non può, in un caso del genere, che essere forfettaria e dev'essere compiuta con criteri di ragionevolezza, prendendo in considerazione segnatamente il numero e la qualifica delle persone addette, il tempo da queste impiegato nonché i diversi costi materiali necessari per il compimento dell'operazione (sentenza Ponente Carni e Cispadana Costruzioni, citata, punto 43).

28. Al riguardo occorre ricordare che la Corte, al punto 30 della sentenza *Fantask e a.*, citata, ha affermato che per calcolare gli importi dei diritti di carattere remunerativo uno Stato membro ha facoltà di prendere in considerazione non solo i costi, materiali e retributivi, che sono direttamente connessi al compimento delle operazioni di registrazione di cui essi costituiscono il corrispettivo, ma anche, nei limiti indicati dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle sue conclusioni nella stessa causa, la parte delle spese generali dell'amministrazione competente imputabili a tali operazioni.

29. Inoltre, al punto 28 della sentenza *Fantask e a.*, citata, la Corte ha del pari dichiarato che è ammissibile che uno Stato membro riscuota diritti soltanto per le operazioni di registrazione più importanti e traslati su di essi i costi di operazioni meno rilevanti effettuate gratuitamente.

30. L'importo di un diritto di carattere remunerativo non deve necessariamente variare in funzione delle spese effettivamente sopportate dall'amministrazione in occasione di ciascuna operazione di registrazione ed uno Stato membro ha diritto di stabilire *ex ante*, in base ai costi medi di registrazione prevedibili, diritti forfettari per l'adempimento delle formalità d'iscrizione delle società di capitali. Inoltre, niente osta a che gli importi di tali diritti siano stabiliti per una durata indeterminata purché lo Stato membro verifichi, ad intervalli regolari, per esempio ogni anno, che essi continuino a non superare i relativi costi di registrazione (sentenza *Fantask e a.*, citata, punto 32).

31. Si deve tuttavia rilevare che un diritto il cui importo aumenta direttamente e senza limiti in proporzione al capitale nominale sottoscritto non può, di per sé, costituire un diritto di carattere remunerativo ai sensi della direttiva. Infatti, pur potendo esistere, in determinati casi, un nesso tra la complessità di un'operazione di registrazione e l'entità dei capitali sottoscritti, l'importo di tale diritto sarà generalmente privo di correlazione con le spese concretamente affrontate dall'amministrazione in occasione delle formalità di registrazione (sentenza *Fantask e a.*, citata, punto 31).

32. Nella fattispecie della causa principale l'importo dei diritti di iscrizione aumenta direttamente in proporzione al capitale nominale sottoscritto. Essi possono inoltre raggiungere un ammontare considerevole - anche se in certi casi vengono ridotti della metà - poiché sono riscossi all'aliquota non trascurabile dello 0,5% senza che sia stato fissato alcun limite. Pertanto siffatti diritti non possono essere considerati avere carattere remunerativo ai sensi dell'art. 12, n. 1, lett. e) della direttiva.

33. Così, se il giudice *a quo* accertasse che i diritti riscossi devono essere considerati rientrare nel campo di applicazione del divieto sancito dal-

l'art. 10 della direttiva, sarebbe di sua competenza, in linea di principio, ordinare la restituzione delle somme riscosse in violazione di tale disposizione.

34. Secondo una costante giurisprudenza, il diritto di ottenere la restituzione di tributi percepiti da uno Stato membro in violazione delle norme di diritto comunitario è la conseguenza e il complemento dei diritti conferiti ai singoli dalle norme comunitarie così come interpretate dalla Corte. Lo Stato membro è pertanto tenuto, in linea di principio, a restituire i tributi riscossi in violazione del diritto comunitario. In mancanza di disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali per la ripetizione dell'indebitato, purché tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (sentenza *Fantask e a.*, citata, punti 38 e 47).

35. Pertanto si deve dichiarare che non hanno carattere remunerativo, ai sensi dell'art. 12, n. 1, lett. e), della direttiva, dei diritti riscossi per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento del capitale sociale di una società di capitali, quali i diritti controversi nella causa principale, il cui importo aumenta direttamente e senza limiti in proporzione al capitale sociale sottoscritto.

242

Sull'effetto diretto dell'art. 10 della direttiva

36. Occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, in tutti i casi in cui talune disposizioni di una direttiva appaiano, sotto il profilo sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, i singoli possono farle valere dinanzi ai giudici nazionali nei confronti dello Stato, sia che questo non abbia recepito tempestivamente la direttiva nel diritto nazionale, sia che l'abbia recepita in modo inadeguato (v., in particolare, sentenze 23 febbraio 1994, causa C-236/92, Comitato di coordinamento per la difesa della cava e a., Racc. pag. I-483, punto 8, 5 marzo 1998, causa C-347/96, *Solred*, Racc. pag. I-937, punto 28, e *Modelo I*, citata, punto 33).

37. Sotto questo profilo si deve ricordare che il divieto sancito dall'art. 10 della direttiva è formulato in modo sufficientemente preciso e incondizionato da poter esser invocato dai singoli davanti ai giudici nazionali contro una disposizione di diritto nazionale contrastante con la detta direttiva (sentenze *Solred*, citata, punto 29, e *Modelo I*, punto 34).

38. Si deve pertanto dichiarare che l'art. 10 della direttiva attribuisce ai singoli diritti di cui questi possono avvalersi dinanzi ai giudici nazionali.

Sulle spese

39. Le spese sostenute dai governi portoghese e spagnolo nonché dalla Commissione, che 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 (Quinta Sezione)

pronunciandosi sulle questioni sottoposte dal Supremo Tribunal Administrativo, con decisione 17 marzo 1999, dichiara:

1) La direttiva del Consiglio 17 luglio 1969, 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, nel testo risultante dalla direttiva del Consiglio 10 giugno 1985, 85/303/CEE, deve essere interpretata nel senso che la riscossione di diritti come quelli controversi nella causa principale per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento di capitale sociale di una società di capitali costituisce imposta ai sensi della direttiva.

243

2) Dei diritti dovuti per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento del capitale sociale di una società di capitali, quando costituiscono imposta ai sensi della direttiva 69/335, nel testo risultante dalla direttiva 85/303, sono in linea di principio vietati ai sensi dell'art. 10, lett. c), della stessa.

3) Non hanno carattere remunerativo, ai sensi dell'art. 12, n. 1, lett. e), della direttiva 69/335, nel testo risultante dalla direttiva 85/303, dei diritti riscossi per l'iscrizione in un registro nazionale delle persone giuridiche di un aumento del capitale sociale di una società di capitali, quali i diritti controversi nella causa principale, il cui importo aumenta direttamente e senza limiti in proporzione al capitale sociale sottoscritto.

4) L'art. 10 della direttiva 69/335, nel testo risultante dalla direttiva 85/303, attribuisce ai singoli diritti di cui questi possono avvalersi dinanzi ai giudici nazionali.

II – B) Altre sentenze e decisioni
Other cases and judgments

**Ilor sulle *royalties* e portata del principio
di non discriminazione fiscale (*)**

I

Sulle royalties percepite in Italia da soggetto residente nel Regno Unito non si applica l'Imposta locale sui redditi, atteso che la disciplina in materia va interpretata in modo conforme al diritto comunitario.

Cass., Sez. trib., 02-02-2000, n. 1122 - Pres. Delli Priscoli - Rel. Altieri

1. *Svolgimento del processo* - La società W.T.E.L., trasformatasi successivamente in A.W.E.H.L., con sede in Gran Bretagna e domicilio italiano in Milano, presentava all'Intendenza di Finanza di Milano istanza di rimborso dell'ILOR versata il 28 aprile e il 1° dicembre 1982, che essa riteneva non dovuta, su *royalties* corrisposte da società aventi sede in Italia.

Contro il silenzio serbato dall'Intendenza la società ricorreva alla commissione tributaria di primo grado, ribadendo la richiesta di rimborso, fondata sulla non tassabilità di tali redditi ai sensi dell'art. 9 della Convenzione italo-britannica sulle doppie imposizioni, essendo essa società priva di sede e di stabile organizzazione in Italia.

Con decisione del 9 febbraio 1990 la commissione accoglieva il ricorso.

Proponeva appello l'amministrazione, sostenendo che i redditi in questione erano soggetti a tassazione per il solo fatto di essere stati erogati in Italia.

Con sentenza 12 maggio-6 giugno 1997 la commissione tributaria regionale della Lombardia rigettava il gravame, rilevando che le norme del D.P.R. n. 897 del 30 dicembre 1980, pur avendo abbandonato il principio della territorialità, sottoponendo a tassazione anche le *royalties* corrisposte a soggetti non residenti o senza stabile organizzazione, aveva introdotto un nuovo sistema di tassazione autonomo e sostitutivo, prevedente l'esclusiva applicazione di una ritenuta alla fonte, escludendo, così, l'applicazione dell'ILOR.

Avverso tale sentenza il Ministero delle Finanze ha proposto ricorso per cassazione, sulla base di due motivi.

La A.W.E.H.L. resiste con controricorso.

2. *I motivi di ricorso* - 2.1. Col primo motivo l'Amministrazione, denun-

ciando violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del D.P.R. 30 dicembre 1980, n. 897, in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., deduce che l'art. 31 del D.P.R. 30 dicembre 1980, n. 897, ha innovato l'art. 19 del D.P.R. n. 597 del 29 settembre 1973, sancendo la tassabilità dei compensi corrisposti a titolo di *royalties* a soggetti non residenti o non aventi in Italia una stabile organizzazione dal 1° gennaio 1982. L'unico criterio di collegamento col territorio dello Stato è la qualità del soggetto erogante.

Rileva, inoltre, la difesa dell'Amministrazione che il richiamo alla Convenzione italo-britannica, ratificata con la legge 12 aprile 1973, n. 194 non è pertinente, in quanto l'accordo sancisce l'esenzione delle *royalties* da imposizione diretta, ma non da I.LOR, poiché detta imposta è entrata in vigore con D.P.R. 29 settembre 1973, n. 599, e quindi in tempo successivo alla ratifica del trattato.

Quanto alla nuova convenzione, essa è entrata in vigore il 31 dicembre 1990, e perciò posteriormente al rapporto tributario in questione.

2.2. Col secondo motivo, denunciando carenza assoluta di motivazione, in relazione all'art. 360, n. 5, c.p.c., il ricorrente deduce che la sentenza impugnata non consente di ricostruire la *ratio decidendi* in relazione allo specifico motivo d'appello dell'ufficio.

3. *Le deduzioni della controricorrente* - 3.1. Non c'è dubbio che l'I.LOR, nonostante la sua denominazione, sia un'imposta erariale, non essendo istituita con atti di enti locali ed avendo le norme del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, eliminato ogni residuo di potestà impositiva di tali enti. Tale natura risulta confermata dall'art. 44 del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, istitutivo dell'IRAP, dove si afferma che tale imposta "è equiparata ai tributi erariali aboliti con l'art. 36" e tra questi risulta espressamente indicata anche l'I.LOR.

3.2. In conformità all'art. 27 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei Trattati, resa esecutiva in Italia con la legge 12 febbraio 1974, n. 112 ed entrata in vigore in Italia il 27 gennaio 1980, "un trattato deve essere interpretato secondo buona fede in conformità al senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce dell'obiettivo e scopo del trattato medesimo".

Pertanto, ai fini della corretta interpretazione del Trattato sulla doppia imposizione col Regno Unito, si dovrebbe prescindere da interpretazioni letterali o restrittive. Lo scopo di tali accordi è, infatti, quello di limitare l'esercizio della sovranità nazionale in materia tributaria, rendendo, così, più chiaro ed armonizzato il regime fiscale a coloro che operano fra i due Paesi firmatari.

Lo stesso articolo stabilisce, inoltre, che uno Stato firmatario non può invocare una disposizione del proprio diritto interno per giustificare la mancata esecuzione del Trattato.

Le disposizioni della Convenzione, essendo diritto consuetudinario, sono vincolanti anche nel diritto interno.

Secondo il commentario contenuto nel Modello OCSE sulle convenzioni contro le doppie imposizioni, lo scopo dell'art. 31 della Convenzione di Vienna è quello di allargare il più possibile il campo di applicazione della convenzione e, con riguardo all'elenco delle imposte incluse nell'ambito di applicazione del trattato, il Commentario precisa che tale elenco non è esaustivo. Con riguardo al par. 2 dell'art. 1 della Convenzione Italia-Gran Bretagna precisa che la Convenzione si applica "anche ad ogni altra imposta, avente carattere sostanzialmente simile, applicata in Italia o nel Regno Unito, successivamente alla data della firma della presente convenzione".

3.3. La Convenzione tra Italia e Regno Unito doveva applicarsi all'ILOR anche in forza del principio di non discriminazione in base alla nazionalità tra i Paesi membri della Comunità Europea, ai sensi dell'art. 6 del Trattato di Roma.

Poiché già in altre convenzioni sulle doppie imposizioni l'Italia ne aveva espressamente previsto l'estensione all'ILOR, la non estensione ai rapporti tra soggetti italiani e soggetti di altri Stati membri violerebbe il divieto di discriminazione.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia i diritti derivanti dal Trattato sono incondizionati e non possono farsi dipendere da una convenzione conclusa con altro Stato membro. La stessa Corte ha, inoltre, affermato che la regola della parità di trattamento vieta anche le forme dissimulate di discriminazione, che conducano agli stessi effetti di quelle espressamente fondate sulla nazionalità.

246

L'art. 220 del Trattato prevede che gli Stati membri provvedono alla stipulazione di convenzioni contro la doppia imposizione "per quanto occorra", e ciò è da intendere nel senso "per quanto compatibile col diritto comunitario".

Inoltre, l'estensione del campo di applicazione della normativa convenzionale tra Italia e Regno Unito all'ILOR discenderebbe dal principio di diritto internazionale che prevede l'applicazione della clausola della nazione più favorita.

3.4 L'accoglimento del ricorso comporterebbe anche violazione dell'art. 1, comma secondo, lettera c), del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 599 (il quale esclude dall'applicazione dell'ILOR i redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta) e dall'art. 25, ultimo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

L'art. 19, primo comma, n. 9), del D.P.R. n. 597/73, così come modificato dall'art. 31 del D.P.R. n. 897/1980, considera come prodotte nel territorio dello Stato, ai fini dell'applicazione delle imposte dirette nei confronti dei non residenti, le *royalties* corrisposte da soggetti residenti.

La norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 26 del D.P.R. n. 600 del 29 settembre 1973, il cui ultimo comma, anch'esso inserito dal D.P.R. n. 897/1980, stabilisce che "i compensi e le somme di cui al n. 9) del-

l'art. 19 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597, corrisposti a soggetti non residenti sono soggetti ad una ritenuta del trenta per cento a titolo d'imposta, commisurata al settanta per cento del loro ammontare lordo. Ne sono esclusi i compensi corrisposti a stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti".

Per effetto dell'art. 1, secondo comma, lettera c), del D.P.R. n. 599/1973 consegue l'inapplicabilità dell'ILOR.

Nel sistema normativo come sopra ricostruito s'innesta la disposizione dell'art. IX della Convenzione, in base alla quale la tassazione delle *royalties* viene esclusa nel Paese della fonte, con la conseguente realizzazione nel Paese di residenza del soggetto beneficiario.

Il ragionamento della difesa dell'amministrazione sarebbe, in sostanza, il seguente:

a) i proventi derivanti da *royalties* percepite da società non residenti e prive di stabile organizzazione sono assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta;

b) ciò escluderebbe l'applicabilità dell'ILOR per effetto dell'art. 1, comma 2, lettera c), del D.P.R. n. 599/1973;

c) la convenzione col Regno Unito esenterebbe i compensi da imposta, tranne che da ILOR, dovuta perché non autonomamente menzionata tra le imposte agevolate dalla convenzione stessa;

d) l'esonero indicato, escludendo il concreto l'applicazione della ritenuta d'imposta, farebbe rivivere l'imposizione ILOR, dal momento che diverrebbe inoperante l'esclusione da tale tributo prevista dal citato art. 1 del D.P.R. n. 599/1973, la cui applicazione è subordinata all'effettivo assoggettamento (e non all'assoggettabilità astratta) delle *royalties* a ritenuta alla fonte.

Con tale ragionamento si perverrebbe, però, ad una conclusione inaccettabile, e cioè che una Convenzione fiscale contro la doppia imposizione, impedendo la concreta effettuazione di una forma d'imposizione sostitutiva e privilegiata del regime ordinario di tassazione (in pratica, un'agevolazione fiscale), sia in grado di provocare l'applicabilità del tributo "sostituito", rendendo, pertanto, il regime fiscale più gravoso rispetto a quello che si sarebbe applicato se la Convenzione non fosse stata operante.

Invece, il distacco dal sistema di tassazione "ordinario" è definitivo e il tributo originario (l'ILOR) non ha alcuna possibilità di rivivere, qualora il tributo derivato (ossia la ritenuta) non sia in grado di essere applicato per una qualsiasi causa (nel caso di specie, la Convenzione).

L'art. IX della Convenzione, prevedendo l'esenzione della ritenuta alla fonte per le *royalties*, si limita, in coerenza con la sua natura (evitare il cumulo di tassazione sul medesimo cespite), ad eliminare gli effetti della norma che prevede il prelievo sostitutivo. L'esclusione dell'imposta nazionale si è già venuta a creare in conseguenza del precetto nazionale.

La società resistente rileva, infine, che il reddito percepito dalla W.T.E. Ltd, che è reddito d'impresa, non è prodotto in Italia e non è dunque soggetto a ILOR.

4. *Motivi della decisione* - 4.1. Il ricorso dell'Amministrazione finanziaria non merita accoglimento. È però necessario apportare alla motivazione in diritto della sentenza impugnata alcune correzioni ed integrazioni, ai sensi dell'art. 384, secondo comma, c.p.c.

4.2. Prima di affrontare i problemi dell'interpretazione del secondo comma dell'art. I della Convenzione, il quale prevede testualmente che la stessa "si applicherà anche ad ogni altra imposta, avente carattere sostanzialmente simile, applicata in Italia o nel Regno Unito successivamente alla data della presente Convenzione", occorrerà rilevare che le fonti di diritto internazionale non comunitario, convenzionale o consuetudinario, richiamate dalla società controricorrente, non offrono alcun decisivo sostegno alla tesi di inclusione dell'ILOR nel catalogo di tributi contenuto nella predetta norma.

Il primo ordine di fonti (quale l'art. 27 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei Trattati) contiene direttive ermeneutiche le quali non forniscono criteri decisivi per risolvere il problema. Quanto al modello OCSE in materia di doppie imposizioni, esso non contiene norme direttamente applicabili nell'ordinamento interno ma, come ritenuto dalla Corte di Giustizia CE (sentenza 12 maggio 1998, C-336/96, punto 24 della motivazione) proprio in relazione ai problemi suscitati dall'inserimento delle convenzioni sulla doppia imposizione nel sistema comunitario, costituisce, appunto, soltanto un modello che può ispirare gli Stati membri nella conclusione di convenzioni bilaterali.

Né può riconoscersi un principio "della nazione più favorita", il quale, secondo la controricorrente, determinerebbe l'automatica estensione al caso di specie di altre convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, nelle quali è prevista espressamente la loro applicabilità all'ILOR. Il diritto internazionale consuetudinario non conosce, infatti, una simile estensione, al di fuori di una specifica clausola inserita nei trattati, clausola che non esiste nella Convenzione de qua. Né pare condivisibile la tesi, sostenuta da isolata dottrina, che tutte le convenzioni bilaterali in materia di doppia imposizione concluse tra Paesi membri della Comunità Europea contengano implicitamente una simile clausola.

In definitiva, soltanto il diritto positivo nazionale può fornire la risposta al quesito, non potendo riconoscersi, né al Modello OCSE, né al Protocollo, una funzione qualificatoria riservata al diritto nazionale.

4.3. Che lo scopo della Convenzione sia quello di evitare nella maggior misura possibile una doppia imposizione, e che l'art. I non contenga un elenco esaustivo di tributi risulta, del resto, chiaramente dal preambolo della Convenzione e dalla lettera dello stesso articolo.

Secondo l'Amministrazione, la formula impiegata dall'art. I, secondo comma, non ricomprenderebbe l'ILOR perché tale imposta è stata istituita successivamente alla ratifica della Convenzione.

In proposito deve osservarsi, anzitutto, che la previsione di estendere l'applicazione della Convenzione a futuri tributi, purché gli stessi presentino caratteristiche e natura simili alle imposte erariali sul reddito menzionato, basta a privare di efficacia tale argomento.

Si consideri, infatti, che proprio in forza di tale clausola generale, pur essendo stata la Convenzione firmata e ratificata prima dell'entrata in vigore della riforma tributaria del 1973, la stessa Amministrazione finanziaria, con risoluzione ministeriale del 29 agosto 1974, n. 12/73, aveva stabilito l'applicabilità della Convenzione anche all'IRPEF e all'IRPEG.

L'inapplicabilità dell'ILOR potrebbe, invece, fondarsi su una natura di tale imposta diversa da quella degli altri tributi erariali sul reddito.

Orbene, nonostante l'aggettivo locale, non vi è dubbio che l'imposta in questione, anche nella sua originaria disciplina, costituisse un tributo statale sul reddito.

L'art. 1, lettera a), del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 599, prevedeva come presupposto del tributo "il possesso di redditi in denaro o in natura, continuativi od occasionali, prodotti nel territorio dello Stato"; l'art. 8, d'altra parte, attribuiva (all'epoca dei fatti) i poteri di accertamento e di riscossione agli organi dello Stato, secondo le disposizioni dei DD.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e n. 602.

Non essendo previsto alcun potere degli enti locali in ordine all'istituzione dell'imposta, il potere degli stessi enti di stabilire le aliquote (art. 10) e la devoluzione del suo gettito, secondo l'art. 8, secondo comma, agli enti territoriali interessati, non eliminano il carattere erariale dell'imposta stessa. Infatti, il ricordato secondo comma dell'art. I della Convenzione ha come destinatario lo Stato, ed ha lo scopo di evitare una duplice imposizione sul reddito. Lo Stato, quindi, nell'esercizio del suo potere normativo, non può sottrarsi agli obblighi derivanti dalla Convenzione per il solo fatto che il gettito di un nuovo tributo sul reddito venga devoluto ad altri enti pubblici. Si pensi, ad esempio, all'addizionale sull'IRPEF, istituita dal D.Lgs. 28 settembre 1998, n. 360, il cui gettito è destinato ai comuni e alle province, per la quale, nonostante la denominazione "comunale" contenuta nel titolo del testo legislativo, nessuno dubiterebbe trattarsi di imposta erariale.

Si consideri infine che, come ha esattamente rilevato la resistente, l'art. 44 del D.Lgs. n. 446 del 15 dicembre 1997 equipara l'IRAP, al fine dell'applicazione dei trattati in materia tributaria, ai "tributi erariali aboliti con l'art. 36", e tra tali tributi risulta espressamente indicata anche l'ILOR. Sembra incontestabile, infatti, la natura interpretativa di tale norma, non avendo le innovazioni introdotte dal D.P.R. n. 917 del 22 dicembre 1986 in tema di

ILOR comportato alcun mutamento essenziale della originaria natura del tributo.

4.4. Si deve, comunque, aggiungere che, ove dovesse seguirsi la tesi restrittiva, l'esenzione dal pagamento dell'ILOR, nel caso in cui il soggetto residente nel Regno Unito sia sottoposto, in forza della Convenzione, alla potestà d'imposizione diretta dello Stato d'origine, conseguirebbe anche dalla combinata applicazione degli articoli 19, comma primo, n. 9, del D.P.R. n. 597/1973 e dell'art. 25, ultimo comma, del D.P.R. n. 600/1973, inserito dal D.P.R. n. 897/1980 e dell'art. IX della Convenzione.

La difesa dell'Amministrazione, le cui argomentazioni sono state condivise dal Procuratore Generale, ha sostenuto che la non assoggettabilità ad imposte sul reddito (IRPEF o IRPEG) delle *royalties* pagate da soggetti residenti, comporterebbe, come conseguenza, la reviviscenza dell'ILOR, in quanto la sostituzione dell'ordinario sistema impositivo introdotto dal D.P.R. n. 599/1973 con un unico prelievo in percentuale per ritenuta presupporrebbe che tale ritenuta sia stata effettivamente operata.

A tale tesi, come si è sopra ricordato, la società resistente ha mosso argomentate critiche, osservando che, una volta scelto un sistema di tassazione (e cioè quello per ritenuta di una percentuale al posto di quello ordinario), la mancata effettuazione della ritenuta non potrebbe comportare la reviviscenza del sistema ordinario. Per cui l'effetto dell'applicazione dell'art. IX della Convenzione sarebbe soltanto quello di rendere la percezione di *royalties* da parte di soggetto residente nel Regno Unito esclusivamente soggetta al potere d'imposizione fiscale delle autorità di tale Stato.

Tale tesi, pur seguita da una vasta parte della dottrina e da numerose decisioni dei giudici tributari, non è stata condivisa da questa Suprema Corte. Nella sentenza 8 aprile 1992, n. 4301, è stato affermato che l'esclusione dall'ILOR "è correlata all'effettività dell'assoggettamento all'IRPEF o all'IRPEG (da corrispondere con la ritenuta 'secca' del 30 per cento), come agevolmente può essere desunto dal disposto della legge delega 9 ottobre 1971, n. 825, la quale prevede [art. 9, nn. 3) e 4)] l'esclusione in parola solo per i redditi 'assoggettati a una imposta sostitutiva'".

La Sezione ritiene che, pur dovendosi condividere tale interpretazione sul piano del diritto interno, la stessa debba subire i necessari adattamenti nel caso di specie, in cui, come si dirà in seguito, si risolve in una violazione di norme e di principi di diritto comunitario direttamente applicabili.

Pur potendo derivare l'esclusione dei compensi in questione dall'ILOR dalla semplice applicazione delle norme della Convenzione, è necessario dare una risposta anche alle questioni svolte dalla ricorrente circa la sua richiesta di applicazione, in senso ad essa favorevole, delle norme nazionali che regolano la materia.

Come si dirà in seguito, benché la materia delle imposte dirette non rien-

tri, in quanto tale, nella competenza comunitaria, l'esercizio da parte degli Stati membri di tale competenza non può prescindere dal rispetto del diritto comunitario.

Nella specie, l'interpretazione delle citate norme nel senso sostenuto dall'Amministrazione condurrebbe ad un trattamento discriminatorio del regime d'imposizione diretta sulle *royalties* percepite in Italia da un soggetto residente nel Regno Unito (o, il che è lo stesso, da una società avente sede in tale Stato e priva di stabile organizzazione in Italia) rispetto agli stessi compensi percepiti da soggetti residenti, il che sarebbe contrario al principio stabilito dall'art. 6 del Trattato CE (art. 12 nella versione consolidata a seguito del Trattato di Amsterdam).

4.5. Devesi, anzitutto, escludere che tale principio possa comportare, a favore dei residenti nel Regno Unito, l'applicazione di una disciplina più favorevole di quella della Convenzione bilaterale, contenuta in altra convenzione bilaterale nell'ambito comunitario di cui sia parte lo Stato italiano, la quale menzioni espressamente l'ILOR tra i tributi oggetto della sua applicazione.

In proposito si osserva che, pur essendo l'art. 6 la *sedes materiae* del principio di non discriminazione, in difetto di speciali previsioni, come quella dell'art. 48 (libera circolazione dei lavoratori) o dell'art. 52 (diritto di stabilimento), e pur essendo lo stesso direttamente applicabile, anche nella materia tributaria, esso non attribuisce ai soggetti degli Stati membri un diritto ad ottenere un trattamento fiscale più favorevole, stabilito da una Convenzione bilaterale con altro Stato membro o da una normativa interna di altro Stato.

Infatti non può riconoscersi all'art. 220 del Trattato CE, nella parte in cui dispone che gli Stati membri avviino tra loro "per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: ... l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità", il ruolo preteso dalla società resistente.

Come affermato dalla Corte di Giustizia CE, tale norma pone soltanto un programma di armonizzazione delle legislazioni fiscali, armonizzazione che, attualmente, è stata, anche se non del tutto, conseguita solo in alcuni settori, come l'IVA e le dogane, e non nel campo dell'imposizione diretta.

Gli Stati membri non hanno concluso convenzioni multilaterali in materia di doppia imposizione come previsto dall'art. 220, per cui, allo stato attuale, la disciplina della materia resta affidata alle convenzioni bilaterali, le quali contengono norme di conflitto destinate a ripartire la potestà impositiva tra i due Stati firmatari. Orbene, dall'applicazione del principio di non discriminazione non può conseguire che i soggetti dei due ordinamenti abbiano un diritto, discendente dal Trattato CE, ad un pari trattamento fiscale nei due Paesi. Sussistono, infatti, notevoli differenze nel regime fiscale diretto dei diversi Paesi membri, e l'art. 220 mira, appunto, ad una progressiva armonizzazione, senza attribuire ai singoli alcun diritto.

Nella sentenza del 12 maggio 1998, C-336/96, Coniugi G. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, la Corte comunitaria ha affermato i seguenti principi:

a) l'art. 220 si limita a tracciare il quadro di trattative che gli Stati membri intavoleranno tra loro "per quanto occorra" e indica come obiettivo eventuale l'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità;

b) anche se l'eliminazione della doppia imposizione figura tra gli obiettivi del Trattato, alla lettura del suddetto articolo risulta che questo non può conferire ai singoli diritti che possono essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali;

c) il principio di non discriminazione (nella specie applicato alla libera circolazione dei lavoratori: art. 48 del Trattato), del quale è pacificamente ritenuta l'applicabilità diretta, non osta a che una convenzione bilaterale tra Paesi membri, il cui scopo è soltanto quello di evitare una doppia imposizione, stabilisca una ripartizione tra i due Paesi della potestà d'imposizione fiscale, la quale comporti l'applicazione di un diritto statale che contenga una disciplina meno favorevole di quello dell'altro Paese;

d) lo scopo di tali convenzioni non consiste, quindi, nel garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in uno Stato non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altro. Tale diversità è, infatti, soltanto una conseguenza della mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione nell'ambito comunitario.

È chiaro, in definitiva, che il principio di non discriminazione non può comportare il diritto ad un trattamento impositivo più favorevole, nel senso preteso dalla controricorrente.

4.6. La portata del principio di non discriminazione in relazione al caso di specie è diversa da quella invocata alla resistente. Esso, piuttosto, svolge un ruolo adeguatore sull'interpretazione della disciplina dettata dal diritto interno, nelle sue connessioni con la disciplina convenzionale.

Infatti, la lettura degli articoli 19, primo comma, n. 9), del D.P.R. n. 597/1973, 1, lettera c), del D.P.R. n. 599/1973 e 25, ultimo comma, del D.P.R. 600/73 sostenuta dall'Amministrazione conduce alla conclusione che, in forza della necessità della ritenuta, proprio l'applicazione della Convenzione determina un regime fiscale, per i redditi percepiti in Italia da un soggetto non residente, meno favorevole di quello stabilito per i residenti.

Tale meccanismo si risolve in una violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, stabilito dall'art. 6, in quanto finisce col sottoporre un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente (e, in definitiva, qualunque soggetto non residente in Italia) ad un regime riguardante il prelievo fiscale sulle *royalties*, diverso e più gravoso di quanto stabilito per i residenti, proprio in forza della subordinazione del regime più favorevole al meccanismo della ritenuta.

Nella sentenza del 14 febbraio 1995, C-279/93, Finanzamt K. - A. c. R. S., la Corte di Giustizia comunitaria ha enunciato i seguenti principi:

a) benché la materia delle imposte dirette non rientri, in quanto tale, nella competenza della Comunità, l'esercizio da parte degli Stati membri di questa competenza loro attribuita non può prescindere dal diritto comunitario;

b) il principio di non discriminazione (nella specie, concernente i lavoratori dipendenti) non consente ad uno Stato membro di trattare un cittadino di un altro Stato membro - il quale, essendosi avvalso del proprio diritto di libera circolazione, svolge un'attività lavorativa nel territorio del primo Stato - meno favorevolmente di un cittadino nazionale che si trovi nella stessa situazione;

c) l'art. 48 del Trattato va interpretato nel senso che osta a che la normativa di uno Stato membro in materia di imposte dirette conceda ai residenti il beneficio di procedure come il conguaglio annuale delle ritenute alla fonte a titolo d'imposta sulle retribuzioni, ma lo neghi a persone fisiche che percepiscano risorse di origine retributiva nel suo territorio, ma non hanno ivi domicilio. Tali principi devono essere applicati anche al trattamento d'imposizione fiscale diretta dei redditi percepiti in uno Stato membro da una società avente sede in un altro Stato membro, essendo la regola generale di non discriminazione prevista dall'art. 6 del Trattato, testualmente riferita alle persone fisiche, considerata estensibile alle società.

Inoltre, l'art. 52 del Trattato, il quale conferisce agli operatori economici il diritto di scegliere liberamente la forma giuridica appropriata per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro, vieta agli Stati membri di limitare tale facoltà di scelta attraverso disposizioni fiscali che discriminano i non residenti a beneficio dei residenti. Va ricordato, inoltre, che l'art. 58 del Trattato equipara espressamente, per quanto attiene al diritto di stabilimento, le società alle persone fisiche.

L'operatività del principio di non discriminazione nell'ambito del diritto di stabilimento è stata espressamente affermata dalla Corte di Giustizia nella sentenza 28 gennaio 1986, C-270/83, Commissione c. Francia, in tema di imposta sulle società in Francia. Il problema riguardava la possibilità di tener conto del credito d'imposta, che la legge francese accordava in relazione ai dividendi inclusi tra i ricavi, esclusivamente agli azionisti residenti in Francia, senza prevedere il riconoscimento del medesimo diritto alle organizzazioni permanenti di soggetti giuridici di altri Paesi membri. La Corte concludeva che i diritti dei soggetti previsti dall'art. 52 non potessero essere condizionati, in quanto la discriminazione avrebbe prodotto minori utili per le partecipazioni da parte dell'organizzazione permanente di una società straniera, rispetto a quelle assunte da società francesi.

L'applicazione di principio di non discriminazione al diritto di stabilimento nel campo dell'imposizione fiscale diretta è stata riaffermata dalla Corte

Comunitaria nelle sentenze 13 luglio 1993, C-330/91, C.; 12 aprile 1994, C-1/9, H. S.; 15 maggio 1997, C-250/95, F. P.

Pertanto, le norme tributarie interne devono essere interpretate alla luce di tale principio.

La Corte non considera necessario un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, stante il chiaro ed univoco indirizzo interpretativo desumibile dalla giurisprudenza della Corte comunitaria. L'interpretazione del diritto interno non può, d'altra parte, costituire oggetto della competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia.

In definitiva anche se dovesse accedersi alla tesi di una diversità dell'ILOR, per le sue caratteristiche, delle imposte ricomprese nella "clausola generale" di cui all'art. I, comma secondo, della Convenzione, l'inapplicabilità dell'ILOR non potrebbe essere esclusa in forza del meccanismo conseguente all'applicazione della Convenzione, come interpretato nel senso descrittivo dalla resistente a seguito della citata sentenza di questa Corte, dovendosi dare un'interpretazione di tale combinato disposto conforme alle norme del diritto comunitario di detta applicazione. L'obbligo del giudice nazionale ad una interpretazione del diritto interno conforme al diritto comunitario, soprattutto quando si tratti di norme o principi del diritto comunitario primario, è stato più volte affermato dalla Corte comunitaria: si veda, da ultima, la sentenza 25 febbraio 1999, C-131/97, A. C. ed altri c. Università degli studi di Bologna ed altri, punto 48 della motivazione.

Il risultato dell'interpretazione sostenuta dall'Amministrazione sarebbe, infatti, quello di assoggettare in Italia *royalties* ed un regime d'imposizione fiscale diretta diverso o più sfavorevole di quello stabilito per i residenti (nella specie, le società aventi sede in Italia), i quali subirebbero soltanto la ritenuta secca, sostitutiva di tutte le imposte sul reddito, mentre i residenti nel Regno Unito dovrebbero essere soggetti, oltre all'ILOR in Italia, all'ordinaria imposizione fiscale diretta nel Paese d'origine.

Una interpretazione coerente coi principi stabiliti dall'ordinamento comunitario non può essere se non nel senso che l'attribuzione del potere d'imposizione diretta al Paese in cui la società ha sede comporta l'esclusione di tutti quei tributi che per i residenti sarebbero esclusi dalla ritenuta IRPEF o IRPEG. In altri termini, la mancata ritenuta IRPEF o IRPEG per effetto dell'attribuzione all'altro Stato contraente del potere impositivo non può determinare la reviviscenza, nell'ordinamento fiscale italiano, dell'ILOR.

Va, inoltre, posto in rilievo il fatto che il regime convenzionale non comporta un'esclusione dalle imposte sul reddito (con conseguente piena operatività del principio generale di applicazione dell'ILOR stabilito dall'art. 1 del D.P.R. n. 599/1973), ossia una definitiva esenzione dei redditi in questione da imposizione diretta, ma l'attribuzione di tale potere all'altro Stato contraente.

4.7. In definitiva, sia l'interpretazione della clausola generale impiegata

dalla norma della Convenzione, sia il meccanismo di diritto interno interpretato in modo conforme al diritto comunitario conducono ad un identico risultato, e cioè che, in caso di soggezione di un soggetto residente nel Regno Unito alla potestà impositiva dello Stato di residenza sulla percezione di *royalties*, tale percezione non può essere contemporaneamente soggetta ad ILOR in Italia.

4.8. Il ricorso dell'Amministrazione finanziaria dev'essere, pertanto, rigettato. La complessità delle questioni giustifica una pronuncia di compensazione delle spese (*Omissis*).

II

Le royalties percepite in Italia da soggetto residente negli Usa non sono assoggettabili ad ILOR, atteso che la disciplina in materia va interpretata in modo conforme al diritto comunitario, al quale deve ritenersi soggetto anche il contenuto dei trattati internazionali stipulati con i Paesi terzi.

Cass., Sez. trib., 08-05-2000, n. 5768 - Pres. Carnevale - Rel. Altieri (1)

III

I redditi da royalties corrisposti da soggetti residenti italiani a società aventi sede nel Regno Unito e prive di stabile organizzazione in Italia, secondo la disciplina fiscale italiana nella sua connessione con la Convenzione contro la doppia imposizione tra Italia e Regno Unito del 4 luglio 1960, ratificata con legge 12 aprile 1973, n. 589, sono esclusi dall'ILOR.

Cass., Sez. trib., 28-07-2000, n. 9942 - Pres. Cantillo - Rel. Altieri

(*Omissis*) 3.1. Le censure della ricorrente, che possono essere congiuntamente esaminate, meritano accoglimento, anche se non tutte le argomentazioni ivi svolte possono essere condivise. Si deve premettere che la questione dell'assoggettabilità ad ILOR delle *royalties* pagate da residenti italiani a società britanniche nella vigenza della Convenzione contro la doppia imposizione tra Italia e Regno Unito del 4 luglio 1960 è stata risolta in senso negativo da questa Corte con sentenza 25 novembre 2000, n. 1122.

La Corte ritiene di adeguarsi all'indirizzo espresso da tale sentenza, pur

(1) Il testo integrale di questa sentenza è pubblicato in questa Rivista, 2001, n. 1, p. 317.

con alcune ulteriori precisazioni e modificazioni.

(*Omissis*) 3.5. La ricorrente sostiene che l'interpretazione della disciplina normativa nazionale - così come sostenuto dall'Amministrazione - condurrebbe ad un trattamento discriminatorio del regime d'imposizione diretta sulle *royalties* percepite in Italia da un soggetto residente nel Regno Unito (o, il che è lo stesso, da una società avente sede in tale Stato e priva di stabile organizzazione in Italia) rispetto agli stessi compensi percepiti da soggetti residenti, il che sarebbe contrario al principio stabilito dall'art. 6 del Trattato CE (art. 12 nella versione consolidata a seguito del Trattato di Amsterdam).

La Corte ritiene che tale tesi debba essere condivisa e che debba, sul punto, modificarsi l'orientamento espresso nella già citata sentenza 1122/2000, nella quale è stato escluso che l'invocato principio del diritto comunitario possa comportare, a favore dei residenti nel Regno Unito, l'applicazione di una disciplina più favorevole di quella della Convenzione, contenuta in altra convenzione bilaterale nell'ambito comunitario di cui sia parte lo Stato italiano, la quale (come quella col Lussemburgo indicata dalla ricorrente) menzioni espressamente l'ILOR tra i tributi oggetto della sua applicazione.

Infatti, pur dovendosi confermare, in linea astratta, che l'art. 6, anche se direttamente applicabile, non attribuisce in senso assoluto ai soggetti degli Stati membri un diritto ad ottenere un trattamento fiscale omogeneo, e tenendo presente che l'art. 220 del Trattato CE, nella parte in cui dispone che gli Stati membri avvino tra loro "per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: ... l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità", non conferisce ai singoli un diritto ad uniforme trattamento (sentenza della Corte di Giustizia CE del 12 maggio 1998, C-336/96, Coniugi G. c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin), la Corte deve prendere atto dell'avviso espresso dalla più recente e autorevole dottrina inglese e tedesca che si è occupata delle interferenze dei regimi dettati coi trattati contro le doppie imposizioni col diritto comunitario.

È opinione comune, infatti, che il principio di non discriminazione comporti l'estensione automatica di un vantaggio o di un'opportunità accordata ai soggetti di uno Stato membro mediante una norma pattizia o di diritto interno ai soggetti di tutti gli altri Stati membri. Tale principio, pur non avendo ancora trovato applicazione nella giurisprudenza comunitaria in materia di imposizione fiscale diretta, è stato affermato in alcune sentenze della Corte di Giustizia in termini talmente chiari da rendere superfluo, sul punto, un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 (ex 177) del Trattato CE.

Nella sentenza del 24 novembre 1998, in causa C-274/96, Procedimenti penali c. H.O.B. e U.F., la Corte ha affermato che "L'art. 6 osta ad una normativa nazionale che riconosce ai cittadini di una lingua determinata, diversa dalla lingua principale dello Stato membro interessato, i quali risiedono

nel territorio di un determinato ente locale" (nella specie si trattava dei residenti di lingua tedesca nella provincia di Bolzano) "il diritto di ottenere che il procedimento penale si svolga nella loro lingua, senza garantire il medesimo diritto ai cittadini degli altri Stati membri, della stessa lingua, che circolano e soggiornano nello stesso territorio".

Nella citata sentenza i giudici di Lussemburgo non hanno ritenuto sufficiente, al fine di negare l'estensione del diritto al processo in lingua tedesca, il fatto che tale diritto fosse attribuito per ragioni particolari, e cioè per la tutela di una minoranza.

È evidente che i principi affermati nella citata sentenza, nella quale si è esteso a tutti i cittadini degli Stati membri un diritto attribuito da un ordinamento nazionale ad una minoranza, trascendono il campo dell'uso della lingua, il quale si riferisce più propriamente alla libera circolazione delle persone, e devono ritenersi applicabili a tutte le libertà fondamentali protette dal diritto comunitario.

3.6. Il principio di non discriminazione svolge, inoltre, un ruolo adeguato sull'interpretazione della disciplina dettata dal diritto interno, nelle sue connessioni con la disciplina convenzionale.

Infatti, la lettura degli articoli 19, primo comma, n. 9), del D.P.R. n. 597/1973, 1, lettera c), del D.P.R. 599/73 e 25, ultimo comma, del D.P.R. n. 600/1973 sostenuta dall'Amministrazione conduce alla conclusione che, in forza della necessità della ritenuta, proprio l'applicazione della Convenzione determini un regime fiscale, per i redditi percepiti in Italia da un soggetto non residente, meno favorevole di quello stabilito per i non residenti di Paesi diversi dal Regno Unito.

Tale meccanismo si risolve in una violazione del principio di non discriminazione in base alla nazionalità, stabilito dall'art. 6, in quanto finisce col sottoporre un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente (e, in definitiva, qualunque soggetto non residente in Italia) ad un regime riguardante il prelievo fiscale sulle *royalties*, diverso e più gravoso di quanto stabilito per i non residenti di altri Stati, proprio in forza della subordinazione del regime più favorevole al meccanismo della ritenuta.

(*Omissis*) Il risultato dell'interpretazione sostenuta dall'Amministrazione sarebbe, infatti, quello di assoggettare in Italia le *royalties* percepite da soggetti residenti nel Regno Unito ad un regime d'imposizione fiscale diretta più gravoso di quello stabilito per le *royalties* percepite dagli altri non residenti (appartenenti o no all'area comunitaria), i quali subirebbero soltanto la ritenuta secca, sostitutiva di tutte le imposte sul reddito, e quindi beneficerebbero dell'esclusione dall'ILOR. Insomma, proprio i residenti di uno Stato col quale vige un regime convenzionale contro la doppia imposizione dovrebbero essere soggetti, in aggiunta all'ordinaria imposizione fiscale diretta nel Paese d'origine, al pagamento dell'ILOR nel Paese della fonte. In tal senso

deve essere meglio descritta (rispetto a quanto osservato nella citata sentenza 1122/2000) la situazione discriminatoria che si determinerebbe accogliendo la tesi dell'Amministrazione.

Una interpretazione coerente coi principi stabiliti dall'ordinamento comunitario non può essere se non nel senso che l'attribuzione del potere d'imposizione diretta al Paese in cui la società ha sede comporta l'esclusione di tutti quei tributi che per gli altri non residenti sarebbero esclusi dall'applicazione della ritenuta sostitutiva. Pertanto, la mancata ritenuta sulle *royalties* per effetto dell'attribuzione all'altro Stato contraente del potere impositivo non può determinare la reviviscenza, nell'ordinamento fiscale italiano, dell'ILOR. (Omissis).

* * *

(*) SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Applicabilità delle convenzioni bilaterali all'Imposta locale sui redditi. Il principio di "preferenza comunitaria". - 3. Reviviscenza dell'ILOR e principio di non discriminazione fiscale. - 3.1. Ambito applicativo del divieto di discriminazione sancito dalle convenzioni. - 3.2. Principio comunitario di non discriminazione fiscale e Trattati stipulati con Stati terzi. - 3.3. Divieto di discriminazione fiscale e doppia imposizione.

258

1. Premessa

Le sentenze sopra riportate offrono l'occasione per svolgere alcune riflessioni in merito ad un tema su cui la giurisprudenza pare a tutt'oggi muoversi tra non trascurabili incertezze, vale a dire l'applicazione della normativa interna alla luce del principio di non discriminazione fiscale, quale delineato nelle convenzioni contro la doppia imposizione e quale ricostruibile sulla base dei principi sanciti dai Trattati comunitari.

Dette pronunzie sono relative alla quanto mai dibattuta problematica dell'assoggettamento ad ILOR delle *royalties* erogate da soggetti residenti ad imprese straniere prive di stabile organizzazione in Italia. Come si ricorderà, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si era dapprima concentrata sulla sussistenza o meno, con riferimento ad una siffatta componente reddituale, del presupposto territoriale. L'acceso dibattito sorto attorno alla questione era stato sostanzialmente chiuso dalle modifiche apportate all'art. 19 del D.P.R. n. 597 del 1973 dall'art. 31 del D.P.R. n. 897 del 1980, con le quali si è sancita l'imponibilità in Italia dei "compensi corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio dello

Stato di soggetti non residenti per l'utilizzazione di marchi di fabbrica e di commercio, di opere dell'ingegno, di invenzioni industriali e simili, nonché per l'uso di veicoli, macchine ed altri beni mobili" (1).

Relativamente al periodo anteriore all'entrata in vigore delle cennate modifiche, peraltro, una nota sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione (2) escluse l'imponibilità delle *royalties* se corrisposte a soggetti senza stabile organizzazione in Italia [detta pronuncia affermò, in altre parole, la natura di redditi d'impresa dei proventi in questione, come tali assoggettabili ad imposizione in Italia, in linea di principio, unicamente se prodotti per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata, salva, naturalmente, l'applicabilità, a decorrere dall'1 gennaio 1982, del peculiare criterio di collegamento previsto dall'art. 19, n. 9), del D.P.R. n. 597/1973 (3)] (4).

Una volta risolto, come detto, il problema della territorialità delle *royalties* corrisposte da soggetti residenti ad imprese non residenti prive di stabile organizzazione in Italia, un ulteriore aspetto, relativo ai medesimi proventi, aveva attratto l'attenzione di dottrina e giurisprudenza. Infatti, occorre premettere che:

- l'art. 1, comma 2, lettera c), del D.P.R. n. 599/1973 escludeva dall'applicazione dell'ILOR "i redditi assoggettati a ritenuta alla fonte a titolo di imposta" (5);

- l'art. 25, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973 prevede, a sua volta, che le

(1) Art. 19, n. 9, del D.P.R. n. 597/1973. Il contenuto di tale disposizione è stato trasposto, nell'ambito del vigente testo unico, alla lettera c) dell'art. 20, comma 2. Com'è noto, non mancarono in dottrina autorevoli critiche all'adozione di tale *sourcing rule*, reputata poco confacente alla categoria reddituale in questione e giustificata, in ultima analisi, unicamente da ragioni "fiscali" (cfr., in particolare, DE MITA, *Ritenuta d'imposta: l'asso pigliatutto del diritto tributario*, in *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984, 902 ss.); lo stesso Autore non mancò, inoltre, di esprimere un giudizio estremamente negativo circa la sentenza della Corte Costituzionale n. 211 del 1987 (in *Dir. prat. Trib.*, 1988, II, 487 ed in *Giur. Cost.*, 1987, 1595) che aveva affermato la legittimità del D.P.R. n. 897/1980 (cfr. *Convenzione Italia-U.S.A. e tassabilità delle royalties*, in *Le Società*, 1988, 780). Circa il rapporto tra *taxing rules* e *sourcing rules* nell'ordinamento italiano e in quello internazionale vedi GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 154 ss.

(2) Cass. Sez. Un. 30 novembre 1983, n. 7185, in *Boll. Trib.*, 1984, 240.

(3) Proprio l'estraneità di tale disposizione ai principi dell'ordinamento relativi alla delimitazione dell'efficacia della norma nello spazio furono alla base delle posizioni critiche cui si è fatto cenno alla nota 1.

(4) Per una sintetica rassegna dei vari indirizzi manifestatisi in dottrina e in giurisprudenza prima di tale intervento delle Sezioni Unite vedi GARBARINO, voce "*Royalties*", in *Digesto - Discipline privatistiche - sez. comm.*, vol. XIII, Torino, 56 ss.

(5) Tale disposizione è stata in seguito trasfusa nell'art. 115, comma 2, lettera e) del Tuir.

royalties corrisposte da soggetti residenti a imprese straniere prive di stabile organizzazione nel territorio dello Stato siano sottoposte ad una ritenuta del 30 per cento a titolo d'imposta "sulla parte imponibile del loro ammontare" (6);

- talune convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia attribuiscono la potestà impositiva esclusiva sulle *royalties* allo Stato di residenza del percipiente (7), conseguentemente rendendo inapplicabile la suddetta ritenuta.

Ci si è, dunque, domandati se la mancata applicazione della imposizione sostitutiva in forza di una siffatta convenzione (la quale non estendesse i propri effetti all'ILOR, essendo in tal caso escluso *expressis verbis* ogni potere impositivo in capo allo Stato di provenienza delle *royalties*) potesse comportare, venute meno le condizioni previste dall'art. 1, comma 2, lettera c) del D.P.R. n. 599/1973, la "reviviscenza" dell'ILOR (imposta sostituita) su tali *royalties*, imposta da applicarsi secondo le modalità di prelievo "ordinarie".

Con una serie di interventi a partire dal 1992 la Corte di Cassazione affermò l'applicazione dell'ILOR su tali proventi (8), superando un precedente

(6) Tale è il testo della disposizione come risultante a seguito delle modifiche apportate dall'art. 1, comma 6, lettera b) del D.L. 31 dicembre 1996, n. 669; il testo vigente all'epoca dei fatti che hanno dato origine alle pronunce in esame prevedeva, invece, che la ritenuta del 30% fosse operata sul 70% dell'ammontare lordo delle *royalties*.

(7) L'esclusiva potestà impositiva dello Stato del percipiente è sancita anche dalla Convenzione Modello OCSE (art. 12, par. 1). La quasi totalità delle convenzioni stipulate dall'Italia prevedono, peraltro, un limitato potere impositivo anche per lo Stato della fonte; conformi alla Convenzione Modello OCSE sono, sul punto, unicamente i Trattati con Cipro, Irlanda, Macedonia, Russia, Ungheria e URSS (tale convenzione è attualmente applicabile relativamente ai rapporti tra l'Italia e le "nuove" repubbliche di Bielorussia e di Ucraina).

(8) Cass. sez. I, 8 aprile 1992, n. 4301, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, II, 879 (con nota Carpentieri); Cass., sez. I, 29 marzo 1993, n. 3637, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, II, 881 (con nota Carpentieri); la sentenza è pubblicata anche in *Giur. Imp.*, 1994, 175, con nota Pennella; Cass., sez. I, 21 febbraio 1995, n. 1872, in *GT*, 1995, 883 (con nota Gratani); Cass., sez. I, 9 settembre 1996, n. 8166, in *Dir. prat. Trib.*, 1997, III, 228 (con nota Pisano); Cass., sez. I, 7 novembre 1996, n. 9718, in *Dir. prat. Trib.*, 1997, III, 610 (con nota Pozza). L'orientamento manifestato in tali pronunce della Suprema Corte è coerente con le posizioni espresse sul punto dall'Amministrazione Finanziaria (cfr., al riguardo, circ. min. 13 settembre 1977, n. 86/12/953, in *Dir. prat. Trib.*, 1978, I, 644 e circ. min. 12 dicembre 1981, n. 42, in *Dir. prat. Trib.*, 1982, I, 140) e da una parte della giurisprudenza di merito: si segnalano, ad esempio, CTC, 30 giugno 1987, n. 5338, in *Comm. trib. centr.*, 1987, I, 318; CTC, 7 ottobre 1993, n. 2672, in *Rass. Trib.*, 1994, 340 (con nota Carpentieri); CTC, sez. XVIII, 19 maggio 1994, n. 1683, CTC, sez. XVIII, 5 luglio 1994, n. 2447 e CTC, sez. XVI, 7 luglio 1994, n. 2524 (tutte e tre in *Rass. Trib.*, 1994, 1996, con nota di Nicodemo e postilla di Lupi); CTC, sez. VIII, 11 aprile 1995, n. 1461, in *Rass. Trib.*, 1996, 693 (con nota Putinati).

orientamento manifestato in varie pronunce delle corti di merito (9) (e sostenuto dalla dottrina dominante) (10).

La gran maggioranza di tali pronunce concerneva l'applicazione della

(9) CTC, sez. X, 9 novembre 1992, 6006, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, II, n. 1115 (con nota Ceriana); Comm. trib. 1° gr. Roma, sez. XVIII, 14 giugno 1984, n. 21369 e Comm. trib. 1° gr. Milano, sez. XLI, 7 febbraio 1985, n. 14813 (entrambe in *Riv. Dir. Fin.*, 1986, II, 3, con nota Tabet); Comm. trib. 1° gr. Milano, sez. XLI, 30 giugno 1987, in *Boll. Trib.*, 1988, 215; Comm. trib. 1° gr. Parma, 4 settembre 1993, n. 242, *ibidem*, 1994, 887.

(10) Tra i molti contributi in materia si segnalano, in particolare, ADONNINO, *ILOR su royalties corrisposte a soggetti residenti con cui vigono convenzioni per evitare doppie imposizioni*, in *fisco*, 1987, 4932; CARPENTIERI, *Appunti in tema di imposta sostitutiva e imposta sostituita*, in *Dir. prat. Trib.*, 1983, II, 890; CORDEIRO GUERRA, *Interessi e royalties transnazionali: regime impositivo, problemi esegetici e spunti critici*, in UCKMAR-GARBARINO (a cura di), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1996, 149; DE MITA, *Convenzione Italia - USA e tassabilità delle royalties*, in *Le Società*, 1988, 779; GLENDI, voce "Redevances", in *NN.D.I. - Appendice*, Torino, 1986, 423; LUPU, *Inapplicabilità dei regimi sostitutivi ed imposte sostitutive: far risorgere l'ILOR produce mostri*, in *Rass. Trib.*, 1995, 694; MAYR, *Una nuova disciplina per i soggetti non residenti*, in *Boll. Trib.*, 1982, 115-116; TABET, *Reviviscenza dell'ILOR su royalties non assoggettate a ritenuta?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1986, II, 3; ZOPPINI, *Note critiche sull'imposizione delle royalties fluenti verso l'estero*, in *Boll. Trib.*, 1993, 967. Le principali argomentazioni sostenute dalla dottrina al fine di contrastare l'orientamento giurisprudenziale dominante vertevano:

a) sulla corretta interpretazione da assegnare al termine "assoggettati" contenuto nell'art. 1, comma 2, lettera c) del D.P.R. n. 599 [nonché al termine "soggetti" utilizzato dall'art. 115, comma 2, lettera e) del Tuir; cfr., per tutti, sul punto, ADONNINO, *op. cit.*, 4933];

b) sull'inesistenza, per le *royalties* corrisposte a imprese non residenti prive di stabile organizzazione in Italia, di meccanismi impositivi altri dalla ritenuta alla fonte prevista dall'art. 25 del D.P.R. n. 600 (DE MITA, *op. cit.*, 780 ss.);

c) sull'assurdo esito dell'interpretazione contestata, la quale poneva le basi per il crearsi di una situazione di doppia imposizione proprio in applicazione di una convenzione destinata a contrastare siffatti fenomeni (cfr., ad esempio, GLENDI, *op. cit.*, 429; CERIANA, *Royalties percepite da una società statunitense e presupposto d'imposta ai fini ilor*, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, II, 1119);

d) nonché sull'impossibilità, per il regime di tassazione ordinario, di ritrovare applicazione al venir meno del regime sostitutivo (il tema è compiutamente sviluppato in CARPENTIERI, *op. cit.*, 898 ss.).

A ciò si aggiunge che, con ogni probabilità, l'indirizzo restrittivo manifestato in dette pronunce dalla Cassazione si fondava su una malintesa considerazione del regime tributario caratterizzante le *royalties* corrisposte da soggetti italiani ad imprese estere. Detti proventi, infatti, erano tenuti indenni dall'applicazione della ritenuta di cui all'art. 25 del D.P.R. n. 600 non già in virtù di una "esenzione in senso proprio" (intendendosi per essa una misura volta a determinare un'eccezionale situazione di *non imposizione*, di norma per scopi agevolativi), bensì in forza di una disposizione (di matrice convenzionale) finalizzata ad evitare l'insorgere di situazioni di *doppia imposizione*.

Se, dunque, sarebbe parso discutibile affermare la "reviviscenza" dell'ILOR nell'ipotesi di detassazione dei proventi in base ad una "esenzione in senso proprio", volta ad agevolare le *royalties* ai fini Irpef ed Irpeg (e non anche ai fini ILOR), ancor più censurabile era far rivivere l'imposta sostituita nella fattispecie in esame, in cui la disapplicazione

Convenzione Italia - Stati Uniti stipulata il 30 marzo 1955 (11) [cui si riferisce anche la sentenza 5768/2000 (12)] e della Convenzione Italia - Regno Unito del 4 luglio 1960 (13) [di cui si controverte nelle sentenze 1122/2000 e 9942/2000 (14)]. Ambedue i Trattati, infatti, stipulati anteriormente alla riforma tributaria del '71-'73, e, conseguentemente, per lo più ritenuti non applicabili all'Imposta locale sui redditi (15) (16), stabilivano, in ordine alle *royalties*, l'esclusiva potestà impositiva dello Stato del percettore.

Entrambi i Trattati, d'altra parte, non sono oggi più in vigore, in quanto sostituiti dai nuovi accordi stipulati, rispettivamente, il 17 aprile 1984 (17)

della ritenuta è funzionale all'eliminazione di una situazione di doppia imposizione internazionale (d'altra parte l'ordinamento manifesta in svariati frangenti di non ignorare la particolare natura, non esentativa in senso stretto, delle norme, interne o convenzionali, che sono preordinate all'eliminazione o al contenimento dei fenomeni di doppia imposizione; si pensi, solo per fare alcuni esempi, al diverso trattamento, in tema di detraibilità dell'Iva assolta sugli acquisti, che il D.P.R. n. 633/1972 riserva, rispettivamente, alle operazioni di cui all'art. 8 e a quelle dell'art. 10 del medesimo decreto; ovvero, in materia di imposte dirette, al regime dei dividendi "intra-gruppo", assoggettati a imposta in misura ridotta dagli artt. 96 e 96-bis del Tuir, ma computati per intero ai fini del calcolo del "pro-rata" di cui all'art. 63, nonché del credito d'imposta ai sensi dell'art. 105 del medesimo testo unico).

(11) Su tale convenzione cfr. LANCELLOTTI, *Problemi inerenti alla convenzione tra la Repubblica italiana e gli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito*, in *Dir. prat. Trib.*, 1975, I, 659.

(12) Vicende analoghe a quelle esaminate in tale pronuncia sono state successivamente affrontate dalla Cassazione nelle sentenze 2 ottobre 2000, n. 12997 (Pres. Cantillo - Rel. Altieri), 27 ottobre 2000, n. 14197 (Pres. Cantillo - Rel. Altieri) e 28 ottobre 2000, n. 14253 (Pres. Cantillo - Rel. Altieri), con motivazioni che ricalcano fedelmente quelle svolte nella sentenza 5768/2000 qui in commento.

(13) Su cui vedi UCKMAR, *La convenzione tra l'Italia e in Regno Unito sulle imposte sui redditi*, in *Dir. prat. Trib.*, 1961, I, 187.

(14) La sentenza 9942/2000 riproduce in buona parte le argomentazioni già svolte dalla Corte nel decidere sulla causa 1122/2000, aggiungendo tuttavia talune innovative considerazioni, le quali formeranno oggetto d'analisi nel corso del paragrafo 2.

(15) Si noti che, a differenza della Convenzione Italia - Regno Unito, quella stipulata con gli Stati Uniti non conteneva la clausola di cui all'art. 2, par. 4, della Convenzione Modello OCSE, la quale sancisce l'applicabilità del Trattato "also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of signature of the Convention in addition to, or in place of, the existing taxes". Ciò rese necessario procedere ad uno scambio di note tra le autorità di Italia e Stati Uniti, tramite il quale si stabilì l'applicazione del Trattato all'IRPEF e all'IRPEG (e non anche all'ILOR). In virtù della suddetta clausola, viceversa, la Convenzione Italia - Regno Unito venne automaticamente applicata ai nuovi tributi introdotti dalla riforma del '71-'73 (ma non all'ILOR).

(16) In generale, sui problemi di adattamento delle convenzioni già stipulate al nuovo sistema tributario risultante dalla riforma tributaria, vedi MIRAULO, voce "Imposizione doppia", in *NN.D.I. - Appendice*, III, Torino, 1982, 1287.

(17) In vigore dal 30 dicembre 1985.

[Convenzione Italia - Stati Uniti (18)] e il 21 ottobre 1988 (19) [Convenzione Italia - Regno Unito (20)]; le due convenzioni oggi vigenti (21) prevedono espressamente l'ILOR tra le imposte rientranti nel rispettivo ambito applicativo e, relativamente alle *redevances*, stabiliscono una ripartizione della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato del percettore (22).

Così come le varie pronunce sopra richiamate, anche le sentenze qui in esame hanno ad oggetto, pertanto, fatti accaduti anteriormente all'entrata in vigore delle nuove convenzioni [e, naturalmente, dopo l'1 gennaio 1982, data di entrata in vigore delle citate modifiche all'art. 19 del D.P.R. n. 597/1973 (23)]. Con esse la Cassazione supera, pur non disconoscendolo, il proprio precedente orientamento in merito alla "reviviscenza" dell'ILOR sulle *royalties* nell'ipotesi di mancata applicazione della ritenuta in virtù di disposizioni convenzionali esentative, affermando, da un lato, l'applicabilità delle convenzioni anche all'ILOR, nonché, dall'altro, l'incompatibilità con i principi comunitari di una normativa nazionale che, mediante il predetto meccanismo, esponga l'operatore non residente a un trattamento deteriore rispetto a quello adottato per i soggetti residenti.

2. Applicabilità delle convenzioni bilaterali all'imposta locale sui redditi. Il principio di "preferenza comunitaria"

L'applicabilità delle convenzioni all'ILOR, per quanto a tale imposta non si faccia riferimento alcuno in detti atti normativi, è affermata nella sentenza 1122/2000 mediante alcune invero sintetiche statuizioni, mentre la sentenza 5768/2000 dedica al tema solo un rapido richiamo. La Suprema Corte rileva

(18) Su tale convenzione vedi MAYR, *La nuova convenzione Italia - USA per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito*, in *Boll. Trib.*, 1986, 437.

(19) In vigore dal 31 dicembre 1990.

(20) Su cui vedi GRIFONI, *La convenzione tra Italia e Regno Unito contro le doppie imposizioni*, in *Le Società*, 1992, 23 e MAYR, *La nuova convenzione tra Italia e Regno Unito*, in *Corr. Trib.*, 1991, 804.

(21) Il 25 agosto 1999 è stata peraltro firmata una nuova Convenzione tra Italia e Stati Uniti, non ancora in vigore.

(22) Tra le convenzioni attualmente vigenti le quali non riconoscono alcun potere impositivo allo Stato della fonte sulle *royalties* "in uscita" (vedi *retro* alla nota 7), solo quelle con Cipro e Irlanda non menzionano l'ILOR tra le imposte ricomprese nel relativo ambito applicativo; ambedue i Trattati contengono peraltro una disposizione "di chiusura" analoga a quella dettata dall'art. 2, par. 4, della Convenzione Modello OCSE.

(23) In quanto, come sopra ricordato, le *royalties* corrisposte anteriormente a quella data da soggetti residenti ad imprese straniere prive di stabile organizzazione in Italia non si considerano prodotte (e, come tali, tassabili) in Italia.

in particolare come l'ILOR, nonostante la sua stessa denominazione e le iniziali intenzioni del legislatore della riforma, abbia ben presto assunto in concreto la natura di imposta *erariale*, in ragione della totale assenza di potere da parte degli enti locali in ordine all'accertamento e alla riscossione dell'imposta (nonché, a seguito del D.L. 23 dicembre 1977, n. 936, in ordine alla determinazione dell'aliquota unica nazionale), tutte prerogative riservate per legge all'amministrazione statale (24). Ciò implica, di per sé, a parere della Cassazione, la necessaria inclusione dell'ILOR nell'ambito applicativo della convenzione.

Sempre nella sentenza 1122/2000, la Suprema Corte non ha per contro ritenuto fondate le argomentazioni svolte dalla società ricorrente tese a giustificare detta inclusione facendo riferimento, da un lato, all'obbligo di interpretazione della normativa convenzionale secondo buona fede sancito dall'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (25), nonché al (presunto) principio internazionale che prevederebbe l'applicazione della clausola della nazione più favorita (il quale sarebbe violato dalla mancata inclusione dell'ILOR nell'ambito applicativo della convenzione Italia - Gran Bretagna, laddove detta imposta è ricompresa nel campo d'applicazione di altri trattati fiscali stipulati dall'Italia) (26).

264

(24) Sul carattere "erariale" dell'imposta locale sui redditi, come evolutasi negli anni successivi alla sua introduzione, si registra univocità di opinioni in dottrina: cfr., *ex multis*, FANTOZZI, *Diritto Tributario*, Torino, 1998, 752; LUPI, *Diritto Tributario. Parte speciale - I sistemi dei singoli tributi*, Milano, 1996, 246 (ove tale Autore evidenzia proprio come il mantenimento dell'appellativo "locale" determini delle incertezze circa l'applicabilità o meno delle convenzioni internazionali a tale imposta); MARONGIU, voce *Imposta Locale sui Redditi*, in *Enc. Giur.*, vol. XVI, Roma, 1989, 4; MICCINESI, *I tributi diretti erariali*, in Russo, *Manuale di Diritto Tributario*, Milano, 1994, 600; RUSSO, *L'ILOR sulle royalties corrisposte a società non residente* (nota a CTC, 24 novembre 1978, n.16278), in *Giur. It.*, 1980, III, sez. II, col. 38; SCHIAVOLIN, *L'imposta locale sui redditi - Funzione, presupposto e soggetti passivi*, *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* (volume *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*), diretta da Tesauro, Torino, 1996, 366; TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte speciale*, Torino, 1994, 152.

(25) Convenzione del 23 maggio 1969, resa esecutiva in Italia con L. 12 febbraio 1974, n. 112, ed entrata in vigore in Italia il 27 gennaio 1980. L'art. 31 stabilisce, in particolare, che "un trattato dev'essere interpretato secondo buona fede in conformità al senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce dell'obiettivo scopo del trattato medesimo". Si richiama all'art. 31 della Convenzione di Vienna al fine di affermare l'applicabilità all'ILOR della previgente convenzione Italia-USA Ceriana, *Royalties percepite da una società statunitense e presupposto di imposta ai fini ilor*, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, II, 1120.

(26) La clausola della nazione più favorita viene tradizionalmente inserita nei trattati di carattere commerciale al fine di garantire a ciascuno degli Stati contraenti l'estensione automatica dei trattamenti privilegiati che uno di essi ha concesso o concederà a un qualunque altro Stato. La dottrina tende, peraltro, ad escludere l'esistenza di un principio di diritto internazionale primario che imponga l'applicazione di un siffatto trattamento anche in as-

Su tale ultimo punto, tuttavia, la Corte ha manifestato un diverso avviso nella successiva sentenza 9942/2000, in cui si afferma, tra l'altro: "È opinione comune, infatti, che il principio di non discriminazione comporti l'estensione automatica di un vantaggio o di un'opportunità accordata ai soggetti di uno Stato membro mediante una norma pattizia o di diritto interno ai soggetti di tutti gli altri Stati membri". Viene così richiamato il c.d. "principio di preferenza comunitaria", già applicato dalla Corte di Giustizia in pronunce attinenti altri settori dell'ordinamento [ad es. l'agricoltura (27)], dal quale deriverebbe, per gli Stati membri, l'obbligo di estendere a tutti i cittadini comunitari le agevolazioni fiscali concesse mediante accordi bilaterali stipulati con determinati Paesi membri (28). La dottrina prevalente tende, peraltro, a negare la possibilità di impiegare detto principio in materia tributaria (29). Argomenti a so-

senza di un'espressa disposizione convenzionale. Cfr., *amplius*, F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 33 ss.; KEMMEREN, *The Termination of the m.f.n. Clause Dispute in Tax Treaty Law*, in *EC Tax Review*, 1997, 151; RÄDLER, *Most Favoured Nation Clause*, in AA. VV., *Multilateral Tax Treaties*, Deventer, 1998, 5 ss.; SCHUCH, *Most favoured nation clause in tax treaty law*, in *EC Tax Rev.*, 1996, 161; VOGEL, *Problems of a Most-Favoured Nation Clause in intra-EU Treaty Law*, *ibidem*, 1995, 264.

(27) Cfr. le sentenze Corte di Giustizia, 13 marzo 1968, causa 5/67, *Beus* (in *Racc.*, 113); Corte di Giustizia, 14 luglio 1994, causa C-353/92, *Rep. Ellenica c. Consiglio* (in *Racc.*, I, 3451) e Trib. di 1° grado, 15 dicembre 1994, causa T-489/93, *Unifruit Hellas EPE*, in *Racc.*, II, 1228. In talune sentenze i giudici comunitari hanno anche esaminato la questione della sussistenza di un "principio di preferenza comunitaria" nell'ambito del c.d. "regime dell'approvvigionamento" disciplinato nel Trattato Euratom: cfr. Corte di Giustizia, 11 marzo 1997, causa C-357/95, *Empresa Nacional de Uranio*, (in *Racc.*, I, 1329) e (sulla medesima vicenda) Trib. di 1° grado, 15 settembre 1995, causa T-458/93 (in *Racc.*, II, 2459).

(28) Schematicamente può dirsi che dal (presunto) principio di "preferenza comunitaria" possono trarsi tre corollari (l'attenzione della dottrina è peraltro tutta concentrata sul primo, e più "ragionevole", dei tre):

- se uno Stato membro X, mediante una convenzione bilaterale ovvero una norma interna, ha riconosciuto, ai cittadini dello Stato membro Y, una data agevolazione, tale misura deve essere estesa dallo Stato X ai cittadini di tutti gli altri Stati membri;
- detta estensione deve operare anche in relazione alle agevolazioni che lo Stato membro X abbia in tali modi concesso ai cittadini dello Stato terzo Z;
- un soggetto avente (la residenza e) la nazionalità dello Stato membro X può invocare, in ordine al trattamento fiscale cui assoggettare i proventi da esso conseguiti nello Stato membro Y, l'applicazione delle misure agevolative disciplinate dalla convenzione stipulata tra lo Stato membro Z e lo Stato membro K.

(29) Cfr. F. AMATUCCI, *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 1999, 437; BIZIOLI, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e... competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso "Saint Gobain"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, 203; MARTIN JIMÉNEZ, GARCÍA PRATS e CALDERÓN CARRERO, *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The "Saint Gobain" Decision of the ECJ*, in *BIFD*, 2001, 241; HINNEKENS, *Comparability of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Ru-*

stegno di tale orientamento vengono tratti da alcune statuizioni della Corte di Lussemburgo contenute, in particolare, nelle sentenze *Bachmann* (30) e *Gilly* (31) (32).

In effetti, l'art. 293 del Trattato di Roma riconosce manifestamente agli Stati membri la competenza a stipulare, "per quanto occorra", convenzioni finalizzate all'eliminazione della "doppia imposizione fiscale all'interno della comunità". Benché tale disposizione fosse rivolta, presumibilmente, a stimolare il perseguimento di tale scopo mediante la conclusione di accordi multilaterali (33), gli Stati membri hanno esercitato detta competenza stipulando tra loro un ampio *network* di convenzioni bilaterali, per lo più ispirate ai modelli elaborati (prima dalla Società delle Nazioni e, successivamente) dall'OCSE.

Tali convenzioni perseguono il fine dell'eliminazione della doppia imposizione giuridica (34) mediante diversi strumenti (l'esenzione ovvero il credito

les, in *EC Tax Rev.*, 1994, 154; KEMMEREN, *The Termination of the m.f.n. clause Dispute in Tax Treaty Law*, *ibidem*, 1997, 146; van den Hurk, *The European Court of Justice knows its limits*, in *EC Tax Rev.*, 1999, 216-218; VOGEL, *op. ult. cit.*, 264. La tesi contraria è tradizionalmente sostenuta da parte della dottrina tedesca e austriaca (RÄDLER, *Most-Favoured Nation Clause in European Tax Law?*, in *EC Tax Rev.*, 1995, 66; KERGALL, *Aspects of Treaty Overriding*, in *Intertax*, 1993, 452; SCHUCH, *op. cit.*, 161).

(30) CdG 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *H.M. Bachmann c. Stato Belga*, in *Racc.*, 1992, I-249.

(31) CdG 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, in *Dir. prat. Trib.*, 1998, III, 833 (con nota Medici).

(32) Un certo interesse era stato suscitato in dottrina (cfr. EICKER, *Cases Hoechst/Metallgesellschaft before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 1999, 173) dal riferimento al presunto principio di "preferenza comunitaria" fatto nel corso delle cause riunite C-397/98 (*Metallgesellschaft*) e C-410/98 (*Hoechst*). Decidendo su tali controversie con la sentenza 8 marzo 2001 (in *Giur. It.*, 2001, 1482), la Corte ha tuttavia prudentemente ommesso di pronunciarsi su tale aspetto (e lo stesso aveva già fatto l'Avvocato Generale Fennelly nel redigere le sue conclusioni).

(33) Prassi che è stata seguita in ordine agli altri obiettivi indicati dall'art. 293 (basti ricordare la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale (in *GUCE*, L. 299 del 31 dicembre 1972, 32-42) e la Convenzione di Bruxelles del 29 febbraio 1968 sul reciproco riconoscimento delle società e delle persone giuridiche).

(34) Talune convenzioni contengono anche specifiche disposizioni volte a limitare il fenomeno della doppia imposizione economica sugli utili delle imprese successivamente assoggettati a imposizione in capo ai percettori quali utili da partecipazione (relativamente all'Italia, si vedano i Trattati stipulati con Francia e Regno Unito). Com'è noto, inoltre, una disposizione volta ad eliminare una situazione di doppia imposizione economica è dettata dall'art. 9, par. 2, della Convenzione Modello OCSE.

d'imposta, disciplinato nelle sue molteplici forme), e mediante una diversa gradazione del potere impositivo dello Stato della fonte sulle varie tipologie di proventi percepiti dai soggetti residenti nell'altro Stato contraente (35).

La possibilità di "dosare" gli strumenti convenzionali, pur sempre con il fine ultimo di impedire l'insorgere di situazioni di doppia imposizione, appare dunque connaturale all'esercizio della politica fiscale [si potrebbe anche dire: "all'esigenza di preservare la *coerenza* del sistema fiscale" (36)] da parte dei singoli Stati membri; parimenti dicasi in ordine al potere di escludere l'applicazione dei benefici convenzionali nei confronti di soggetti che non siano residenti in alcuno dei due Stati contraenti (37) [né risultino, relativamente al trattamento tributario cui sono assoggettati, in una situazione analoga a quella dei soggetti aventi la residenza dello Stato contraente che si trovi ad applicare la convenzione (38)]. D'altra parte, lo scopo di siffatte convenzioni è, appunto, quello di impedire la doppia imposizione dei contribuenti residenti negli Stati contraenti, non certo quello di assicurare loro l'assoggettamento al regime impositivo più mite tra quelli esistenti.

Né a diverse conclusioni può giungersi in considerazione di quanto statuitosi nella citata sentenza *Saint Gobain*, in cui la Corte di Lussemburgo ha in particolare rilevato che l'equilibrio e la reciprocità delle Convenzioni stipulate dalla Germania con gli Stati Uniti e la Svizzera non verrebbero rimessi in discussione da un'estensione unilaterale di un'agevolazione fiscale prevista da tali Convenzioni, poiché una tale estensione non pregiudicherebbe affatto i diritti di tali Paesi né imporrebbe loro nuovi obblighi (39).

In tale fattispecie, infatti, l'estensione dell'ambito soggettivo d'applicazio-

(35) "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" (Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*, punto 56, pubblicata in *Dir. prat. Trib.*, 2000, III, 323, con nota di chi scrive).

(36) Su cui vedi oltre alla nota 59.

(37) Affermare il contrario vorrebbe dire, tra l'altro, togliere ogni significato alle disposizioni *anti-treaty shopping* contenute nei trattati stipulati tra loro dagli Stati membri; la Corte di Giustizia ha tuttavia riconosciuto, nella nota sentenza *Centros* (3 settembre 1999, causa C-212/97, in *Foro It.*, 2000, IV, col. 317-322, con nota Fortunato), la compatibilità con i principi comunitari delle normative nazionali mirate a contrastare fenomeni elusivi (e non solamente quelli di vera e propria evasione fiscale), e che "gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario" (punto 24 della motivazione).

(38) Come puntualizzato nella citata sentenza *Saint Gobain* (a tale pronuncia si avrà più volte modo di far riferimento nel prosieguo).

(39) Punto 59 della motivazione.

ne del beneficio convenzionale era necessaria onde non assoggettare un soggetto comunitario (la stabile organizzazione tedesca di un'impresa francese) ad un trattamento fiscale peggiore rispetto a quello riservato dalla normativa tedesca alle società residenti. In altre parole, i termini del raffronto da operare per evidenziare o meno una discriminazione illegittima sono, pur sempre, da un lato, il trattamento tributario applicato ai soggetti residenti e, dall'altro, la disciplina fiscale cui risultano sottoposti i soggetti non residenti comunitari che, come nel caso di una stabile organizzazione, si trovino in "condizioni analoghe", sotto il profilo tributario, rispetto ai soggetti residenti (40).

Dalla giurisprudenza comunitaria non può trarsi, in conclusione, alcun elemento al fine di affermare l'illegittimità della normativa di uno Stato membro X, la quale assoggetti i soggetti non residenti, cittadini dello Stato membro Y, ad un trattamento non peggiore rispetto a quello applicabile ai residenti, ma meno agevolato in confronto a quello che il medesimo Stato X riconosce, in base ad una convenzione bilaterale, ai non residenti che abbiano la nazionalità dello Stato (membro o terzo) Z (41).

Inconferente appare, infine, il richiamo svolto dalla Cassazione alla sentenza della Corte di Giustizia del 24 novembre 1998 (42). Con tale pronuncia i giudici comunitari hanno, infatti, rilevato che, nel momento in cui la normativa italiana riconosce ai cittadini italiani di lingua tedesca il diritto di ottenere che i procedimenti penali che li riguardano si svolgano nella loro lingua, tale "privilegio" non può essere negato ai soggetti, parimenti di lingua tedesca, aventi la nazionalità di altro Stato membro, i quali siano assoggettati a procedimento penale in Italia. Ben diverso sarebbe stato affermare (come sembra aver inteso la Suprema Corte) che laddove uno Stato membro X abbia riconosciuto, mediante convenzione bilaterale, una data agevolazione ai cittadini dello Stato membro Y, detta agevolazione debba essere estesa ai cittadini di tutti gli altri Stati membri.

(40) I temi della genesi e del contenuto del "principio comunitario di non discriminazione fiscale" formeranno oggetto di più approfondito esame nel corso del paragrafo 3.2.

(41) La sentenza *Saint Gobain* ha ciò nondimeno posto all'attenzione di tutti la possibilità di contrasti tra la disciplina dettata nelle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione ed il diritto comunitario; le principali soluzioni avanzate dalla dottrina europea al fine di risolvere tale problematica consistono nella redazione di una convenzione multilaterale tra gli Stati membri dell'Unione Europea (proposta, in particolare, dalla scuola viennese), ovvero nella predisposizione di un Modello di convenzione per i Paesi membri (il tema ha costituito oggetto di discussione nel corso del convegno di studi intitolato *Interactions between the Double Taxation Conventions and the Rulings of the ECJ on the Fundamental Freedoms*, tenutosi a Treviri il 26-27 aprile 1999, di cui si veda il resoconto di PISTONE in *Riv. Dir. Trib. Int.le*, 1999, 351).

(42) Causa C-274/96, *Bickel e Franz*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, 203 (con nota Condinanzi), nonché in *Riv. Dir. Int.*, 1999, 106 (con nota Gattini).

3. Reviviscenza dell'ILOR e principio di non discriminazione fiscale

Nelle sentenze in commento, la Cassazione evidenzia la necessità di procedere ad una rivisitazione del proprio descritto orientamento in merito all'applicazione dell'ILOR sulle *royalties* corrisposte a imprese non residenti, alla luce del principio di non discriminazione fiscale desumibile dalla normativa convenzionale (43) e, soprattutto, da quella comunitaria (44) (45).

(43) Sul divieto di non discriminazione contenuto nelle convenzioni contro la doppia imposizione vedi, tra gli altri, ADONNINO, *Non discrimination in international tax rules, General Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, IFA, vol. 78b, Deventer, 1993; Id., *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. Trib.*, 1999, III, 173; AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 63-99; Id., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (a cura di), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 1999, 403; AA.VV., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties - Part I*, in *BTR*, 1991, 359; Id., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties - Part II*, in *BTR*, 1991, 421; Goldberg-Glicklich, *Treaty-based non Discrimination: Now You See It Now You Don't*, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, I, 521; van RAAD, *Non discrimination in international tax law*, Deventer, 1996; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, 1997, Deventer, 1273-1338.

(44) Tra i già numerosi studi relativi al principio di non discriminazione fiscale desumibile dal sistema normativo comunitario si segnalano AA.VV., *Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law?*, in *European Taxation*, 2000, 3 (relativamente alla normativa italiana vedi, in particolare, l'intervento di LOMBARDI, a p. 60); ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1993, 65; AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 105-177; BATER, *Setting the Scene: The Legal Framework*, in *European Taxation*, 2000, 8; BIZIOLI, *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Rev.*, 1998, 239; CLAEYS BOÛAERT, *La règle de non-discrimination dans la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice européenne*, in *Journal de droit fiscal*, 1999, 269; GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2000, 34; HINNEKENS, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with EC Law - The Rules*, in *Intertax*, 1994, 146; Id., *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with EC Law - Application of the Rules*, in *EC Tax Rev.*, 1995, 202; KNOBBE-KEUK, *Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions - Ban and Justification*, in *EC Tax Rev.*, 1994, 74; LEHNER, *Limitation of the National Power of Taxation by the Fundamental Freedoms and Non-Discrimination Clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Rev.*, 2000, 5; MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. Trib.*, 2000, 1151; QUAGHEBEUR, *A Bridge Over Muddled Waters. Coherence in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities Relating to Discrimination Against Non-Resident Taxpayers*, in *The EC Tax Journal*, volume I, 1995/96, 109; PETERS-SNELLAARS, *Non-discrimination and Tax Law: structure and comparison of the various non-discrimination clauses*, in *EC Tax Rev.*, 2001, 13; PISTONE, *The Impact of Community Law on Tax Treaty: Issues and Solutions*, i.c.p.; RAVENTÓS, *Recent Income Tax Cases before the European Court of Justice: Impact on Future Tax Policy in Europe*, in *European Taxation*, 1998, 336; ROLLE, *Mercato interno e fiscalità diretta nel Trattato di Roma e nelle recenti iniziative della Commissione Europea*,

In seguito ad una laboriosa analisi di tali normative la Suprema Corte giunge pertanto ad affermare l'incompatibilità con detto principio della normativa interna, qualora essa sia interpretata nel senso di assoggettare ad ILOR le *royalties* esentate dalle altre imposte dirette in forza di disposizioni convenzionali, in quanto in tal modo tale normativa risulterebbe penalizzante per i soggetti non residenti (che sconteranno un'ulteriore imposizione sui medesimi proventi nel loro Stato di residenza) nei confronti delle imprese nazionali (46) (47).

in *Dir. prat. Trib.*, 1999, III, 5; SCHWARZ, *Cross-Border Corporate Structures and Financing: The Impact of European Court Decision on Tax Discrimination*, in *BIFD*, 2000, 111; van den HURK, *The European Court of Justice Knows its Limits*, in *EC Tax Rev.*, 1999, 211; VANISTENDAEL, *The role of the European Court of Justice as the Supreme Judge in tax case*, in *EC Tax Rev.*, 1996, 114, *Id.*, *The limits to the new community tax order*, in *Common Market Law Rev.*, 1994, 310; *Id.*, *Impact of European tax law on tax treaties with third countries*, in *EC Tax Rev.*, 1999, 163; van THIEL, *Prohibition of Income Tax Discrimination in European Union: What does it Means?*, in *European Taxation*, 1994, 306; WATTEL, *Progressive Taxation of Non-Resident and Intra-EC Allocation of personal Tax Allowances*, in *European Taxation*, 2000, 210; WERLAUFF, *Remedies Available to Individuals under EC Law against Discriminatory National Law*, in *European Taxation*, 1999, 475; WOUTERS, *The Principle of Non-Discrimination in European Community Law*, in *EC Tax Rev.*, 1999, 98. Con specifico riferimento all'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento italiano, vedi F. AMATUCCI, *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, 163 e GARBARINO-CORASANITI, *The non discrimination principle in the italian tax system*, in *EC Tax Rev.*, 1997, 164.

(45) La dottrina maggioritaria tende per contro ad escludere la sussistenza di un principio di non discriminazione nel diritto internazionale primario (cfr., sul punto, ADONNINO, *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. Trib.*, 1999, III, 178; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, 24; CROXATTO, *Diritto Internazionale Tributario*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, sez. commerciale, 644; van RAAD, *Non Discrimination in International Tax Law*, Deventer, 1986, 25; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, DEVENTER, 1997, 1286. *Contra* LUPI, voce *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXI, Roma, 1994, 2.

(46) Le conclusioni della Suprema Corte sono a dir la verità un po' *naïf*: la Cassazione non afferma, infatti, l'incompatibilità *tout court* della normativa nazionale con quella comunitaria, con la conseguente necessità di disapplicare la prima. Secondo uno schema argomentativo che ricorda da vicino le pronunce della Consulta, la Corte afferma che la disciplina interna [e, in particolare, l'art. 1, comma 2, lettera c) del D.P.R. n. 599/1973] è discriminatoria solo se interpretata nel senso che l'ILOR debba trovare applicazione tutte le volte che il regime impositivo alternativo non sia stato *in concreto* applicato (interpretazione di cui tuttavia la Cassazione ribadisce la correttezza); il contrasto con i principi di diritto comunitario viene meno ove si ritenga, al contrario, che l'esclusione da ILOR operi per tutti i proventi che siano *astrattamente* soggetti a ritenuta alla fonte (chiave di lettura da sempre rigettata dalla Suprema Corte).

Facendo leva sul noto principio che impone di interpretare la normativa nazionale in conformità con quella comunitaria (cfr., tra le altre, le sentenze della Corte di Giustizia 13

Nei successivi paragrafi verranno svolte alcune riflessioni in merito alle argomentazioni sviluppate dalla Cassazione nelle pronunce in commento.

3.1. *Ambito applicativo del divieto di discriminazione sancito dalle convenzioni*

In primo luogo, non appare convincente il riferimento (operato in particolare nella sentenza 5768/2000) al divieto di discriminazione contenuto nelle convenzioni contro la doppia imposizione. Infatti, è pur vero che detto divieto, contenuto nell'art. 24 della Convenzione Modello OCSE, può trovare applicazione anche rispetto a tributi non ricadenti nell'ambito applicativo della convenzione bilaterale in questione (48); pertanto, anche qualora si ritenesse di escludere l'ILOR dall'ambito applicativo della previgente Convenzione Italia-Stati Uniti [si da negare che l'assoggettamento a tale imposta delle *royalties* percepite da società statunitensi violasse la *distributive rule* di cui all'art. 8 di detto trattato (49)], ciò non sarebbe da ostacolo alla possibilità di censurare la normativa interna sulla base del divieto convenzionale di discriminazione.

La Convenzione in questione, tuttavia, non conteneva alcuna clausola anti-discriminazione (50).

Ma, soprattutto, le clausole di non-discriminazione contenute nell'art. 24 della Convenzione Modello OCSE non sono idonee a trovare applicazione in una vicenda quale quella esaminata dalla Corte. Il paragrafo 1 di tale articolo prescrive, infatti, che "Nationals of Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement con-

novembre 1990, causa C-106/89, *Marleasing*, in *Racc.*, I, 4135; 14 luglio 1994, causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Racc.*, I, 3325; 25 febbraio 1999, *Carbonari*, causa C-131/97, in *Racc.*, I, 1103) la Cassazione afferma dunque la necessità di seguire questa seconda interpretazione della normativa interna, pur se non corretta, in quanto l'unica compatibile con i principi comunitari.

(47) Un breve accenno al contrasto tra l'orientamento sostenuto in precedenza dalla giurisprudenza e il principio di non discriminazione fiscale era già rinvenibile in ADONNI-NO, *ILOR sulle royalties corrisposte a soggetti residenti in Paesi con cui vigono convenzioni per evitare doppie imposizioni*, cit., 4934.

(48) Cfr. il paragrafo 6 del menzionato art. 24.

(49) Analogo, sul punto, all'art. 9 del coevo trattato Italia-Regno Unito e all'art. 12 della Convenzione Modello OCSE.

(50) La Cassazione ha in proposito sostenuto, portando a sostegno una non meglio precisata dottrina internazionale, che il divieto di discriminazione costituirebbe "principio regolatore fondamentale... anche nei trattati, come quello di cui si discute, non conformi al Modello OCSE, e non contenenti una specifica clausola che recepisca tale principio, come l'art. 24 del nuovo Trattato Italia - U.S.A. del 17 aprile 1984" (punto 3.3 della motivazione).

nected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected" (corsivo aggiunto). Lo Stato contraente A non può pertanto discriminare, sotto il profilo fiscale, tra due soggetti entrambi residenti (ovvero entrambi residenti dell'altro Stato contraente o di uno stesso Stato terzo) in ragione della diversa nazionalità di quelli (l'uno avendo la nazionalità di tale Stato, l'altro essendo cittadino dell'altro Stato contraente) (51).

Diversamente, nell'ipotesi di una società, residente e avente la nazionalità di uno Stato contraente (nel caso di specie gli Stati Uniti), la quale si trovi assoggettata, nell'altro Stato contraente (ossia l'Italia), ad un trattamento fiscale deteriore rispetto a quello da questo Stato riservato ai soggetti residenti (indipendentemente dalla nazionalità), non è ravvisabile alcuna discriminazione (fondata sulla nazionalità e pertanto) censurabile per il tramite dell'art. 24, par. 1.

In particolare, la clausola di non-discriminazione contenuta nel primo paragrafo dell'art. 24 [a differenza di quanto avviene nell'ambito del diritto comunitario (52)], non sanziona la c.d. "discriminazione indiretta", la quale for-

272

(51) Ulteriori ipotesi in cui può trovare applicazione la "nationality non-discrimination provision" sono formulate in AA.VV., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties - Part I*, cit., 375 ss.

(52) La Corte di Giustizia ha, infatti, in più occasioni evidenziato come disparità di trattamento fondate sul criterio della residenza possano risolversi in discriminazioni indirette a danno dei soggetti economici stranieri; si veda, ad esempio, quanto affermato nella sentenza 12 febbraio 1974, causa 152/73, *Sotgiu* (in *Foro It.*, 1974, IV, col. 210-211, con nota Tizzano): "Il principio della parità di trattamento, enunciato sia nel Trattato, sia nel Reg. 1612/68, vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato" (punto 11). In particolare: "Una normativa nazionale... che prevede una distinzione basata sul criterio della residenza, nel senso che nega ai non residenti talune agevolazioni in materia fiscale che sono invece concesse ai residenti nel territorio nazionale, rischia di operare principalmente a danno dei cittadini degli altri Stati membri. Infatti, i non-residenti il più delle volte non sono cittadini dello Stato ove svolgono la loro attività" (sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, citata, punto 28).

D'altra parte, considerato il ruolo fondamentale ricoperto nel settore fiscale dal criterio della residenza, la disparità di trattamento tra soggetti residenti e soggetti non residenti sarà da considerare discriminatoria qualora gli stessi si trovino, in quel dato ordinamento e con riguardo a quel dato aspetto della normativa, nella medesima situazione fiscale, ossia assoggettati ad identico regime fiscale: "Where non-residents are assimilated to residents and both are subject to the same tax system, the Court does not allow that system to be applied in a discriminatory manner" (conclusioni dell'avvocato generale sulla causa *Commerzbank AG* (decisa dalla CdG con sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, *The Queen c. Inland Revenue Commissioners* (ex parte *Commerzbank AG*), in *Dir. prat. Trib.*, 1994, II,

malmente si fonda su parametri altri dalla nazionalità (tipicamente la residenza), ma tali da determinare, in concreto, disparità di trattamento tra soggetti aventi differenti nazionalità (53).

Parimenti inapplicabile risulta, evidentemente, il divieto di discriminazione contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 24 (relativo al trattamento delle stabili organizzazioni di imprese dell'altro Stato contraente) (54), vertendo il caso di specie sull'imposizione di proventi percepiti da un'impresa straniera priva di stabile organizzazione in Italia (55).

439, con nota Marino). Cfr. anche la sentenza 28 gennaio 1986, causa 270/84, *Commissione c. Repubblica Francese ("Avoir Fiscal")*, in *Racc.*, 1986, 273 (punto 23).

(53) Cfr., sul punto, VOGEL, *Double Taxation Conventions*, cit., 1290, nonché il punto 4 del Commentario all'art. 24 della Convenzione Modello OCSE.

(54) Esso recita: "The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities".

(55) Un altro esempio delle difficoltà incontrate dalla giurisprudenza italiana nell'ap-procciare il principio di non discriminazione quale definito nelle convenzioni contro la doppia imposizione può essere tratto dalla sentenza della Comm. centrale n. 4318 del 10 settembre 1998 (in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, IV, 127, con nota Piazza): L'amministrazione finanziaria italiana aveva contestato ad una compagnia aerea marocchina (i cui proventi sfuggivano a imposizione in Italia per via delle disposizioni contenute nel Trattato Italia-Marocco, conformi sul punto al disposto dell'art. 8. par. 1, della Convenzione Modello OCSE) la mancata presentazione della dichiarazione annuale. La Comm. centrale ha con detta pronuncia annullato l'accertamento, motivando la propria decisione non affermando l'assenza dell'obbligo di dichiarazione in mancanza di redditi imponibili, né mettendo in discussione la sussistenza della stabile organizzazione italiana, bensì applicando l'art. 22, comma 1, del Trattato, contenente la clausola di non discriminazione. La disposizione, conforme al disposto dell'art. 24, comma 1, della Convenzione Modello OCSE del 1963, statuisce che "I nazionali di uno Stato contraente non sono assoggettati nell'altro Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovino nella stessa situazione".

Attuando una bizzarra applicazione della norma in chiave di reciprocità (l'equivocità del richiamo alla condizione di reciprocità, contenuto nel Commentario all'art. 24, è evidenziata, ad esempio, in AA.VV., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties - Part I*, cit., 361), la Comm. centrale è dunque giunta a negare l'obbligo di dichiarazione in capo alla compagnia aerea marocchina in ragione del fatto che un analogo onere non è imposto all'Alitalia in Marocco. Evidentemente il raffronto andava, invece, operato (sulla base del terzo paragrafo dell'art. 24) con il trattamento riservato dalla normativa italiana all'Alitalia (in quanto soggetto che si trova in una situazione fiscalmente equivalente a quella della stabile organizzazione italiana della compagnia non residente), riconoscendosi pertanto il carattere non discriminatorio dell'obbligo amministrativo in questione (anche le società residenti sono, infatti, obbligate dall'art. 1 del D.P.R. n. 600/1973 alla presentazione della dichiarazione annuale, anche se da essa non deriva alcun debito d'imposta e anche in mancanza di redditi).

3.2. Principio comunitario di non discriminazione fiscale e Trattati stipulati con Stati terzi

In ordine alle osservazioni svolte dalla Cassazione in relazione alla disciplina comunitaria, occorre anzitutto sottolineare come tale normativa non contenga alcun esplicito divieto di discriminazione relativo al campo delle imposte dirette (56). Tale principio è, infatti, il frutto di un'operazione ermeneutica svolta negli ultimi anni dalla Corte di Giustizia, la quale ha estrapolato detto divieto dagli artt. 12 [contenente un generale divieto di porre in essere discriminazioni fondate sulla nazionalità dei soggetti (57)], 39 (il quale afferma la libertà di circolazione dei lavoratori), 43 e 48 (relativi alla libertà di stabilimento), 49 (che sancisce la c.d. "libera prestazione dei servizi") e 56 (che attiene alla libertà di circolazione dei capitali) (58).

(56) Diversamente da quanto disposto, per il settore dell'imposizione indiretta, dagli artt. 90 e 91 del Trattato di Roma.

(57) Tale disposizione vale, peraltro, per le materie rientranti nel campo di applicazione del Trattato (delineato dall'art. 2), tra le quali non rientra di per sé il settore della fiscalità diretta. La Corte ha, peraltro, rilevato in numerose occasioni che "se è vero che allo stato attuale del diritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario" (punto 21 della sentenza Corte di Giustizia 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. R. Schumacker*, in *Dir. prat. Trib.*, 1996, II, 3, con nota F. Amatucci; su tale fondamentale decisione cfr. anche ACCILI, *L'art. 48 del Trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, I, 935; ARRESE-ROCCATAGLIATA, *Discriminatorio il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in *Dir. prat. Trib.*, 1996, II, 238; AVERY JONES, *European Union: carry on discriminating*, in *European Taxation*, 1996, 46; HINNEKENS, *Non discrimination in EC Income Tax Law: painting the colours of a chameleon-like principle*, in *European Taxation*, 1996, 286; PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. Trib.*, 1995, II, 1471; VANISTENDAEL, *The consequences of Schumacker and Wielockx: Two steps forward in the tax procession of Echternach*, in *Common Market Law Review*, 1996, 2).

(58) Tra i precedenti più significativi in materia si segnalano le sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/84, *Avoir Fiscal*, citata; 28 settembre 1988, causa 81/87, *The Queen c. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue (ex parte Daily Mail)*, in *Dir. prat. Trib.*, 1989, II, 353 (con nota Van Hoorn Jr.); 8 maggio 1990, causa 175/88, *K. Biehl c. Administrations des contributions du Grand Duché du Luxembourg*, in *Racc.*, 1990, I-1779; 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *H.M. Bachmann c. Stato Belga*, in *Racc.*, 1992, I-249; 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank*, citata; 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, cit.; 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen*, in *Dir. prat. Trib.*, 1996, II, 675 (con nota Muguruza Arrese-Roccatagliata); 14 novembre 1995, causa C-484/93, *P. Svensson c. Ministre du Logement*, in *Racc.*, 1995, I-3995; 27 luglio 1996, causa C-107/94, *PH Asscher c. Secretaris van Financien*, in *Racc.*, 1996, I-3089; 15 maggio 1997, causa C-205/95, *Futura Participations SA*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998,

In sostanza la Corte giustifica i suoi interventi nel campo della fiscalità diretta in forza della constatazione che una normativa di uno Stato membro, la quale assoggetti gli operatori non residenti (cittadini di altro Paese membro) ad un trattamento fiscale deteriore rispetto a quello caratterizzante i cittadini di tale Stato, determina in tal modo un ostacolo alla libertà, riconosciuta a tutti i cittadini comunitari dal Trattato CE, di vivere, lavorare, svolgere un'attività economica e impiegare i propri risparmi in un qualsiasi Stato membro; ostacolo che, ove non sia giustificato da idonee ragioni (59), comporta una violazione delle sopra menzionate libertà fondamentali.

Affinché, pertanto, una disciplina tributaria nazionale possa essere giudicata incompatibile con il così ricostruito "principio comunitario di non discriminazione fiscale" occorre che essa comporti una limitazione all'eserci-

III, 15 (con nota Melis); 28 aprile 1998, causa C-118/96, *Safir*, in *Racc.*, I-1897; 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, in *Dir. prat. Trib.*, 1998, III, 833 (con nota Medici); 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries c. Kenneth hall colmer*, in *Dir. prat. Trib.*, 1999, III, 313 (con nota Bizioli); 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland* e 21 settembre 1999, causa C-307/99, *Saint Gobain*, entrambe pubblicate in *Dir. prat. Trib.*, 2000, 315 ss. (con nota di chi scrive); 8 luglio 1999, causa C-254/97, *Baxter et al.*, in *Racc.*, I-4809; 14 settembre 1999, causa C-391/97, *Gschwind*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 51 (con nota Pistone); 14 ottobre 1999, causa C-439/97, *Sandoz*, in *Racc.*, I-7041; 26 ottobre 1999, causa C-294/97, *Eurowings*, in *Racc.*, I-7447; 28 ottobre 1999, causa C-55/98, *Bent Vestergaard*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 83 (con nota Pinto); 18 novembre 1999, causa C-200/98, *X AB e Y AB*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 29 (con nota Bizioli); 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, III, 42 (con nota Favi); 16 maggio 2000, causa C-87/99, *Zurstrassen*, in *Racc.*, I-3337; 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, in *Giur. Imp.*, 2001, 1; 26 settembre 2000, causa C-478/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-7587; 14 dicembre 2000, causa C-141/99, *AMID*, in *Giur. It.*, 2001, 1517 (con nota M. Antonini) e in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, III, 71 (con nota Pistone); 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metalgesellschaft e Hoechst*, citata.

(59) Sono le cc.dd. *rules of reason*, individuate dalla stessa Corte di Giustizia nell'esigenza di contrastare fenomeni elusivi (paradigmatica, al riguardo, la sentenza 3 settembre 1999, causa C-212/97, *Centros*, citata), nella necessità di salvaguardare l'efficacia dei controlli fiscali (vedi, in particolare, la citata sentenza *Futura Participations*) e nell'opportunità di preservare la "coerenza" del sistema fiscale nazionale (significative, in proposito, le citate sentenze *Bachmann* e *Wielockx*). La stessa Corte non ha invece ritenuto che l'esigenza di evitare diminuzioni nel gettito fiscale possa costituire una ragione idonea a giustificare una normativa fiscale nazionale discriminatoria (cfr., ad esempio, la citata sentenza *Saint Gobain*). In dottrina vedi, *ex plurimis*, Pinto, *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 102-117; Quaghebeur, *op. cit.*, 122; Werlauff, *The Consequences of the "Centros" Decision: Ends and Means in the Protection of Public Interests*, in *European Taxation*, 2000, 542; Wouters, *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, 185.

zio, *in ambito comunitario* (60) (presupposto spaziale), di una delle *libertà fondamentali* sancite dal Trattato, a danno di un *soggetto giuridico comunitario* (presupposto soggettivo); detta limitazione deve inoltre essere *discriminatoria* (61) e *ingiustificata* (62) (presupposto oggettivo) (63).

Ciò detto, non è chiaro come la Suprema Corte abbia potuto fare riferimento a tale principio nella sentenza 5768/2000, relativa ad una vicenda nella quale non era riscontrabile quanto meno il secondo dei suddetti presupposti (essendo di nazionalità statunitense l'impresa penalizzata dalla normativa italiana discriminante).

È ipotizzabile che su tale punto la Cassazione sia stata fuorviata da un'imprecisa lettura della nota sentenza *Saint Gobain* (64). In tale pronuncia la Cor-

(60) Deve pertanto trattarsi di una normativa che penalizzi (nel trattamento fiscale) gli operatori aventi la nazionalità di un altro Stato membro rispetto a quelli nazionali, ovvero renda fiscalmente meno vantaggioso, per gli operatori nazionali, prestare la propria attività sul mercato di un altro Stato membro piuttosto che in quello interno (cfr. sentenza 5 ottobre 1994, causa C-381/93, *Commissione c. Francia*, in *Racc.*, 5145, punto 14) o, infine, che ponga restrizioni alla libertà, per i destinatari dei servizi, di recarsi in un altro Stato membro per fruire ivi di un servizio (vedi, in particolare, la sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/88, *Bent Vestergaard*, citata).

(61) Secondo la nozione di "discriminazione" elaborata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, su cui si avrà modo di tornare più avanti (al paragrafo 3.3).

(62) In quanto non coperta da una delle *rules of reason* di cui s'è detto alla nota 57.

(63) Similmente HINNEKENS ("*AMID: The Wrong Bridge or a Bridge too Far? An Analysis of a Recent Decision of the European Court of Justice*", in *European Taxation*, 2001, 210) afferma che, per accertare se una misura fiscale contrasta con i principi comunitari è necessario porsi (almeno) sei domande:

- 1) "Does the case fall within the (intra-Community) scope of the EC Treaty?"
- 2) Is the matter left to the Member States under Article 293, second indent EC?
- 3) Is the tax treatment a case of (direct) discrimination?
- 4) Is it then a case of prohibited restriction of the freedom of establishment?
- 5) Is there an imperative reason of general interest which justifies the tax restriction under the 'rule of reason' doctrine?

6) If the tax rule does not generate discrimination or another restriction of the freedoms (breach of primary Community law), it may still be prohibited under an EC tax directive (breach of secondary Community law".

(64) Citata *retro* al paragrafo 2 nota 35. La letteratura fiorita su tale fondamentale pronuncia è piuttosto ricca; si segnalano, in particolare, BIZIOLI, *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e... competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso "Saint Gobain"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, 192; Dibout, *Liberté d'établissement, conventions fiscales et entreprises multinationales*, in *Revue de Droit Fiscal*, 2000, 474; GARBARINI, *Il principio di non discriminazione tra società residenti e stabili organizzazioni*, in *Dir. prat. Trib.*, 2000, II, 337; KOSTENSE, *The "Saint Gobain" case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, in *EC Tax Rev.*, 2000, 220; Lausterer, *Unlawful German Tax Discrimination of Permanent Establishments Comes before the ECJ*, in *EC Tax Journal*, 1999, 35; Id., *The "Saint Gobain" Judgement of the ECJ*, *ibidem*, 1999, 45; MAR-

te di Giustizia ha sì affermato (*rectius* ribadito) il divieto, in capo agli Stati membri, di porre in essere discriminazioni in campo fiscale nell'applicazione di trattati bilaterali stipulati con Stati terzi, ma ciò non ha comportato in alcun modo il superamento del sopra individuato "presupposto soggettivo". Lo schema argomentativo seguito dalla Corte nel caso *Saint Gobain* può essere sintetizzato come segue: Tizio, cittadino dello Stato membro X, che percepisce redditi dallo stato terzo Z, chiede allo Stato membro Y di riconoscergli i benefici previsti dal trattato concluso tra lo Stato membro Y e lo Stato terzo Z; la richiesta è giustificata dal fatto che Tizio, pur non avendo la cittadinanza dello Stato membro Y, opera ivi in condizioni in tutto analoghe (quanto meno sotto il profilo del trattamento fiscale) a quelle dei soggetti cittadini dello Stato membro Y (65) (66);

TIN JIMÉNEZ, GARCÍA PRATS, CALDERÓN CARRERO, *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The "Saint Gobain" Decision of the ECJ*, in *European Taxation*, 2001, 241; OFFERMANN-ROMANO, *Treaty Benefits for Permanent Establishments: The "Saint Gobain" Case*, in *European Taxation*, 2000, 180; OLIVER, *Entitlement of a permanent establishment to third state treaty benefits: "Saint Gobain"*, in *BTR*, 2000, 174; 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*, in *Riv. Dir. Trib. Int.le*, 2000, 167; van den HURK, *Did the ECJ's Decision in "Saint Gobain" Change International Tax Law?*, in *BIFD*, 2001, 152.

(65) La sentenza *Saint Gobain*, in particolare, concerneva il caso di una società francese, la quale operava in Germania per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata; detta stabile organizzazione deteneva alcune partecipazioni in società svizzere e statunitensi, e sui relativi dividendi era assoggettata a imposizione in Germania allo stesso modo delle imprese residenti. La Corte di Giustizia ha, pertanto, in tale occasione affermato che costituiva violazione dei principi comunitari negare a detta stabile organizzazione i benefici, in ordine all'imposizione dei dividendi, riconosciuti (alle imprese tedesche) dalle convenzioni Germania-Stati Uniti e Germania-Svizzera (risultava, infatti, pregiudicata la libertà di stabilimento indiretto della società francese).

(66) Si parla a tal proposito di "fattispecie triangolare" (trattasi, di norma, come nello stesso caso *Saint Gobain*, di un'impresa, residente nello Stato X, dotata di una stabile organizzazione collocata nello Stato Y, mediante la quale produce reddito nello Stato Z). Relativamente ai fenomeni di "abuso del trattato" che possono derivare dall'applicazione della convenzione stipulata tra lo Stato di produzione del reddito e lo Stato della stabile organizzazione si rinvia a AVERY JONES-BOBBETT, *Triangular Treaty Problems: a Summary of the Discussion in Seminar E at the IFA Congress in London*, in *BIFD*, 1999, 16; PISTONE, *L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. UCKMAR (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, 509-511 e van RAAD, *The 1992 OECD Model Treaty: triangular Cases*, in *European Taxation*, 1993, 298, nonché al relativo rapporto OCSE (*Triangular Cases*, in *Model Tax Convention - Four Related Studies*, Parigi, 1992, 30). In merito alle problematiche sollevate dall'applicazione del divieto di discriminazione previsto dal Trattato stipulato tra lo Stato di residenza dell'impresa e quello della stabile organizzazione si veda inoltre van RAAD, *Issues in the Application of Tax Treaties: Non-Discrimination Clauses*, in *BIFD*, 1986, 348; van den HURK, *Did the ECJ's Decision in "Saint Gobain" Change International Tax Law?*, cit., 156-157; VOGEL, *Double Taxation Conventions*, cit., 1319.

a tali condizioni, il rifiuto, da parte dello Stato Y, di riconoscere tali benefici a Tizio, comporterebbe una lesione della libertà di stabilimento (presupposto oggettivo) riconosciuta a quest'ultimo, *cittadino comunitario* (presupposto soggettivo), dal Trattato CE (67).

L'applicabilità del divieto di discriminazione fiscale ai trattati stipulati con Stati terzi non implica tuttavia l'assoggettamento a tale vincolo per gli Stati terzi firmatari di siffatti trattati (68), né, per altro verso, la possibilità di invocare la protezione da parte dei soggetti extracomunitari (quale l'impresa statunitense della sentenza 5768/2000) (69) (70).

(67) Lo schema di ragionamento ora sommariamente delineato è riscontrabile anche in alcune più risalenti pronunce rese della Corte comunitaria in materie non fiscali: è il caso, ad esempio, della sentenza 27 settembre 1988, causa 235/87, *Matteucci*, in *Giustizia Civile*, 1990, 897 (con nota Broggi), in cui la Corte riconobbe, ad una cittadina italiana residente dalla nascita in Belgio, il diritto di ottenere una borsa di studio per un soggiorno di aggiornamento professionale in Germania alle condizioni previste da una convenzione in materia stipulata tra Belgio e Germania (benché la convenzione stessa prevedesse, quale requisito per poter beneficiare della normativa ivi dettata, il possesso della nazionalità belga o tedesca).

(68) Maggiori perplessità sorgono, invece, per l'ipotesi in cui quest'ultimo Stato sia membro dell'UE, vale a dire nel caso in cui un'impresa dello Stato membro X produca proventi nello Stato membro Z mediante una stabile organizzazione collocata nello Stato membro Y: lo Stato Z dovrà trattare detti proventi come percepiti da un soggetto dello Stato X (applicando, pertanto, la convenzione Stato Z - Stato X), ovvero dovrà considerarli come prodotti da un soggetto dello Stato Y (rendendosi dunque applicabile il Trattato stipulato con tale Stato)?

Detto in altre parole: le statuizioni della Corte di Giustizia nel caso *Saint Gobain* comportano semplicemente che (a) gli Stati membri devono garantire alle stabili organizzazioni site sul loro territorio i medesimi benefici fiscali riconosciuti, in virtù di normativa interna o convenzionale, alle imprese residenti, ovvero implicano anche che (b) alle stabili organizzazioni di imprese residenti in altro Stato membro debba essere riconosciuto lo *status* di impresa residente (c.d. *fiction of independence*) e che (c), tale *status* dev'essere riconosciuto, in forza del principio di "lealtà comunitaria" di cui all'art. 10 del Trattato CE, non solo dallo Stato membro in cui la stabile organizzazione è sita, ma anche dallo Stato membro di produzione del reddito (c.d. *third party application* del principio di libertà di stabilimento)?

Allo stato attuale il diritto comunitario e la giurisprudenza della Corte di Giustizia non paiono offrire argomenti decisivi per asserire la sussistenza dei corollari di cui sopra *sub* (b) e *sub* (c); cfr., sul punto, KOSTENSE, *op. cit.*, 220 ss. (la *third party application* è invece affermata, tra gli altri, da van den HURK, *op. cit.*, 157).

(69) Circa le interrelazioni tra principio comunitario di non discriminazione fiscale e trattati stipulati con Paesi terzi vedi, in aggiunta ai contributi citati sopra alla nota 64, VAN NISTENDAEL, *Impact of European tax law on tax treaties with third countries*, in *EC Tax Rev.*, 1999, 163.

(70) L'applicabilità del principio comunitario di non discriminazione fiscale ai trattati stipulati con Stati terzi è affermata anche in Cass., sez. trib., 17 marzo 2000, n. 3119 (in *Riv. Dir. Trib. Int.le*, 2000, 170; la medesima vicenda è trattata, sotto altro profilo, anche

3.3. Divieto di discriminazione fiscale e doppia imposizione

Da ultimo alcune osservazioni in merito all'applicazione del principio comunitario di non discriminazione fiscale fatta dalla Cassazione nella sentenza

nella sentenza della Cass., sez. trib., 7 aprile 2000, n. 4402). In tale pronuncia la Corte ha esaminato la seguente questione: alcuni contribuenti italiani, detentori di una rilevante partecipazione in una società statunitense, avevano scomputato dalla propria IRPEG a debito un ammontare pari ai nove sedicesimi dei dividendi percepiti da tale partecipata, in applicazione dell'art. 14 del Tuir. L'Amministrazione finanziaria aveva conseguentemente proceduto ad iscrivere immediatamente a ruolo una corrispondente maggior imposta, facendo applicazione del meccanismo delineato dall'art. 36-bis del D.P.R. n. 600/1973. I contribuenti avevano opposto l'inutilizzabilità, per l'A.F., di un siffatto strumento in relazione a recuperi che non siano fondati su meri errori materiali o di calcolo, bensì su valutazioni giuridiche compiute dal contribuente. La Cassazione, con un'ampia argomentazione, ha evidenziato come la negazione del c.d. "credito d'imposta interno" ai percettori di dividendi da imprese non residenti possa in concreto determinare, a carico di costoro, un trattamento discriminatorio rispetto a coloro che ritraggono dividendi da partecipate residenti (i quali possono invece eliminare la "doppia imposizione economica" per mezzo del credito d'imposta di cui all'art. 14 del Tuir).

D'altra parte, il riconoscimento del suddetto beneficio unicamente ai contribuenti italiani percettori di dividendi da società residenti comporta una discriminazione tra queste ultime e le società non residenti (che risultano penalizzate nella raccolta di capitale di rischio tra gli investitori italiani), in violazione del divieto di discriminazione previsto dalle convenzioni bilaterali e da quello desumibile dalla disciplina comunitaria. Nelle conclusioni di tale sentenza, peraltro, la Suprema Corte, accolto il ricorso del contribuente e dichiarata la nullità dell'iscrizione a ruolo posta in essere dall'Amministrazione, ha specificato che l'invalidità degli atti impositivi impugnati impediva un accertamento in sede giudiziale circa la fondatezza della pretesa tributaria (e, conseguentemente, circa la sussistenza, in capo ai contribuenti, del diritto a fruire del credito d'imposta previsto dall'art. 14 del Tuir).

Il caso affrontato dalla Cassazione nella descritta pronuncia ricorda molto la questione risolta dalla Corte di Giustizia nel caso *Verkooijen* (sentenza 6 giugno 2000, cit.): in tale occasione la Corte ha affermato che la normativa comunitaria osta ad una disposizione di legge di uno Stato membro (nella specie i Paesi Bassi) la quale subordini la concessione di un'esenzione dall'imposta sul reddito, cui sono soggetti i dividendi versati ad azionisti persone fisiche, alla condizione che tali dividendi siano versati da società aventi sede nel detto Stato membro, negandola, per contro, nell'ipotesi di dividendi provenienti da società aventi sede *in un altro Stato membro* (nella fattispecie il sig. Verkooijen aveva percepito dei dividendi da una società belga). La controversia risolta dalla Corte di Giustizia nel caso *Verkooijen* integrava, pertanto, gli estremi del "presupposto soggettivo" per l'applicazione del principio comunitario di non discriminazione fiscale, essendo il trattamento discriminatorio a danno di un soggetto comunitario (la società belga); non così nel caso affrontato dalla Cassazione (in cui a essere discriminata era, come detto, una società statunitense).

Un ulteriore esempio di recente applicazione del principio comunitario di non discriminazione è rinvenibile, infine, nelle sentenze della Cass., sez. trib., 24 marzo 2000, n. 3547; 12 marzo 2001, n. 3588 e 30 marzo 2001, n. 4764, tutte attinenti alla medesima vicenda (la deducibilità, dal reddito imponibile della controllata-stabile organizzazione italiana, delle *royalties* corrisposte alla controllante francese), in relazione a differenti periodi d'imposta.

za 1122/2000. In tale pronuncia la Suprema Corte ha in sostanza affermato che l'assoggettamento a imposizione delle *royalties* percepite in Italia dall'impresa britannica avrebbe comportato una discriminazione ai danni dell'impresa stessa, in violazione del diritto alla libera prestazione dei servizi riconosciuto all'impresa dall'art. 49 del Trattato CE.

Ciò in quanto l'impresa britannica avrebbe dovuto assommare, all'ILOR versata in Italia sulle *royalties*, le imposte da pagare in Gran Bretagna sui medesimi proventi, senza poter fruire in tale Stato del credito d'imposta convenzionale in relazione all'imposizione scontata in Italia (infatti le autorità britanniche, ove ritenessero l'ILOR esclusa dal campo d'applicazione della convenzione, non potrebbero che negare il credito d'imposta previsto da questa (71); qualora dette autorità dovessero, al contrario, reputare la convenzione applicabile all'ILOR, negherebbero il credito d'imposta essendo illegittima l'applicazione di tale imposta su proventi che vengono dalla convenzione sottratti alla potestà impositiva dello Stato della fonte).

In effetti, una normativa nazionale la quale esponga i prestatori di servizi non residenti a fenomeni di doppia imposizione è certamente penalizzante per questi ultimi, essendo i soggetti residenti di norma sottratti a tali pericoli. Tuttavia occorre rammentare che, com'è noto, per aversi "doppia imposizione internazionale", occorre che due o più Stati indipendenti assoggettino un medesimo provento, in capo a un medesimo soggetto giuridico, *alla stessa imposta o a imposte comparabili* (72).

Qualora, pertanto, si ritenga di negare il carattere erariale dell'ILOR, e di affermarne, la natura di tributo "locale" [e posto che si ritenga costituzionalmente legittima la *sourcing rule* di cui all'art. 19, n. 9, del D.P.R. n. 599/1973 (73)], non potrà parlarsi di "doppia imposizione" né, sotto tale profilo, di nor-

(71) In tal caso, peraltro, al contribuente resterebbe la possibilità di invocare l'applicazione delle disposizioni volte a eliminare unilateralmente i fenomeni di doppia imposizione internazionale previsti dalla normativa interna.

(72) FANTOZZI-VOGEL, voce "Doppia imposizione internazionale", in *Digesto - Discipline privatistiche - sez. comm.*, vol. V, Torino, 186. Per un'ampia disamina degli orientamenti dottrinali in materia di doppia imposizione vedi GARBARINO, *op. cit.*, 391 ss.

(73) La dottrina maggioritaria reputa infatti che la potestà impositiva dello Stato trovi un limite "interno" (in assenza di limiti di diritto internazionale generale al riguardo) nel disposto dell'art. 53, comma 1, il quale prevede che "Tutti sono chiamati a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" (in ordine al rapporto tra capacità contributiva e limiti territoriali alla potestà impositiva dello Stato vedi CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, 33; LUPI, voce "Territorialità del tributo", cit., 3; MANGANELLI, voce "Territorialità dell'imposta", in *Digesto - Discipline privatistiche - sez. comm.*, Torino, vol. XV, 369; MANZONI, *La capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 23; MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. Trib.*, 1965, 224. La legittimità costitu-

mativa discriminante. D'altra parte, affermare il carattere discriminatorio dell'assoggettamento a ILOR delle *royalties* significa riconoscere il carattere erariale dell'imposta (come peraltro fatto, seppur incidentalmente, dalla stessa Cassazione).

Occorre, a questo punto, domandarsi se sia effettivamente corretto richiamarsi alla nozione di "discriminazione fiscale" con riguardo ad una normativa nazionale che espone i soggetti non residenti a situazioni di doppia imposizione.

Poco sopra, nel tentativo di delineare i contorni di un "principio comunitario di non discriminazione fiscale", si è evidenziato come, sotto un profilo oggettivo, esso sia violato da una normativa che comporti limitazioni discriminatorie e ingiustificate ad una o più delle libertà fondamentali. La Corte di Giustizia ha chiarito, in molti suoi interventi, che è "discriminatoria" la normativa nazionale che *tratti in maniera difforme situazione analoghe e in maniera analoga situazioni difformi* (74) (75).

Non ha, dunque, di per sé carattere discriminatorio (almeno nell'accezione testé evidenziata) assoggettare ad ILOR le *royalties* percepite di un'im-

zionale dell'art. 19, n. 9, del D.P.R. n. 599/1973 fu, come già accennato, vivacemente criticata da DE MITA (*Ritenuta d'imposta: l'asso pigliatutto del diritto tributario*, in *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984, 902 ss.).

281

(74) "Il principio di non discriminazione... impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale, a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato" (punto 28 della sentenza 13 dicembre 1984, causa 106/83, *Sermide*, in *Racc.*, 4209); d'altra parte "il trattamento differente di situazioni non confrontabili non porta automaticamente alla conclusione che ci sia discriminazione" (Sentenza 17 luglio 1963, causa 13/63, "*Italian refrigerators*", in *Giur. It.*, 1964, I, col. 1-8, con nota Gori).

(75) Il divieto di discriminazione previsto dall'art. 24, par. 1, della Convenzione Modello OCSE individua il trattamento discriminatorio nell'assoggettamento di nazionali dell'altro Stato contraente, i quali si *trovino "in the same circumstances*, in particular with respect to residence", a imposizioni o oneri connessi "*other or more burdensome*" rispetto a quelli disposti per i propri. Il paragrafo 3 del medesimo art. 24 stabilisce che la stabile organizzazione che un'impresa di uno Stato residente abbia nell'altro Stato contraente non può essere assoggettata in quest'altro Stato ad un'imposizione "*less favourably levied*" rispetto all'imposizione gravante sulle imprese di detto Stato (giacché si assume che detta stabile organizzazione si trovi, sotto un profilo fiscale, nelle "stesse condizioni" in cui si trovano tali imprese). La Convenzione Modello ONU e la Convenzione Modello USA contengono disposizioni testualmente identiche a quelle del Modello OCSE.

Circa il significato da attribuirsi a tali espressioni (e sulle asimmetrie evidenziabili tra le due clausole di non-discriminazione contemplate dall'art. 24) cfr. AA.VV., *The Non-Discrimination Article in Tax Treaties*, cit., 361 ss. e 425 ss., nonché VOGEL, *op. cit.*, in particolare a p.1316. Per un'analisi del concetto di "normativa discriminatoria" accolto nella Convenzione Modello USA si rinvia inoltre a GOLDBERG-GLICKLICH, *op. cit.*, 529 ss.

presa non residente (priva di stabile organizzazione in Italia) secondo la medesima aliquota e le stesse modalità applicate nei confronti dei soggetti residenti. Né vale obiettare che siffatta applicazione dell'imposta pone le condizioni, ove si considerino anche i tributi simili che verranno applicati nel Paese di residenza dell'impresa, per l'insorgere di una situazione di doppia imposizione.

In altre parole, non può essere vista come *discriminatoria* una normativa che assoggetti a imposta determinati proventi secondo le medesime modalità e aliquote, siano essi percepiti da propri cittadini come da stranieri; tale imposizione può, ciò nondimeno, essere *illegittima*, o perché determina un dispiegamento della potestà impositiva statale oltre i limiti fissati dalla Carta costituzionale (76), ovvero perché viola una *distributive rule* contenuta in una convenzione internazionale (la quale prescriva un'imposizione nulla o ridotta di tali proventi nello Stato in questione).

Può, dunque, concludersi osservando come non sia evidentemente necessario rifarsi ai principi comunitari per rilevare l'illegittimità di una disposizione la quale renda applicabile un'imposta erariale italiana a proventi che, in base ad una convenzione bilaterale, possono essere assoggettati ad una siffatta imposizione unicamente in Gran Bretagna (ovvero negli Stati Uniti): tale disposizione, prima ancora che discriminatoria, è, infatti, in violazione delle norme convenzionali che prevedono l'applicazione del trattato alle imposte di natura analoga istituite dopo la firma dello stesso (77) e, soprattutto, l'esonero delle *royalties* da siffatti tributi nello Stato della fonte (78).

Cristiano Garbarini

(76) Si vedano, in proposito, le considerazioni svolte *retro* alla nota 73 circa i limiti "interni" alla potestà impositiva statale.

(77) Art. 2, par. 4, della Convenzione Modello OCSE e art. I, par. 2, della Convenzione Italia-Regno Unito del '60 (come accennato, la Convenzione Italia-Stati Uniti del '55 non conteneva alcuna disposizione avente tale contenuto).

(78) Art. 12, par. 1, della Convenzione Modello OCSE, art. IX, par. 1, della Convenzione Italia-Regno Unito del '60 e art. 8, par. 1, della Convenzione Italia-Stati Uniti del '55.

Local Income Tax on royalties and the extent of the principle of fiscal non-discrimination (*)

I

Royalties received in Italy by a subject resident in the United Kingdom are not subject to Local Income Tax, since the relevant discipline has to be interpreted in conformity with EU law.

Cass., Sez. trib., n. 1122, 02.02.2000. Pres. Delli Priscoli, Rel. Altieri

II

Royalties received in Italy by a subject resident in the USA are not subject to Local Income Tax, since the relevant discipline has to be interpreted in conformity with EU law, which the contents of international agreements with third countries must be considered as subject to.

Cass., Sez. trib., n.5768, 08.05.2000. Pres. Carnevale, Rel. Altieri

283

III

Income from royalties paid by Italian residents to companies based in the United Kingdom and who do not have permanent establishments in Italy are excluded from Local Income Tax, according to Italian fiscal discipline relating to the 4 July 1960 Convention against double taxation between Italy and the United Kingdom, ratified by Law 589, 12 April 1973.

Cass., Sez. trib., n.9942, 28.07.2000. Pres. Cantillo, Rel. Altieri

* * *

(*) SUMMARY: 1. Premise. 2. The applicability of bilateral Conventions to Local Income Tax. The principle of "EU preference". 3. The revival of Local Income Tax and the principle of fiscal non-discrimination. 3.1. The field of application of the ban on discrimination laid down by the double tax conventions. 3.2. The EU principle of fiscal non-discrimination and Treaties stipulated with third countries. 3.3. The ban on fiscal discrimination and double taxation.

1. Premise

The above transcribed sentences provide the chance for some reflections on a theme that jurisprudence today appears to regard with uncertainty. This is the application of internal regulations in the light of the principle of fiscal non-discrimination, as outlined in double taxation Conventions and reconstructed on the basis of the principles allowed by EU Treaties.

These are relevant to the debated problem of the subjecting to Local Income Tax of royalties paid by resident subjects to foreign companies not based in Italy. As will be recalled, doctrine and jurisprudence initially concentrated their attention on the existence or not of territoriality, with reference to a certain component of income. The heated debate on this subject was substantially closed by the modifications made to article 19 of Presidential Decree 597/1973 by article 31 of Presidential Decree 897/1980. This sanctioned the taxability in Italy of "sums paid by the State, residents in State territory or permanent establishment of non-resident subjects within State territory for the use of factory and commercial labels, creative works, industrial inventions and the like, and also the use of vehicles, machines and other mobile goods". (1)

Regarding the period prior to the coming into force of these changes, a famous sentence by the Court of Cassation (2) excluded the taxation of royalties if they were paid to subjects not based in Italy. In other words, this sentence affirmed that these sums were to be considered as company income, in principle, only if produced through a permanent establishment based in Italy; all this save, naturally, for the application of the specific criteria of connection provided by article 19, para. 9, of Presidential Decree 597/73 (3) (4)

(1) Art. 19, para.9, Presidential Decree 597/73. The contents of this have been moved to part c) of para.2. As it is known, there is no shortage of authoritative critics in doctrine to the adoption of this *sourcing rule*, seen as unsuitable to the income category and, ultimately, only justified by "fiscal" reasons. (Ref., in particular, DE MITA, *Ritenuta d'imposta: l'asso pigliatutto del diritto tributario*, in *Fisco e Costituzione*, Milan, 1984, pp.902-.) The same author has not missed the chance to express an extremely negative view on Constitutional Court sentence n.211, 1987 (in *Dir. prat. trib.*, 1988, II, p.487 and *Giur. Cost.*, 1987, p.1595). This affirmed the legitimacy of Presidential Decree 897/90 (ref. *Convenzione Italia-USA e tassabilità delle royalties*, in *Le Società*, 1988, p.780). See GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padua, 1990, pp.154-, for the relationship between *taxing rules* and *sourcing rules* in Italian and foreign legal system.

(2) Cass. Sez. Un., 30 November 1983, n.7185, in *Boll. Trib.*, 1984, p.240.

(3) The extraneousness of this disposition from the legal system principles relating to the limitation of the effectiveness of the regulation were the basis of the critics in footnote 2.

(4) For a brief summary of the various views manifested in doctrine and jurisprudence before this intervention by the Court of Cassation, see GARBARINO, "Royalties", in *Digesto - Discipline privatistiche - sez. comm.*, Vol. XIII, Turin, pp.56-.

As mentioned, once the problem of territoriality of royalties paid by residents to non-resident companies not based in Italy had been solved, a further aspect regarding the same revenues attracted the attention of doctrine and jurisprudence. In fact, it must be premised that:

- art. 1, para. 2, part c) of Presidential Decree 599/73 excluded the application of Local Income Tax to "revenue subjected to withholding tax" (5);
- art. 25, para. 3, of Presidential Decree 600/73 provides, in turn, that royalties paid by residents to foreign companies not based in State territory are subject to 30% tax "on the taxable part of the amount" (6);
- all bilateral Conventions against double taxation stipulated in Italy attribute exclusive powers of taxation of royalties to the State of residence of the receiver (7), consequently rendering the above mentioned withholding tax not applicable.

Therefore, it became a matter of discussion if the non-application of the withholding tax in force of such a Convention (which does not extend to Local Income Tax, in which case all powers of taxation of the Source State of the royalties would be excluded *expressis verbis*) could mean (in lack of the conditions in art. 1, para. 2, part c) of Presidential Decree 599/73) the "revival" of Local Income Tax (substitutive form of imposition) on such royalties, to be applied according to "ordinary" taxation methods.

From 1992, a series of interventions by the court of Cassation affirmed the application of Local Income Tax to such revenue (8), overturning a pre-

(5) This disposition was subsequently transferred to art. 115, para. 2, part e).

(6) This is the text of the disposition after the changes made by art. 1, para. 6, part b) of Legislative Decree 669, 31 December 1996. The text at the time of the facts that originated the sentences in question stated that the 30% tax was enforced on 70% of the gross royalties.

(7) Exclusive power of taxation of the State of residence is also sanctioned by the OECD Model Convention (art. 12, para. 1). Almost all conventions stipulated in Italy provide, furthermore, limited powers of taxation for source States. The treaties with Cyprus, Ireland, Macedonia, Russia, Hungary and the USSR (this convention is currently applicable to relationships between the "new" republics of Belarus and the Ukraine) are the only ones that conform to the OECD Model Convention on this point.

(8) Cass. sec. I, n.4301, 8 April 1992, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, p.879 (note by Carpentieri). Cass. sec. II, 29 March 1993, n.3637, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, p.881 (note by Carpentieri; sentence also published in *Giur. Imp.*, 1994, p.175, note by Pennella). Cass. sec. I, 21 February 1995, n.1872, in *GT*, 1995, p.883 (note by Gratani). Cass. sec. I, 9 September 1996, III, p.228 (note by Pisano). Cass. sec. I, 7 November 1996, n. 9718, in *Dir. prat. trib.*, 1997, III, p.610 (note by Pozza). The orientation shown in these sentences by the Supreme Court is coherent with the positions expressed by Financial Administration

vious orientation manifested in various ways by the relevant Courts (9) (and supported by the authorities) (10).

(ref. M. C. 86/12/953, 13 September 1977, in *Dir. prat. trib.*, 1978, I, p.644 and M. C. 42, 12 December 1981, in *Dir. prat. trib.* 1982, I, p.140) and part of jurisprudence. For example, see CTC, 30 June 1987, n.5338, in *Comm. trib. centr.*, 1987, I, p.318; CTC, 7 October 1993, n.2672, in *Rass. Trib.*, 1994, p.340 (note by Carpentieri); CTC, sec.XVIII, 19 May 1994, n.1683, CTC sec.XVIII, 5 July 1994, n.2447 and CTC, sec.XVI, 7 July 1994, n.2524 (all three in *Rass. Trib.*, 1994, 1996, note by Nicodemo and *post scriptum* by Lupi); CTC, sec.VIII, 11 April 1995, n.1461, in *Rass. Trib.*, 1996, p.693 (note by Putinati).

(9) CTC, sec.X, 9 November 1992, 6006, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, n.1115 (note by Ceriana); Comm. trib. 1°gr. Rome, sec.XVIII, 14 June 1984, n.21369 and Comm. trib. 1°gr. Milan, sec.XLI, 7 February 1985, n.14813 (both in *Riv. Dir. Fin.*, 1986, II, p.3, note by Tabet); Comm. trib. 1°gr. Milan, sec. XLI, 30 June 1987, in *Boll. Trib.*, 1988, p.215; Comm. trib. 1°gr. Parma, 4 September 1993, n.242. *ibidem*, 1994, p.887.

(10) Among the many contributions on this subject, we point out, ADONNINO, *Ilor su royalties corrisposte a soggetti residenti con cui vigono convenzioni per evitare doppie imposizioni*, in *fisco*, 1987, p.4932; CARPENTIERI, *Appunti in tema di imposta sostitutiva e imposta sostituita*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, II, p.890; CORDEIRO GUERRA, *Interessi e royalties transnazionali: regime impositivo, problemi esegetici e spunti critici*, UCKMAR-GARBARINO (ed.), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milan, 1996, p.149; DE MITA, *Convenzione Italia-USA e tassabilità delle royalties*, *Le Società*, 1988, p.779; GLENDI, "Redevances", *NN.D.I. - Appendice*, Turin, 1986, p.423; LUPI, *Inapplicabilità dei regimi sostitutivi ed imposte sostitutive: far risorgere l'lor produce mostri*, in *Rass. Trib.*, 1995, p.694; MAYR, *Una nuova disciplina per i soggetti non residenti*, in *Boll. Trib.*, 1982, pp.115-116; TABET, *Reviviscenza dell'lor su royalties non assoggettate a ritenuta?*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1986, II, p.3; ZOPPINI, *Note critiche sull'imposizione delle royalties fluenti verso l'estero*, in *Boll. Trib.*, 1993, p.967. The main arguments sustained by the doctrine to contrast the dominant jurisprudential orientation focused towards:

a) the correct interpretation of the term "assoggettati" contained in article 1, para. 2, part c) of Presidential Decree 599 (and to the term "soggetti" used by Tuir, art. 115, para. 2, part e); ref., for all, the above mentioned work by Adonnino, p.4933);

b) the insistence, for royalties paid to non-resident companies not based in Italy, of other imposition mechanisms apart from the source taxation provided by article 25 of Presidential Decree 600 (above-mentioned work by De Mita, pp.780-);

c) the absurd outcome of the disputed interpretation, which placed the basis for the creation of a situation of double taxation by applying a convention designed to contrast this phenomenon (ref., for example, GLENDI, as above, p.429; CERIANA, *Royalties percepite da una società statunitense e presupposto d'imposta ai fini ilor*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, p.1119);

d) the impossibility, for the ordinary tax regime, to be applied when the substitutive regime can not be applied (the subject is developed in the above-mentioned work by Carpentieri, pp.898-).

In addition, in all probability, the restrictive point of view shown in these sentences by the Court of Cassation was founded on a misunderstood consideration of the taxation regime characterising royalties paid by Italian subjects to foreign companies. This revenue, in fact, was thought to be exempt from the tax in article 25 of Presidential Decree 600, not

The great part of such sentences concerned the application of the Italy-United States Convention stipulated on 30 March 1955 (11) [to which sentence 5768/2000 (12) refers] and the Italy-United Kingdom Convention of 4 July 1960 (13) (which is discussed by sentences 1122/2000 and 9942/2000 (14)). In fact, both Treaties, stipulated before the Tax reform of 1971-73 and, consequently, considered more or less inapplicable to Local Income Tax (15

by virtue of an "exemption in the strict sense of the word" (meaning a measure intended to determine an exceptional situation of *non taxability*, usually with an aim of tax relief), but by a disposition (based on a convention) finalised to avoid situations of *double taxation*.

Thus, if it would have been difficult to affirm the "resurgence" of Local Income Tax (LIT) in the case of de-taxing revenue on the basis of a "strict exemption", which would facilitate royalties with respect to Irpef and Irpeg (and LIT), it was more censurable to revive the substituting tax in the case in question, in which the de-application of the tax is intended to eliminate a situation of international double taxation. On the other hand, the legal system manifests in various ways that it does not ignore the specific nature of the regulations, internal or conventional, that are pre-ordained to eliminate or contain the phenomenon of double taxation. As examples, think about the different treatment, in terms of VAT (IVA) on purchases, that Presidential Decree 633/73 reserves for, respectively, the operations as in article 8 and those as in article 10 of the same Decree; or, on the subject of direct taxes, to the regime of "inter-group" dividends, subjected to reduced taxes according to articles 96 and 96-bis of Tuir, but computed in their entirety for calculation of the "pro-rata", as in article 63, and tax credit according to article 105 of the same text.

(11) For this convention, ref. LANCELOTTI, *Problemi inerenti alla convenzione tra la Repubblica Italiana e gli Stati Uniti d'America per evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali in materia di imposte sul reddito*, in *Dir. prat. trib.*, 1975, I, p.659.

(12) Similar situations as those examined in this sentence have been subsequently faced by the Court of Cassation in sentences 02.10.2000, n.12997 (Pres. Cantillo, Rel. Altieri), 27.10.2000, n.14197 (Pres. Cantillo, Rel. Altieri) and 28.10.2000, n.14253 (Pres. Cantillo, Rel. Altieri), with motivations that are the same as those in sentence 5768/2000.

(13) See UCKMAR, *La convenzione tra l'Italia e il Regno Unito sulle imposte sui redditi*, in *Dir. prat. trib.*, 1961, I, p.187.

(14) Sentence 9942/2000 re-states most of the arguments already mentioned by the Court in deciding on case 1122/2000, adding some innovative considerations, which will be the basis of the object of analysis in part 2.

(15) Please note that, conversely to the Italy-United Kingdom Treaty, that stipulated with the United States did not contain the clause as in art. 2, para. 4 of the OECD Model Convention. This provides the applicability of the treaty "also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of signature of the Convention in addition to, or in place of, the existing taxes". This rendered necessary an exchange of notes between Italian and American authorities, through which the application of the Treaty for Irpef and Irpeg (and LIT) was established. Vice-versa, by virtue of this clause,

16), established exclusive powers of taxation for the State of the receiver, regarding royalties.

On the other hand, neither the Treaty is in force today, as it has been substituted by new agreements stipulated, respectively, on 17 April 1984 (17) [Italy-United States Convention (18)] and 21 October 1988 (19) [Italy-United Kingdom Convention (20)]. The two current Conventions (21) expressly provide for Local Income Tax between taxes in their respective field of application and, relative to *redevances*, establish a division of powers of taxation between the source State and the State of the receiver (22).

As with the various statements mentioned above, the sentences in question also concerned facts that occurred prior to the coming into force of the new Conventions [and, obviously, after the 1 January 1982, the date on which the above-mentioned changes to art. 19 of Presidential Decree 597/73 came into force (23)]. Thus, the Court of Cassation overcomes, though it does not disassociate it, its previous position regarding the "revival" of Local Income Tax on royalties in the case of non-imposition of the tax by virtue of the con-

the Italy-United Kingdom Treaty was automatically applied to new taxes introduced by the 1971-73 reform (but not to LIT).

288

(16) In general, for the problems of adapting already stipulated conventions to the new tax system resulting from taxation reform, see MIRAULO, *"Imposizione Doppia"*, *NN.D.I. - Appendix, III*, Turin, 1982, p.1287.

(17) In force from 30 December 1985.

(18) On this convention, see MAYR, *La nuova convenzione Italia-USA per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito*, in *Boll. Trib.*, 1986, p.437.

(19) In force from 31 December 1990.

(20) See GRIFONI, *La convenzione tra Italia e Regno Unito contro le doppie imposizioni*, in *Le Società*, 1992, p.23, and MAYR, *La nuova convenzione tra Italia e Regno Unito*, in *Corr. Trib.*, 1991, p.804.

(21) On 25 August 1999, a new Italy-United States convention, still not in force, was signed.

(22) Of the conventions currently in force which do not recognise any powers of taxation to the source State for royalties "going out" (see *retro* to footnote 7), only those with Cyprus and Ireland mention LIT among the taxes covered in the relative fields of application. Both these Treaties contain a "closure" disposition similar to that dictated by art. 2, para. 4, of the OECD Model Convention.

(23) In as much as, as mentioned above, royalties paid before that date by resident subjects to foreign companies not based in Italy are not considered as produced (and, as such, taxable) in Italy.

ventional conditions for exemption. On the one hand, this affirms the applicability of the Conventions to Local Income Tax. On the other, it affirms the incompatibility with EU principles of a national regulation which, by the previously described method, exposes non-resident operators to more penalizing treatment than the resident ones.

2. The applicability of the bilateral Conventions to Local Income Tax. The principle of "EU preference"

The applicability of the Conventions to Local Income Tax, even though there is no reference to this tax in the regulatory Acts, is affirmed by sentence 1122/2000 some brief statements. Sentence 5768/2000 only mentions the theme very briefly. The Court of Cassation states in particular that Local Income Tax, despite its name and the initial intentions of the legislator of the reform, has quickly become entirely a *treasury* tax. This is because of the total absence of powers for local bodies to verify and collect the tax (and, following Legislative Decree 936/1977, to determine a sole national quota), which are prerogatives reserved by law for State administration (24). This implies, in itself, according to the Court of Cassation, the necessary inclusion of Local Income Tax within the framework of the Convention.

Also in sentence 1122/2000, the Court of Cassation, on the contrary, feels that the arguments by society aimed at justifying the aforesaid inclusion are unfounded. These arguments refer, on the one hand, to the obligation to interpret conventional regulations in good faith sanctioned by article 31 of the Vienna Convention on Treaties (25). On the other hand, they refer to the (assumed) in-

(24) Opinions in doctrine of the "treasury" nature of LIT, as it has developed in the years following its introduction, are unanimous. Ref., *ex multis*, FANTOZZI, *Diritto Tributario*. Turin, 1998, p.752; LUPU, *Diritto Tributario. Parte speciale - I sistemi dei singoli tributi*. Milan, 1996, p.246 (where the author highlights how the label "local" determines uncertainty about the applicability or not of the international conventions to such tax); MARONGIU, *Imposta Locale sui Redditi*, in *Enc. Giur.*, vol. XVI, Rome, 1989, p.4; MICCINESI, *I tributi diretti erariali*, in Russo, *Manuale di Diritto Tributario*, Milan, 1994, p.600; RUSSO, *L'lor sulle royalties corrisposte a società non residente* (note to CTC, 24 November 1978, n.16278), in *Giur. It.*, 1980, III, sec. II, col. 38; SCHIAVOLIN, *L'imposta locale sui redditi - Funzione, presupposto e soggetti passivi*, in Tesaurò (Ed.), *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario* (volume called *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*), Turin, 1996, p.366; Tesaurò, *Istituzioni di Diritto Tributario. Parte speciale*, Turin, 1994, p.152.

(25) Convention dated 23 May 1969, rendered executive in Italy by Law 112, 12 February 1974, and in force in Italy from 27 January 1980. Art. 31 establishes specifically that "a treaty must be interpreted in good faith, in conformity with the ordinary meaning attributed to the terms of the treaty in their context and in the light of the objective aim of the

ternational principle providing the application of the most favoured nation clause. This would be breached by the non-inclusion of Local Income Tax within the framework of the Italy-United Kingdom Convention, where the aforesaid tax is included in the field of application of other fiscal Treaties stipulated in Italy (26).

Furthermore, on this last point, the Court of Cassation manifested a different standing in the subsequent sentence 9942/2000. In this, it is affirmed that: "It is common opinion, in fact, that the principle of non-discrimination means the automatic extension of an advantage or opportunity accorded to the subjects of one member State, through an agreed regulation or an internal right, to the subjects of all the other member States." Thus, the so-called "EU principle of preference" is re-called. This has already been applied by the European Court of Justice in sentences regarding other sectors of the legal system [e.g. agriculture (27)]. From this, it would derive the obligation, for all member States, to extend the fiscal facilitations conceded through bilateral agreements stipulated with specific member States to all EU citizens

treaty". Art. 31 of the Vienna Convention is mentioned to affirm the applicability to LIT of the current Italy-USA Convention. See CERIANA, *Royalties percepite da una società statunitense e presupposto di imposta ai fini ilor*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, II, p.1120.

290

(26) The most favoured nation clause is traditionally inserted in commercial treaties to guarantee to each of the contracted States the automatic extension of the privileged treatment that one of them has provided or will provide to any other State. Furthermore, doctrine tends to exclude the existence of a primary international rights principle that imposes the application of specific treatment even in the absence of a specific conventional disposition. Ref., *amplius*, F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, pp.33-; KEMMEREN, *The Termination of the m.f.n. Clause Dispute in Tax Treaty Law*, in *EC Tax Review*, 1997, p.151; RÄDLER, *Most Favoured Nation Clause*, in *Multilateral Tax Treaties*, Deventer, 1998, pp.5-; SCHUCH, *Most favoured nation clause in tax treaty law*, in *EC Tax Review*, 1996, p.161; VOGEL, *Problems of a Most Favoured Nation Clause in intra-EU Treaty Law*, *ibidem*, 1995, p.264.

(27) Ref. the Court of Justice sentences: case 5/67, 13 March 1968, *Beus*, in *Racc.*, p.113, case C-353/92, 14 July 1994, *Rep. Ellenica c. Consiglio*, in *Racc.*, I, p.3451, and 1st Instance Tribunal case T-489/93, 15 December 1994, *Unifruit Hellas EPE*, in *Racc.*, II, p.1228. In all these sentences, the EU judges also examined the question of the existence of an "EU principle of preference" within the framework of the so-called "supplying regime" disciplined by the Euratom Treaty. Ref. Court of Justice case C-357/95, 11 March 1997, *Empresa Nacional de Uranio*, (in *Racc.*, I, p.1329) and (on the same event) 1st Instance Tribunal case T-458/93, 15 September 1995 (in *Racc.*, II, p.2459).

(28) Schematically, three corollaries may be drawn from the (assumed) principle of "EU preference" (doctrine concentrates on the first, most reasonable, of the three):

- if a member State X, through a bilateral convention or internal ruling, has recognised to the citizens of member State Y a facilitation, such measure must be extended by State X to the citizens of all the other member States;

(28). Furthermore, authorities tend to negate the possibility of using the aforesaid principle in taxation matters (29). Arguments supporting this position are treated by some statements by the Luxembourg Court contained, specifically, in the *Bachmann* (30) and *Gilly* (31 32) cases.

In effect, art. 293 of the Treaty of Rome recognises to the member States the competence to stipulate, "as far as need be", Conventions finalised at the elimination of "double taxation within the community". As such disposition was aimed at, presumably, stimulating the following of such aim by concluding multilateral agreements (33), member States exercised this competence by stip-

- said extension must also operate in relation to the facilitations that member State X has in these ways conceded to the citizens of a third State Z;

- a subject who is resident in and a national of member State X may invoke, regarding the fiscal treatment that revenue derived by them in member State Y is to be subjected to, the application of the facilitating measures disciplined by the convention stipulated between member State Z and member State X.

(29) Ref. F. AMATUCCI, *La discriminazione di trattamento nel modello OECD*, in V. Uckmar (Ed.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padua, 1999, p.437; BIZIOLI, *Potestà tributaria Statuale, competenza tributaria della Comunità europea e...competenza tributaria della Corte di Giustizia: il caso "Saint Gobain"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, p.203; MARTIN JIMÉNEZ, GARCÍA PRATS and CALDERÓN CARRERO, *Triangular Cases. Tax Treaties and EC Law: The "Saint Gobain" Decision of the ECJ*, in *BIFD*, 2001, p.241; Hinekens, *Comparability of Bilateral Tax Treaties with European Community Law. The Rules*, in *EC Tax Rev.* 1994, p.154; Kemmeren, *The Termination of the m.f.n. Clause Dispute in Tax Treaty Law*, *ibidem*, 1996, p.146; Van den HURK, *The European Court of Justice knows its limits*, in *EC Tax Rev.*, 1999, pp.216-218; VOGEL, *as above*, p.264. The opposite theory is traditionally supported by German and Austrian doctrine (RÄDLER, *Most Favoured Nation Clause in European Tax Law?*, in *EC Tax Rev.*, 1995, p.66; Kergall, *Aspects of Treaty Overriding*, in *Intertax*, 1993, p.452; Schuch, *as above*, p.161).

(30) Court of Justice case C-204/90, 28 January 1992, *H. M. Bachmann c. Stato Belgia*, in *Racc.*, 1992, I-249.

(31) Court of Justice case C-336/96, 12 May 1998, *Coniugi Gilly c. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, III, p.833 (note by Medici).

(32) A certain interest was aroused in doctrine (Ref. Eicker, *Cases Hoechst/Metallgesellschaft before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 1999, p.173) by reference to the assumed principle of "EU preference" made during the course of cases C-397/98 (*Metallgesellschaft*) and C-410/98 (*Hoechst*). The Court, deciding on these cases in the 8 March 2001 sentence (in *Giur. It.*, 2001, p.1482), prudently omitted to pronounce on such aspect (Advocate-General Fennelly also did this).

(33) This procedure was followed for other aims indicated in art. 293 (Ref. Brussels Convention of 27 September 1968, on jurisprudential competence and the execution of civil and commercial sentences (in *Court of Justice Official Journal*, L 299, 31 December

ulating a wide *network* of bilateral Conventions, mostly modelled on those elaborated first by the League of Nations and subsequently by the OECD.

These Conventions are all aimed at the elimination of double taxation (34), through different instruments (exemption or tax credit, disciplined in its numerous forms), and through a diverse grading of the source State's powers of taxation on the various types of revenue received by subjects resident in the other contracted State (35).

The possibility of "dosing" conventional instruments, always with the aim of preventing situations of double taxation arising, appears natural to the exercising of fiscal policy [we could also say: "the need to preserve the *coherence* of the fiscal system" (36)] by single member States. This is equally so in the case of powers of exclusion of the application of conventional benefits to subjects who are not resident in either of the contracted States (37). Consequently, there results, relative to the taxation treatment they are subjected to, a similar situation to that of subjects resident in the contracted State that is applying the Convention (38)). On the other hand, the aim of these Con-

1972, pp. 32-42) and the Brussels Convention of 29 February 1968 on the reciprocal recognition of companies and juridical people.

(34) All these conventions contain specific dispositions to limit the phenomenon of double taxation on company income subsequently subject to taxation against the receivers as income from shareholdings (for Italy, see the Treaties stipulated with France and the United Kingdom). Furthermore, it is well known that a disposition aimed at eliminating double taxation is dictated by art. 9, para. 2, of the OECD Model Convention.

(35) "Within the framework of bilateral conventions stipulated to avoid double taxation, member States are free to establish the connecting factors in order to divide taxation duties" (Court of Justice, case C-307/97, 21 September 1999, *Saint Gobain*, point 56, published in *Dir. prat. trib.*, 2000, III, p.323, note by the author).

(36) See also footnote 59.

(37) To affirm the contrary would mean, among other things, removing any significance from the anti-*treaty shopping* dispositions in contracts stipulated between member States. The Court of Justice has recognised, in the famous *Centros* sentence (case C-212/97, 3 September 1999, in *Foro. It.*, 2000, IV, col. 317-322, note by Fortunato) the compatibility of national rulings aimed at contrasting elusive phenomena with EU principles (not only those concerning fiscal evasion), and that "the interested parties cannot fraudulently or illegally make use of EU rights" (point 24 of the motivations).

(38) As highlighted in the aforementioned *Saint Gobain* sentence (this will be referred to many more times during this essay).

ventions is that of preventing double taxation of tax payers resident in the contracted States, and not that of ensuring that they are subjected to the sternest possible taxation regime.

The occurrences in the aforementioned *Saint Gobain* sentence do not enable us to make different conclusions. In this case, the Luxembourg Court found that the balance and reciprocity of the Conventions stipulated by Germany with the United States and Switzerland would not be challenged by a unilateral extension of a fiscal facilitation provided by such Conventions, as such an extension would not affect the rights of such countries and not burden them with further obligations (39).

In this case, in fact, the extension of the framework of application of the conventional benefit was necessary so as to not to subject *an EU subject* (German running of a French company) to worse fiscal treatment than that reserved by German regulations to *resident* companies. In other words, the terms of comparison to be made for highlighting illegitimate discrimination are still, on the one hand, the taxation treatment applied to resident subjects and, on the other, the fiscal discipline that non-resident EU subjects are subjected to. As in the case of a permanent establishment, single EU subjects are in "identical conditions", under the taxation profile, to resident subjects (40).

In conclusion, EU jurisprudence cannot provide any elements to affirm the illegitimacy of the regulations of a member State X, which subjects non-residents, citizens of member State Y, to treatment no worse than that applicable to residents, but less smooth compared to that which the same State X recognises, on the basis of a bilateral convention, to non-residents who are citizens of a State (member or third) Z (41).

(39) Point 59 of the motivations.

(40) The terms of the birth and contents of the "EU principle of fiscal non-discrimination" will form the basis of a more detailed examination in part 3.2.

(41) The *Saint Gobain* sentence has brought to everyone's attention the possibility of differences between the discipline dictated in bilateral conventions against double taxation and EU rights. The main solutions advanced by European doctrine for resolving this problem consist in producing a multilateral convention between the member States of the European Union (advanced, in particular, by the Viennese school). In other words, the predisposition of a Model Convention for member countries (the theme has been the object of discussion during the study gathering called *Interactions between the Double Taxation Conventions and the Rulings of the ECJ on the Fundamental Freedoms*, held in Treviri on 26-27 April 1999. See the resumé by Pistone in This Review, 1999, p.351).

Finally, the statement made by the Court of Cassation to the European Court of Justice ruling of 24 November 1998 appears to be irrelevant (42). In this statement, EU judges found that, as Italian regulations allow German speaking Italian citizens the right for penal proceedings against them to be carried out in their language, this "privilege" cannot be denied to other German speaking subjects resident in other member States who are subjected to penal proceedings in Italy. It would have been vastly different to affirm (as the Court of Cassation would seem to have understood) that, where a member State X has recognised, by bilateral Convention, a specific concession to citizens of a member State Y, this concession must be extended to all citizens of the other member States.

3. The revival of Local Income Tax and the principle of fiscal non-discrimination

In the sentences here commented, the Court of Cassation highlights the need to revise its own position regarding the application of Local Income Tax to royalties paid to non-resident companies, in the light of the principle of fiscal non-discrimination deducible from conventional regulations (43) and, especially, from EU regulations (44) (45).

(42) Case C-274/96, *Bickel & Franz*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1998, p.203 (note by Condinanzi), and also in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p.106 (note by Gattini).

(43) On the ban on non-discrimination contained in conventions against double taxation, see, between the others, Adonnino, *Non discrimination in international tax rules, General Report*, in *Cahiers de droit fiscal international*, IFA, vol.78b, Deventer, 1993; Id., *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p.173; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua, 1998, pp.63-99; Id., *La discriminazione di trattamento nel Modello OECD*, in V. Uckmar (Ed.), *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Padua, 1999, p.403; Various Authors, *The Non-discrimination Article in Tax Treaties – Part I*, in *BTR*, 1991, p.359; Id., *The Non-discrimination Article in Tax Treaties – Part II*, in *BTR*, 1991, p.421; Goldberg-Glicklich, *Treaty-based Non-discrimination: Now you see it, Now you don't*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, p.521; van RAAD, *Non-discrimination in international tax law*, Deventer, 1996; VOGEL, *Double taxation conventions*, Deventer, 1997, pp.1273-1338.

(44) Among the numerous studies concerning the principle of fiscal non-discrimination deducible from the EU regulating system, see the following. Various, *Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law?*, in *European Taxation*, 2000, p.3 (for Italian rules, see, especially, Lombardi's intervention, p.60); ADONNINO, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari tra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1993, p.65; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua, 1998, pp.105-177; BATER, *Setting the Scene: The Legal Framework*, in *European Taxation*, 2000, p.8; BIZIOLI, *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Rev.*, 1998, p.239; Claeys

Following laborious analysis of these regulations, the Court of Cassation affirmed that the incompatibility of this principle with internal rulings, should this be interpreted in the sense of subjecting royalties exempted from other

Bouaert, *La règle de non-discrimination dans la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice européenne*, in *Journal de droit fiscal*, 1999, p.269; GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2000, p.34; HINNEKENS, *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with EC Law – The Rules*, in *Intertax*, 1994, p.146; Id., *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with EC Law – Application of The Rules*, in *EC Tax Rev.*, 1995, p.202; Knobbe-Keuk, *Restrictions on the Fundamental Freedoms Enshrined in the EC Treaty by Discriminatory Tax Provisions – Ban and Justification*, in *EC Tax Rev.*, 1994, p.74; LEHNER, *Limitation of the National Power of Taxation by the Fundamental Freedoms and Non-discrimination Clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Rev.*, 2000, p.5; MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. Trib.*, 2000, p.1151; QUAGHEBEUR, *A Bridge Over Muddled Waters. Coherence in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities Relating to Discrimination Against Non-resident Taxpayers*, in *The EC Tax Journal*, volume I, 1995/96, p.109; PETERS-SNELLAARS, *Non-discrimination and Tax Law: structure and comparison of the various non-discrimination clauses*, in *EC Tax Rev.*, 2001, p.13; PISTONE, *The Impact of Community Law on Tax Treaty: Issues and Solutions*, i.c.p.; RAVENTÓS, *Recent Income Tax Cases before the European Court of Justice: Impact on Future Tax Policy in Europe*, in *European Taxation*, 1998, p.336; ROLLE, *Mercato interno e fiscalità diretta nel Trattato di Roma e nelle recenti iniziative della Commissione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p.5; SCHWARZ, *Cross-Border Corporate Structures and Financing: The Impact of European Court Decision on Tax Discrimination*, in *BIFD*, 2000, p.111; van den HURK, *The European Court of Justice Knows its Limits*, in *EC Tax Rev.*, 1999, p.211; VANISTENDAEL, *The Role of the European Court of Justice as the Supreme Judge in Tax Cases*, in *EC Tax Rev.*, 1996, p.114; Id., *The limits to the new community tax order*, in *Common Market Law Rev.*, 1994, p.310; Id., *Impact of European tax law on tax treaties with third countries*, in *EC Tax Rev.*, 1999, p.163; van THIEL, *Prohibition of Income Tax Discrimination in the European Union: What does it Mean?*, in *European Taxation*, 1994, p.306; WATTEL, *Progressive Taxation of Non-residents and Intra-EC Allocation of personal Tax Allowances*, in *European Taxation*, 2000, p.210; WERLAUFF, *Remedies Available to Individuals under EC Law against Discriminatory National Law*, in *European Taxation*, 1999, p.475; WOUTERS, *The principle of Non-discrimination in European Community Law*, in *EC Tax Rev.*, 1999, p.98. With specific reference to the application of the principle of non-discrimination in Italian ordinance, see F. AMATUCCI, *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, I, p.163 and GARBARINO-CORASANITI, *The non-discrimination principle in the Italian tax system*, in *EC Tax Rev.*, 1997, p.164.

(45) In contrast, majority doctrine tends to exclude the existence of a principle of non-discrimination in primary international rights. Ref. ADONNINO, *Il principio di divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p.178; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padua, 1998, p.24; Croxatto, *Diritto Internazionale Tributario*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, IV, commercial section, p.644; van RAAD, *Non-discrimination in International Tax Law*, Deventer, 1986, p.25; Vogel, *Double Taxation Conventions*, Deventer, 1997, p.1286. *Contra* LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur.*, vol.XXXI, Rome, 1994, p.2.

direct taxes available in conventional dispositions to local income tax. This is because in this way, this ruling would penalise non-resident subjects (who would pay further tax on the same revenue in their State of residence) towards national companies (46) (47).

The following paragraphs will provide some reflections on the arguments developed by the Court of Cassation in the sentences under discussion.

3.1 Field of application of the ban on discrimination provided by the double tax conventions

Firstly, the reference (particularly in sentence 5768/2000) to the ban on discrimination contained in the double taxation Conventions does not seem convincing. In fact, it is true that this ban, contained in article 24 of the OECD Model Tax Convention, can also be applied to taxes outside the field of application of the bilateral Convention in question (48). Therefore, even if local income tax should be excluded from the field of application of the current Italy-United States Convention [the fact that the subjecting of royalties perceived by American companies breaches the *distributive rule* as in art. 8 of the aforesaid Treaty is to be excluded (49)], this would not obstruct the pos-

(46) The conclusions reached by the Supreme Court are a little naïve. The Court of Cassation, in fact, does not affirm the incompatibility *tout court* on national rulings with those of the EU, with the consequent need to disapply the latter. According to one argument that recalls closely the Advisory Committee findings, the Court affirms that internal discipline (specifically, art. 1, para. 2, part c) of Presidential Decree 599/73) is discriminatory only if interpreted to mean that LIT must be applied every time the alternative tax regime has not been applied in full (interpretation that the Court of Cassation sees as correct). The contrast with EU rights principles is less where it is felt that, on the contrary, the exclusion of LIT covers all revenue that has *abstractly* been taxed at source (the interpretation always rejected by the Supreme Court).

Looking at the well known principle that imposes the interpretation of national rulings in conformity with those of the EU, the Court of Cassation therefore affirms the need to follow this second interpretation of internal regulations, even if it is not correct, in as much as it is the only one compatible with EU principles. Ref. Court of Justice sentences: case 106/89, 13 November 1990, *Marleasing*, in *Racc.*, I, p.4135; case C-91/92, 14 July 1994, *Faccini Dori*, in *Racc.*, I, p.3325; case C-131/97, 25 February 1999, *Carbonari*, in *Racc.*, I, p.1103.

(47) A brief mention of the contrast in the previous position of jurisprudence bodies and the principle of fiscal non-discrimination was made by Adonnino in *Ilor sulle royalties corrisposte a soggetti residenti in Paesi con cui vigono convenzioni per evitare doppie imposizioni*, as above, p.4934.

(48) Ref. paragraph 6 of the aforementioned article 24.

(49) The same goes for art. 9 of the Italy-UK treaty and art. 12 of the Model Convention.

direct taxes available in conventional dispositions to local income tax. This is because in this way, this ruling would penalise non-resident subjects (who would pay further tax on the same revenue in their State of residence) towards national companies (46) (47).

The following paragraphs will provide some reflections on the arguments developed by the Court of Cassation in the sentences under discussion.

3.1 Field of application of the ban on discrimination provided by the double tax conventions

Firstly, the reference (particularly in sentence 5768/2000) to the ban on discrimination contained in the double taxation Conventions does not seem convincing. In fact, it is true that this ban, contained in article 24 of the OECD Model Tax Convention, can also be applied to taxes outside the field of application of the bilateral Convention in question (48). Therefore, even if local income tax should be excluded from the field of application of the current Italy-United States Convention [the fact that the subjecting of royalties perceived by American companies breaches the *distributive rule* as in art. 8 of the aforesaid Treaty is to be excluded (49)], this would not obstruct the pos-

(46) The conclusions reached by the Supreme Court are a little naïve. The Court of Cassation, in fact, does not affirm the incompatibility *tout court* on national rulings with those of the EU, with the consequent need to disapply the latter. According to one argument that recalls closely the Advisory Committee findings, the Court affirms that internal discipline (specifically, art. 1, para. 2, part c) of Presidential Decree 599/73) is discriminatory only if interpreted to mean that LIT must be applied every time the alternative tax regime has not been applied in full (interpretation that the Court of Cassation sees as correct). The contrast with EU rights principles is less where it is felt that, on the contrary, the exclusion of LIT covers all revenue that has *abstractly* been taxed at source (the interpretation always rejected by the Supreme Court).

Looking at the well known principle that imposes the interpretation of national rulings in conformity with those of the EU, the Court of Cassation therefore affirms the need to follow this second interpretation of internal regulations, even if it is not correct, in as much as it is the only one compatible with EU principles. Ref. Court of Justice sentences: case 106/89, 13 November 1990, *Marleasing*, in *Racc.*, I, p.4135; case C-91/92, 14 July 1994, *Faccini Dori*, in *Racc.*, I, p.3325; case C-131/97, 25 February 1999, *Carbonari*, in *Racc.*, I, p.1103.

(47) A brief mention of the contrast in the previous position of jurisprudence bodies and the principle of fiscal non-discrimination was made by Adonnino in *Ilor sulle royalties corrisposte a soggetti residenti in Paesi con cui vigono convenzioni per evitare doppie imposizioni*, as above, p.4934.

(48) Ref. paragraph 6 of the aforementioned article 24.

(49) The same goes for art. 9 of the Italy-UK treaty and art. 12 of the Model Convention.

sibility of censuring internal regulations on the basis of the conventional ban on discrimination.

Furthermore, the Convention in question did not contain any anti-discrimination clause (50).

But, above all, the non-discrimination clauses in art. 24 of the Model Convention are not suitable for application in a case such as that examined by the Court of Cassation. Paragraph 1 of this article prescribes that "nationals of the Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the *same circumstances, in particular with respect to residence*, are or may be subjected" (our italics). Thus, Contracting State A cannot discriminate, from a fiscal point of view, between two resident subjects (or both resident in the other Contracting State or the same third State) because of their different nationality (one being a national of such State, the other a national of the other Contracting State) (51).

The case of a company, resident in and a national of one of the Contracting States (in this case the USA), that is subjected to worse fiscal treatment in the other Contracting State (Italy) than that reserved for residents in that State (independently of nationality) is different. Here, there is no discrimination (founded on nationality) censurable under the provisions of art. 24, para. 1.

In particular, the non-discrimination clause in para. 1 of art. 24 [contrary to what occurs in EU law (52)] does not sanction the so-called "indirect dis-

297

(50) Regarding this, the Court of Cassation has said, with the support of an unspecified international doctrine, that the ban on discrimination would constitute a "fundamental regulating principle...even in treaties, like that in question, which do not conform to the OECD Model Convention, and do not contain a specific clause about this principle, like art. 24 of the new Italy-USA Treaty of 17 April 1984" (point 3.3 of the motivation).

(51) Further cases in which the "nationality non-discrimination provision" may be applied are formulated by Various Authors in *The Non-discrimination Article in Tax Treaties – Part I*, pp.375-.

(52) In fact, the Court of Justice has more than once highlighted that disparity in treatment on the basis of residence criteria may result in indirect discrimination towards foreign economic subjects. For example, see the contents of the 12 February 1974 sentence to case 152/73, *Sotgiu* (in *Foro It.*, 1974, IV, col.210-211, note by Tizzano): "the principle of equity of treatment, mentioned in both the Treaty and Reg. 1612/68, bans not only blatant discrimination on the basis of nationality, but also any discrimination that, although based on other reference criteria, produces the same result" (point 11). In particular: "a national regulation...that provides distinction based on the criteria of residence, in the sense that it does not allow non-residents fiscal facilitations that are allowed to residents within national

crimination". This is formally founded on parameters other than nationality (typically residence), but in a way such as to determine concrete disparity of treatment between subjects of different nationality (53).

Evidently, is equally inapplicable the ban on discrimination contained in para. 3 of art. 24 [relating to the treatment of permanent establishment of companies of the other Contracting State (54)], dealing the case in question on taxation of revenue gained by a foreign company without a permanent establishment in Italy (55).

territory, risks damaging nationals of other member States. In fact, *more often than not, non-residents are not citizens of the State in which they carry out their activities*" (sentence 14 February 1995, case C-279/93, *Schumacker*, point 28).

On the other hand, considering the fundamental role of residence criteria in the fiscal sector, disparity in treatment between residents and non-residents will be considered as discriminatory only if they are, in a given ordinance and regarding given regulations, subjected to the same tax situation. In other words, they are subjected to the same tax regime. "Where non-residents are assimilated to residents and both are subject to the same tax system, the Court does not allow that system to be applied in a discriminatory manner." [Conclusions reached by the Advocate General in the *Commerzbank AG* case (decided by the Court of Justice in sentence 13 July 1994, case C-330/91), *The Queen v. Inland Revenue Commissioners (ex parte Commerzbank AG)*], in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, p.439, note by Marino.) See also sentence 28 January 1986, case 270/84, *Commissione c. Repubblica Francese ("Avoir Fiscal")*, in *Racc.*, 1986, p.273 (point 23).

298

(53) Ref. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, p.1290, and also point 4 of the Commentary on art. 24 of the Model Convention.

(54) This states that: "The taxation on a permanent establishment which an enterprise of a Contracting State has in the other Contracting State shall not be less favourably levied in that other State than the taxation levied on enterprises of that other State carrying on the same activities".

(55) A further example of the difficulties for Italian jurisprudence in approaching the principle of non-discrimination as defined in the double taxation conventions may be found in the Central Fiscal Commission sentence of 10 September 1998, n.4318 (in *Riv. Dir. Trib.*, 1999, IV, p.127, note by Piazza). Italian financial administration had disputed the non-presentation of an annual declaration by a Moroccan airline (whose revenue was not taxed in Italy because of the dispositions in the Italy-Morocco treaty, which conform to the dispositions of art. 8, para. 1 of the OECD Model Convention). The Central Fiscal Commission annulled the finding with said sentence, motivating their decision not by affirming the absence of the obligation to declare in the absence of taxable revenue or discussing the existence of a permanent establishment in Italy, but by applying art. 22, para. 1 of the Treaty, which contains the non-discrimination clause. This disposition, in conformity with art. 24, para. 1 of the 1963 OECD Model Convention, states that "nationals of a Contracting State are not subject to any tax or relative obligations in the other Contracting State, diverse or more burdensome than those to which nationals of the other State in the same situation are or may be subjected to".

3.2 EU Principle of fiscal non-discrimination and tax Treaties stipulated with third States

Regarding the observations of the Court of Cassation relative to the EU discipline, it is necessary firstly to underline that these regulations do not contain any explicit ban on discrimination in the field of direct taxes (56). In fact, this principle is the fruit of a interpretative operation carried out over the last few years by the Court of Justice, which has extrapolated these bans from articles 12 [containing a general ban on putting in place discrimination on the basis of nationality (57)], 39 (which affirms freedom of circulation for workers), 43 and 48 (relating to freedom of establishment), 49 (which sanctions the so-called "free supply of services") and 56 (which concerns freedom of circulation of capital) (58).

Actuating a bizarre application of the regulations on reciprocity (the misunderstandings generated by the reference to the condition of reciprocity contained in the Commentary to art. 24 is highlighted, for example, in Various Authors, *The Non-discrimination Article in Tax Treaties*, part I, p.361), the Central Fiscal Commission negated the obligation to declare by the Moroccan airline on the basis of the fact that a similar burden is not imposed on Alitalia in Morocco. Evidently, a comparison should have been made (on the basis of para. 3 of art. 24) with the treatment reserved to Alitalia by Italian regulations (that is a subject in the same fiscal situation to the Italian permanent establishment of the non-resident company). This would have recognised the non-discriminatory character of the administrative obligation in question (in fact, even resident subjects are obliged by art. 1 of Presidential Decree 600/73 to present an annual declaration of income, even if this does not derive any tax debts and in the absence of income).

299

(56) Diversely from that stated, regarding the sector of indirect taxation, by articles 90 and 91 of the Treaty of Rome.

(57) Furthermore, this disposition is valid for disputes in the field of application of the Treaty (identified by article 2), to which direct taxation does not belong in itself. The Court has also found on numerous occasions that "although, as Community law stands at present, direct taxation does not as such fall within the purview of the Community, the powers retained by the Member States must nevertheless be exercised consistently with Community law" (point 21 of Court of Justice sentence 14 February 1995, case C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt v. R. Schumacker*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p.3, note by F. Amatucci). Ref. also *Accili*, L'art. 48 del Trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker, in *Riv. Dir. Trib.*, 1995, I, p.935; *Arrese-Roccatagliata*, Discriminatorio il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p. 238; *Avery Jones*, European Union: carry on discriminating, in *European Taxation*, 1996, p. 46; *Hinnekens*, Non-discrimination in EC Income Tax Law: painting the colours of a chameleon-like principle in *European Taxation*, 1996, p.286; *Pistone*, La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia, in *Dir. prat. trib.*, 1995, II, p. 1471; *Vanistendael*, The consequences of Schumacker and Wielockx: Two steps forward in the tax procession of Echemnach, in *Common Market Law Review*, 1996, p. 2.

(58) Among the most significant precedents in this field, see 28 January 1986, case 270/84, *Avoir Fiscal*; 28 September 1988, case 81/87, *The Queen v. H.M. Treasury and*

In substance, the Court of Cassation justifies its interventions in the field of direct tax by the statement that the regulations of a member State that provide for non-residents (citizens of another member country) a worse fiscal treatment than that provided for citizens of that country determines an obstacle to the freedom to live, work, carry out economic activities and use their earnings in any member State, that is recognised to all citizens by the EU Treaty. Where this obstacle is not justified by good reason (59), it constitutes a breach of the above-mentioned freedom.

Commissioners of Inland Revenue (ex parte Daily Mail), in *Dir. prat. trib.*, 1989, II, p.353 (note by Van Hoorn Jr.); 8 May 1990, case 175/88, *K. Biehl v. Administrations des contributions du Grand Duché du Luxembourg*, in *Racc.*, 1990, I-1779; 28 January 1992, case C-204/90, *H. M. Bachmann v. Belgian State*, in *Racc.*, 1992, I-249; 13 July 1993, case C-330/91, *Commerzbank*; 14 February 1995, case C-279/93, *Schumacker*; 11 August 1995, case C-80/94, *Wielockx v. Inspecteur der directe belastingen*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p.675 (note by Muguza Arrese-Roccatagliata); 14 November 1995, case C-484/93, *P. Svensson v. Ministre du Logement*, in *Racc.*, 1995, I-3995; 27 July 1996, case C-107/94, *PH Asscher v. Secretaris van Financien*, in *Racc.*, 1996, I-3089; 15 May 1997, case C-205/95, *Futura Participations SA*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998, III, p.15 (note by Melis); 28 April 1998, case C-118/96, *Safir*, in *Racc.*, I-1897; 12 May 1998, case C-336/96, *Coniugi Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, in *Dir. prat. trib.*, 1998, III, p.833 (note by Medici); 16 July 1998, case C-264/96, *Imperial chemical Industries c. Kenneth Hall Colmer*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, III, p.313 (note by Bizioli); 29 April 1999, case C-311/97, *Royal Bank of Scotland* and 21 September 1999, case C-307/99, *Saint Gobain*, both published in *Dir. prat. trib.*, 2000, pp.315- (with notes by the authors); 8 July 1999, case C-254/97, *Baxter et al.*, in *Racc.*, I-4809; 14 September 1999, case C-391/97, *Gschwind*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, p.51 (note by Pistone); 14 October 1999, case C-439/97, *Sandoz*, in *Racc.*, I-7041; 26 October 1999, case C-294/97, *Eurowings*, in *Racc.*, I-7447; 28 October 1999, case C-55/98, *Bent Vestergaard*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, p.83 (note by Pinto); 18 November 1999, case C-200/98, *X AB and Y AB*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, p.29 (note by Bizioli); 13 April 2000, case C-251/98, *Baars*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, III, p.42 (note by Favi); 16 May 2000, case C-87/99, *Zurstrassen*, in *Racc.*, I-3337; 6 June 2000, case C-35/98, *Verkooijen*, in *Giur. Imp.*, 2001, p.1; 26 September 2000, case C-478/98, *Commissione c. Belgio*, in *Racc.*, I-7587; 14 December 2000, case C-141/99, *AMID*, in *Giur. It.*, 2001, p.1517 (note by M. Antonini) and in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, III, p.71 (note by Pistone); 8 March 2001, cases C-397/98 and C-410/98, *Metalgesellschaft and Hoechst*.

(59) These are the so-called Rules of Reason, identified by the Court of Justice in the need to contrast elusive phenomena (see sentence 3 September 1999, case C-212/97, *Centros*), the need to safeguard the efficiency of fiscal controls (see, in particular, the aforementioned *Futura Participations* sentence) and the opportunity to preserve the coherence of national fiscal systems (in this regard, the *Bachmann* and *Wielockx* sentences are significant). The same Court has not felt that the need to avoid lessening of fiscal waste may constitute a reason for justifying a discriminatory national fiscal system (ref., for example, the *Saint Gobain* sentence). In doctrine, see, *ex plurimus*, Pinto, *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, pp.102-117; Quaghebeur, as above, p.122; Wertauff, *The Consequences of the "Centros" Decision: Ends and Means in the Protection of Public Interests*, in *European Taxation*, 2000, p.542; Wouters, *The Case-Law of the European Court of Justice on direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, p.185.

Therefore, while national taxation discipline can be regarded as incompatible with the "EU principle of fiscal non-discrimination", there is a need for it to limit the exercising, *within the EU* (60) (space assumption), of one of the *fundamental freedoms* sanctioned by the Treaty towards a *legal EU subject* (subjective assumption). This limitation must also be *discriminatory* (61) and *unjustified* (62) (objective assumption) (63).

Having said this, it is not clear how the Court of Cassation can have made reference to this principle in sentence 5768/2000, relative to a case in which at least the second of the above-mentioned principles was not found (the company penalised by the discriminating Italian regulation being American).

It is possible that the Court of Cassation was put off course on this point by

(60) It must therefore be a regulation that penalises (fiscally) the operators who are nationals of another member State with respect to those who are nationals, or it must render it fiscally less advantageous for national operators to lend their activities to the market of another member State rather than the internal market (ref. sentence 5 October 1994, case C-381/93, *Commission v. France*, in *Racc.*, 5145, point 14), or, finally, it must restrict the liberty of the designees of the services to go to another member State in order to make use of services (see, in particular, the 28 October 1999 sentence, case C-55/88, *Bent Vestergaard*).

(61) According to the notion of "discrimination" elaborated in jurisprudence by the Court of Justice, which we will return to later (paragraph 3.3).

(62) In as much as it is not covered by one of the Rules of Reason mentioned in footnote 59.

(63) Similarly, HINNEKENS ("*AMID*": *The Wrong Bridge or a Bridge Too Far? An Analysis of a Recent Decision of the European Court of Justice*, in *European Taxation*, 2001, p.210) affirms that to verify if a fiscal measure contrasts with EU principles it is necessary to ask at least six questions:

- 1) "Does the case fall within the (intra-Community) scope of the EU Treaty?
- 2) Is the matter left to the Member States under article 293, second indent EC?
- 3) Is the tax treatment a case of (direct) discrimination?
- 4) Is it then a case of prohibited restriction of the freedom of establishment?
- 5) Is there an imperative reason of general interest which justifies the tax restriction under the "rule of reason" doctrine?

6) If the tax rule does not generate discrimination or another restriction of the freedoms (breach of primary Community law), it may still be prohibited under an EC tax directive (breach of secondary Community law)".

(64) Mentioned in paragraph 2. Literature on this fundamental point is fairly ample. In particular, the following are highlighted: BIZIOLI, *Potestà tributaria Statuale, competenza tributaria della Comunità Europea e...competenza tributaria della corte di giustizia: il caso "Saint Gobain"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, p.192; DIBOUT, *Liberté d'établissement, conventions*

the famous *Saint Gobain* sentence (64). In this sentence, the European Court of Justice affirmed (*rectius* re-stated) the ban, on Member States, on putting in place fiscal discriminations in the application of bilateral Treaties stipulated with third States, but this did not mean in any way the overcoming of the “subjective assumption” identified above. The theme of the Court’s argument in the *Saint Gobain* case may be summarised as follows. Tom, a citizen of member State X, asks the member State Y to recognise him the benefits provided by the Treaty concluded between the member State Y and a third State Z. The request is justified by the fact that Tom, although he does not have citizenship of State Y, operates there in identical conditions (at least as regards fiscal treatment) to those that the citizens of member State Y are subjected to (65) (66). Under these conditions, the refusal by State Y to recognise such benefits to Tom

fiscales et entreprises multinationales, in *Revue de Droit Fiscal*, 2000, p.474; GARBARINI, *Il principio di non discriminazione tra società residenti e stabili organizzazioni*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, II, p.337; KOSTENSE, *The “Saint Gobain” case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, in *EC Tax Rev.*, 2000, p.220; LAUSTERER, *Unlawful German Tax Discrimination of Permanent Establishments Comes before the ECJ*, in *EC Tax Journal*, 1999, p.35; id., *The “Saint Gobain” judgement of the ECJ*, *ibidem*, 1999, p.45; MARTIN JIMÉNEZ, GARCIA PRATS, CALDERÓN CARRERO, *Triangular Cases, Tax Treaties and EC Law: The “Saint Gobain” Decision of the ECJ*, in *European Taxation*, 2001, p.241; OFFERMANN-S-ROMANO, *Treaty Benefits for Permanent Establishments: The “Saint Gobain” case*, in *European Taxation*, 2000, p.180; OLIVER, *Entitlement of a permanent establishment to third state treaty benefits: “Saint Gobain”*, in *BTR*, 2000, p.174; 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*, in *This Review*, 2000, p.167; van den HURK, *Did the ECJ's Decision in “Saint Gobain” Change International Tax Law?*, in *BIFD*, 2001, p.152.

(65) Specifically, the *Saint Gobain* sentence concerned the case of a French company operating in Germany through a permanent establishment there. This permanent establishment held some shares in Swiss and American companies, and was subject to tax in Germany on the revenue generated therefrom, in the same way as German companies. The Court of Justice, therefore, affirmed on this occasion that it would have been a breach of EU principles to not allow this permanent establishment the benefits, regarding taxation of revenue, recognised (to German companies) by the Germany-United States and Germany-Switzerland conventions. In fact, the freedom of indirect establishment of the *French company* was being undermined.

(66) This is a “triangular case”, as it is, as in the *Saint Gobain* case, a case of a company resident in State X, but with a permanent establishment in State Y, through which it produces revenue in State Z. Regarding the phenomena of “treaty abuse” which may derive from the application of the convention stipulated between the State producing the income and the State of the permanent establishment, see: AVERY JONES - BOBBETT, *Triangular Treaty Problems: a Summary of the Discussion in Seminar E at the IFA Congress in London*, in *BIFD*, 1999, p.16; PISTONE, *L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. UCKMAR (ed.), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padua, 1999, pp.509-511 and van RAAD, *The 1992 OECD Model Treaty: Triangular Cases*, in *European Taxation*,

would damage the freedom of establishment recognised to the latter, an *EU citizen* (subjective assumption), by the EC Treaty (67).

The applicability of the ban on fiscal discrimination to Treaties stipulated with third States does not mean, however, that third States which sign these Treaties are subjected to this due (68), nor, on the other hand, the possibility of invoking protection on the part of non-EU subjects (such as the American company in sentence 5768/2000) (69) (70).

1993, p.298, and the relevant OECD report (*Triangular Cases, in Model Tax Convention – Four Related Studies*, Paris, 1992, p.30). Regarding the problems raised by the application of the ban on discrimination provided by the Treaty stipulated between the State of residence of the company and that of the permanent establishment, see also van Raad, *Issues in the Application of Tax Treaties: Non-discrimination Clauses*, in *BIFD*, 1986, p.348; van den Hurk, *Did the ECJ's Decision in "Saint Gobain" Change International Tax Law*, pp.156-157; Vogel, *Double Taxation Conventions*, p.1319.

(67) The reasoning outlined briefly here is also found in some of the more significant statements by the EU Court on fiscal matters. This is the case, for example, in sentence 27 September 1988, case 235/87, *Matteucci*, in *Giustizia Civile*, 1990, p.897 (note by Broggi), in which the Court recognised, to an Italian national resident in Belgium from birth, the right to obtain a scholarship for professional training in Germany under the conditions provided in the treaty between Germany and Belgium, despite the fact that the convention provided that one requirement in order to benefit from its rulings was Belgian or German nationality.

30.

(68) Major perplexities arise in the case of this State being a member of the EU, that is in the case in which a company of member State X derives income in member State Z through a permanent establishment in member State Y. Would State Y have to treat this income as being gained by a subject of member State X (applying the convention State Z – State X), or would they have to consider them as produced by a subject of State Y (and therefore render the Treaty stipulated with such State applicable)?

In other words: the findings of the Court of Justice in the *Saint Gobain* case simply mean that (a) member States must guarantee the same fiscal benefits to permanent establishments within their territory as those recognised to resident companies by virtue of internal or conventional regulations, or they also imply that (b) permanent establishments of companies resident in another member State must be given the status of resident companies (*fiction of independence*) and that (c) this status must be recognised, under the principle of "EU loyalty" in article 10 of the EU Treaty, not only by the member State that the permanent establishment is located in but also by the member State producing the income (*third party application* of the principle of freedom of establishment)?

In their current situation, EU law and the Court of Justice jurisprudence do not seem to offer decisive arguments to ascertain the existence of the corollaries in (b) and (c) above. Ref. Kostense, above-mentioned work, pp.220-. *Third party application* is affirmed, among others, by van den Hurk, in his above-mentioned work, p.157.

(69) On the interrelationships between the EU principle of fiscal non-discrimination and treaties stipulated with third countries, in addition to works mentioned in footnote 64, see Vanistendael, *Impact of European tax law on tax treaties with third countries*, in *EU Tax Rev.*, 1999, p.163.

3.3 Ban on fiscal discrimination and double taxation

Lastly, some observations on the application of the EU principle of fiscal non-discrimination made by the Court of Cassation in sentence 1122/2000. In this statement, the Supreme Court affirmed, in substance, that the taxa-

(70) The applicability of the EU principle of fiscal non-discrimination to treaties stipulated with third countries is also affirmed in Cass., sez. trib., n.3119, 17 March 2000 (in This Review, 2000, p.170. The same affair is treated, under a different profile, in Cass. sentence, sez. trib., n.4402, 7 April 2000). In this statement, the Court has examined the following question: some Italian tax payers, holders of major shares in an American company, had taken out of their Ipeg declaration an amount equal to nine sixteenths of the dividends derived from such shares, applying Tuir art. 14. Financial Administration consequently immediately proceeded to apply a greater corresponding tax figure, applying the mechanism outlined in Presidential Decree 600/73, art. 36-bis. The tax payers had opposed the non-usability, according to the F. A., of a specific instrument in relation to gains not founded on mere material errors or errors in calculation, but on juridical evaluations made by the tax payer. The Court of Cassation, with many arguments, highlighted that the negation of the so-called "internal tax credit" to the receivers of dividends from non-resident companies may determine, against the latter, a discriminatory treatment with respect to those who receive dividends from resident shareholdings (who may eliminate "economic double taxation" by way of the tax credit in Tuir art. 14).

304

On the other hand, recognising such benefit only to Italian tax payers who receive dividends from resident companies constitutes discrimination between the latter and non-resident companies (who are thus penalised in gathering risk capital among Italian investors). This is in breach of the ban on discrimination provided by bilateral conventions and that deductible from EU discipline. Furthermore, in the conclusions to this sentence, the Supreme Court, having accepted the tax payer's appeal and annulled the Administrations imposition, specified that the non-validity of the acts of imposition gathered did not allow to verify judicially the foundations of the taxation pretence (and, consequently, the existence of the right of the tax payers to make use of the tax credit in Tuir, art. 14).

The case that fronted the Court of Cassation in the above situation is in some way similar to the question resolved by the Court of Justice in the *Verkooijen* case (6 June 2000 sentence). On this occasion, the Court affirmed that EU regulations oppose a legal disposition of a member State (in this case Holland) which then sub-orders the concession of an exemption from income tax which dividends paid to shareholders are subject to, to the condition that these dividends are paid by companies with headquarters in the said member State, negating it in the case of dividends from a company located in another member State (in this case, Mr. Verkooijen had received dividends from a Belgian company). The controversy resolved by the Court of Justice in the *Verkooijen* case therefore integrated the extremes of "subjective assumption" for the application of the EU principle of fiscal non-discrimination, the treatment being discriminatory towards an EU subject (the Belgian company). This was not the case in the case fronting the Court of Cassation (in which an American company was being discriminated against).

Further examples of recent application of the EU principle of fiscal non-discrimination are in the following Court of Cassation, sez. trib., sentences: n.3547, 24 March 2000, n.3588, 12 March 2001 and n.4764, 30 March 2001, all concerning the same situation (deductibility, from taxable income of the permanent establishment in Italy, of royalties paid to the French head-office), in relation to different tax periods.

tion on royalties gained in Italy by the British company would have meant discrimination towards this company, in breach of the right of free supply of services provided by article 49 of the EU Treaty.

This in as much as the British company should have added the taxes to be paid in Britain to the Local Income Tax paid in Italy on the royalties, without being able to use conventional tax credit in such State in relation to the tax paid in Italy. In fact, the British authorities, where they felt that Local Income Tax was excluded from the field of application of the Convention, would obviously negate the tax credit provided by this (71). On the contrary, the aforesaid authority should consider the Convention as applicable to Local Income Tax, they would negate the tax credit, the application of such tax to income deriving from the Convention that the source State does not have powers of taxation over being illegitimate.

In effect, national regulations which expose non-resident lenders of services to double taxation is certainly penalising to the latter, residents normally not being subjected to such dangers. However, it must be mentioned that, as it is well known, to have "international double taxation", it is necessary for two or more independent States to levy, on the same income, from the same juridical subject, *the same or comparable taxes* (72).

Furthermore, should it be felt necessary to negate the treasury character of Local Income Tax, and to affirm the nature of "local" tax [and provided that the Sourcing Rule in Presidential Decree 599/73, art. 19, n.9, is considered constitutionally legitimate (73), we cannot talk about "double taxation"

305

(71) Furthermore, in such a case, the tax payer could invoke the application of the dispositions aimed at unilaterally eliminating the phenomena of double taxation provided by internal regulations.

(72) FANTOZZI-VOGEL, "Doppia imposizione internazionale", in *Digesto – Discipline privatistiche – sez. comm.*, Vol. V, Turin, p.186. For a wider examination of doctrinal orientations on this subject see GARBARINO, above-mentioned work, pp.391-.

(73) Majority doctrine considers that powers of taxation of the State are limited "internally" (in the absence of limits in international law on this subject) by the disposition of art. 53, para. 1, which provides that "Everyone is called upon to contribute to public expense by reason of the taxation capacity". Regarding the relationship between taxation capacity and territorial limits on powers of taxation of the State, see CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padua, 1965, p.33; Lupi, "Territorialità del tributo", as above, p.3; MANGANELLI, "Territorialità dell'imposta", in *Digesto – Discipline privatistiche – sez. comm.*, Turin, vol. XV, p.369; MANZONI, *La capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Turin, 1965, p.23; MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, p.224; The constitutional legitimacy of Presidential Decree 599/73, art. 19, n. 9, has, as already mentioned, been fiercely criticised by DE MITA (*Ritenuta d'imposta: l'asso pigliatutto del diritto tributario, in Fisco e Costituzione*, Milan, 1984, pp.902-).

or discriminatory regulations. On the other hand, affirming the discriminatory character of applying Local Income Tax to royalties means recognising the treasury character of the tax.

At this point, it must be asked if it is effectively correct to re-call the notion of "fiscal discrimination" with regard to national regulations which expose non-residents to situations of double taxation.

Earlier, in the attempt to outline an "EU principle of fiscal non-discrimination", it was highlighted how, from an objective point of view, this is breached by a regulation which produces discriminatory and unjustified limitations on one or more of the fundamental freedoms. The Court of Justice has clarified, in many of their interventions, that the national regulations which *treat similar situations differently and different situations in the same way* is "discriminatory" (74) (75).

Therefore, applying Local Income Tax to royalties received by a non-resident company (without a permanent establishment in Italy) according to the same quota and methods applied to residents is not in itself discriminatory (at least as highlighted here). It is not worth objecting that such an application of the tax may cause a situation of double taxation, where similar taxes that will be applied in the country of residence of the company are considered.

In other words, a regulation that subjects determined income according to the same methods and quota to taxation, be they received by nationals or foreigners, cannot be considered as *discriminatory*. Such tax may, nonethe-

(74) "The principle of non-discrimination...requires that identical situations are not treated in different ways and that different situations are not treated in equal ways, unless such treatment is objectively justified" (point 28 of sentence 13 December 1984, case 106/63, *Sermide*, in *Racc.*, p.4209). On the other hand, "the different treatment of non-comparable situations does not automatically means that this is discrimination" (sentence 17 July 1963, case 13/63, *Italian refrigerators*, in *Giur. It.*, 1964, I, col. 1-8, note by Gori).

(75) The ban on discrimination provided by art. 24, para. 1, of the OECD Model Convention identifies as discriminatory treatment the subjecting of nationals of the Contracting State, who are "*in the same circumstances*, in particular with respect to residence", to connected taxation or burdens "*other or more burdensome*" with respect to those for their own nationals. Paragraph 3 of the same article establishes that the permanent establishment that a company of a resident State has in the other Contracting State cannot be subjected in this other State to a tax "*less favourably levied*" with respect to the tax burdens of the companies of said State (as it is assumed that said permanent establishment is, fiscally, under the "same conditions" as such companies). The UN Model Convention and the USA Model Convention contain dispositions textually identical to the OECD Model Convention.

Regarding the significance to be attached to such expressions (and asymmetry in the two non-discrimination clauses mentioned in art. 24), ref. Various Authors, *The Non-discrimination Article in Tax Treaties*, as above, pp.361- and 425-. See also VOGEL, as above, in particular p.1316. For an analysis of the concept of "discriminatory regulations" as in the USA Model Convention, see GOLDBERG-GLICKLICH, as above, pp.529.

less, be *illegitimate*, either because it takes the State powers of taxation beyond the limits fixed by national Constitution (76), or if it breaches a distributive rule contained in an international Convention (which prescribes zero or reduced tax on such income in the State in question).

Therefore, we may conclude by observing that it is evidently not necessary to abide by EU principles to reveal the illegitimacy of a disposition which renders an Italian Treasury tax applicable to income which, on the basis of a bilateral convention, may be subjected to such a form of taxation only in Great Britain (or the United States). Such a disposition, before being discriminatory, is in fact in breach of the conventional norms which provide the application of the tax treaty for similar taxes instituted after same (77), and, above all, the exoneration of royalties from specific taxes in the source state (78).

Cristiano Garbarini

(76) See the considerations in footnote 73 about the "internal" limits on State powers of taxation.

(77) Art. 2, para. 4, of the OECD Model Convention and art. 1, para. 2 of the 1960 Italy-United Kingdom Convention (as mentioned, the 1955 Italy-United States Convention did not contain any dispositions with such contents).

(78) Art. 12, para. 1 of the OECD Model Convention, art. 9, para. 1 of the 1960 Italy-United Kingdom Convention and art. 8, para. 1 of the 1955 Italy-United States Convention.

Sezione III - Documentazione

*Section III - Laws, administrative practice
and other official documentation*

Altri documenti
Other documents

- 1A) COMMISSIONE EUROPEA – FISCALITÀ DELLE IMPRESE – ELIMINAZIONE DELLE BARRIERE FISCALI ALLE ATTIVITÀ ECONOMICHE TRANSFRONTALIERE - PROVVEDIMENTI (COMUNICATO N. IP/01/1468 DEL 23 OTTOBRE 2001)

La Commissione europea ha appena presentato la sua strategia in materia di imposizione fiscale delle imprese nell'Unione europea. Nella convinzione che i regimi fiscali delle imprese in vigore nell'UE non siano più adeguati ai recenti sviluppi determinati dal processo di globalizzazione, dall'integrazione economica del mercato interno e dall'Unione economica e monetaria, la Commissione ritiene necessario un nuovo approccio in materia. Si registrano ampie variazioni – fino al 30% - delle aliquote fiscali effettive per le imprese nell'insieme degli Stati membri. I modelli econometrici indicano che tale disparità tra le aliquote fiscali effettive è da attribuire soprattutto alla disomogeneità delle aliquote legali dei vari Stati membri piuttosto che a una differenza in termini di dimensioni delle basi imponibili. La Commissione continua a ritenere che le decisioni in materia di aliquote fiscali delle imprese siano di competenza degli Stati membri. Inoltre, essa ha identificato una serie di barriere fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel mercato interno: nella convinzione che si renda necessaria un'azione comunitaria volta ad eliminarle, la Commissione propone una strategia su due livelli. Ha infatti in programma una serie di provvedimenti mirati su questioni quali l'estensione delle direttive sui dividendi e sulle fusioni, gli sgravi per perdite di profitti in operazioni transfrontaliere, i prezzi di trasferimento e le convenzioni sulla doppia imposizione. Al tempo stesso, la Commissione ritiene che, a lungo termine, il regime fiscale delle imprese debba prevedere una base imponibile consolidata per le attività delle imprese aventi dimensioni comunitarie, onde evitare le attuali, costose inefficienze dovute alla presenza di quindici normative fiscali distinte. La Commissione ha illustrato nel suo studio una serie di strumenti per pervenire ad una base imponibile consolidata, e si propone di avviare e dirigere un dibattito approfondito e di vasta portata sulla questione.

Il commissario responsabile della fiscalità, Frits Bolkestein, ha osservato a proposito di tale strategia: "La politica comunitaria di imposizione fiscale delle imprese deve andare a sostegno dell'obiettivo di far sì che l'econo-

mia europea sia la più competitiva a livello mondiale entro il 2010. La Commissione ha definito oggi un programma ben preciso di misure comunitarie volte a eliminare i problemi fiscali cui devono far fronte le società che operano nell'ambito del mercato interno, nonché ad aprire la strada alla creazione di una base imponibile consolidata per le imprese".

L'imposizione fiscale delle imprese deve adattarsi a un contesto in divenire

La Commissione ritiene che la riforma dell'imposizione fiscale delle imprese nell'UE sia essenziale per conseguire l'obiettivo, definito al Consiglio europeo di Lisbona del marzo 2000 e ribadito nel corso del Consiglio europeo di Stoccolma del marzo di quest'anno, di far sì che l'economia fondata sulla conoscenza dell'Unione sia la più competitiva e dinamica a livello mondiale entro il 2010. Il contesto economico è notevolmente mutato negli ultimi dieci anni, dal momento che sono intervenuti una serie di fusioni e acquisizioni internazionali, la nascita del commercio elettronico, la crescente mobilità dei fattori economici e le conseguenti difficoltà nel definire e mantenere la base imponibile per il regime fiscale delle imprese. Queste ultime sono tuttora costrette al rispetto degli obblighi previsti da quindici normative fiscali differenti e da un'ampia varietà di convenzioni fiscali, il che comporta notevoli costi. La fiscalità delle imprese è un settore che non va trascurato, ma che deve invece diventare uno strumento per realizzare le finalità dell'Unione.

312

Notevoli disparità tra le diverse aliquote fiscali effettive per le imprese negli Stati membri

Lo studio della Commissione illustra i risultati di un'analisi approfondita delle aliquote fiscali effettive stimate sulla base di un metodo econometrico che si fonda su una serie di ipotesi ben precise relative al quadro economico e che non può, appunto per ragioni di metodo, includere tutte le pertinenti peculiarità dei diversi regimi fiscali. Inoltre, il preciso valore numerico di un'aliquota fiscale effettiva in un dato Stato membro dipende dalle ipotesi di metodo e di altra natura, come pure dalle caratteristiche degli specifici progetti di investimenti. Tuttavia, benché il metodo utilizzato non permetta di calcolare valori universalmente validi per stabilire il carico fiscale effettivo in vari Paesi, consente però di trarre alcune conclusioni di carattere generale.

La Commissione ha concluso che, sebbene l'imposizione fiscale sia solamente uno degli elementi determinanti nelle decisioni di investimento e di finanziamento, l'ampia disomogeneità delle aliquote fiscali effettive in vigore negli Stati membri dell'UE richiede nondimeno un'attenta analisi. Si deve in-

fatti constatare una notevole disparità del carico fiscale effettivo cui devono far fronte gli investitori che risiedono nei vari Stati membri, come pure modalità assai diverse che ciascuno Stato riserva agli investimenti all'estero o a quelli provenienti da altri Paesi. La forbice entro cui sono comprese tali variazioni può arrivare a oltre 30 punti percentuali. Dall'analisi condotta dalla Commissione emerge che il fattore principale che concorre a formare l'aliquota effettiva non è tanto la base imponibile, quanto l'aliquota fiscale legale, in particolare quando si ha un aumento della redditività.

Lo studio della Commissione non ha esaminato l'andamento delle aliquote fiscali effettive nel corso del tempo, gli effetti della concorrenza fiscale o dei differenziali delle aliquote fiscali sull'efficienza economica. La Commissione ha concluso pertanto che il livello di imposizione, e nella fattispecie le aliquote fiscali, debba essere deciso dai singoli Stati membri, e che pertanto non sia auspicabile un'azione comunitaria specifica in materia di aliquote fiscali. Tuttavia, essa provvederà a monitorare attentamente l'andamento dei livelli effettivi di imposizione delle imprese negli Stati membri, per poter meglio comprendere gli effetti dinamici delle riforme in corso.

Problemi di imposizione fiscale transfrontaliera

La Commissione ha individuato un certo numero di settori nei quali i regimi fiscali delle imprese costituiscono un ostacolo alle attività economiche transfrontaliere nel mercato interno, riducendo quindi la competitività internazionale delle aziende dell'UE. I problemi possono essere sintetizzati nel modo seguente:

- la compresenza di quindici normative fiscali distinte per il calcolo della base imponibile nel mercato interno, oltre a comportare costi dovuti all'adempimento degli obblighi previsti, determina una lunga serie di problemi relativi alla tassazione delle operazioni intragruppo ("prezzi di trasferimento") e alla doppia imposizione;
- i flussi transfrontalieri di entrate e le operazioni di ristrutturazione sono spesso soggetti a imposte aggiuntive. Né la direttiva sulle società madri e le controllate né quella sulle fusioni (direttive 90/435/CEE e 90/434/CEE del Consiglio) hanno risolto tutti i problemi in questo settore;
- le detrazioni per perdite di profitti in operazioni transfrontaliere restano tuttora assai limitate e i gruppi di società possono essere tassati sui profitti realizzati in un dato Stato nel mercato interno senza che venga concesso loro un credito per le perdite sostenute in un altro Stato nel mercato interno;
- i meccanismi di sgravio per la doppia imposizione delle attività transfrontaliere, come le convenzioni bilaterali sulla doppia imposizione e la con-

venzione del 1990 destinata ad eliminare le divergenze di opinione tra le amministrazioni nazionali relativamente alla rettifica del trasferimento di utili di imprese associate (la "convenzione di arbitrato" - 90/436/EEC) non funzionano in modo adeguato ed efficace.

Rimuovere le barriere fiscali: una strategia su due livelli

La Commissione ha identificato una serie di iniziative per rimuovere i suddetti ostacoli alle attività transfrontaliere, o almeno per diminuirne l'impatto.

Agire su provvedimenti mirati

- La Commissione stabilirà degli orientamenti in merito alle sentenze più importanti della Corte europea di giustizia per agevolare il rispetto degli obblighi previsti dal Trattato e l'applicazione della legislazione comunitaria. È già stato avviato nel 2001 un programma di incontri con gli Stati membri su tale argomento, programma che proseguirà e verrà ulteriormente ampliato.

- La Commissione proporrà una serie di emendamenti sia alla direttiva sulle società madri e le controllate che alla direttiva sulle fusioni, insieme a linee guida dettagliate sulla loro applicazione e attuazione. Essa aveva già presentato nel 1993 una serie di proposte di modifica di tali direttive, estendendone il campo di applicazione fino a includere tutti gli enti soggetti all'imposta sulle imprese. Attualmente, la Commissione ritiene che le direttive vadano migliorate estendendone la portata a una gamma più ampia di imposte e transazioni, incluse le società che saranno gestite in futuro a norma dello statuto della società europea (meglio noto con il nome latino "Societas Europae" o SE) adottato dal Consiglio dei ministri dell'UE l'8 ottobre 2001 (cfr. IP/01/1376).

- La Commissione ritirerà la proposta di direttiva del 1990 che consentiva alle imprese di registrare nella contabilità le perdite incorse dalle loro stabili organizzazioni e controllate situate in altri Stati membri, dal momento che una tale proposta non ha incontrato l'approvazione degli Stati membri. Al fine di vincere le perplessità degli Stati membri nel prendere in esame qualsiasi iniziativa dell'Unione in questo settore, la Commissione darà inizio, nel 2002, a una serie di riunioni tecniche preparatorie con gli stessi Stati membri, onde elaborare una nuova proposta migliorata e possibilmente a carattere più globale nonché riferire in merito ai suoi progetti legislativi prima della fine del 2003.

- La Commissione propone di istituire un "Forum comune UE sui prezzi di trasferimento" con gli Stati membri nella prima metà del 2002 onde pervenire ad un migliore coordinamento tra gli stessi Stati membri, e tra questi

ultimi e le imprese, quanto all'imposizione delle operazioni transfrontaliere intragruppo. Una doppia imposizione può verificarsi quando due Stati membri non concordano sui prezzi di trasferimento tra due imprese consociate. Per di più, si registra una tendenza negli Stati membri ad imporre requisiti di documentazione sempre più onerosi nel caso di prezzi di trasferimento. Il Forum potrebbe affrontare una serie di questioni che non richiedono un intervento legislativo, come gli accordi preventivi sui prezzi (*advance pricing agreements*), i requisiti in materia di documentazione, e i metodi di calcolo dei prezzi di trasferimento previsti dagli orientamenti dell'OCSE.

- Nel 2003 la Commissione presenterà una proposta di direttiva volta a rinnovare e migliorare la convenzione di arbitrato e a fare in modo che le sue disposizioni siano soggette all'interpretazione della Corte di giustizia.

- La Commissione intende presentare nel 2004 una comunicazione sulle Convenzioni sulla doppia imposizione, per sottolineare l'esigenza di adeguare talune disposizioni delle Convenzioni bilaterali degli Stati membri in tale materia modellate sulla Convenzione tipo dell'OCSE, onde pervenire al rispetto dei principi iscritti nel trattato CE. L'obiettivo è elaborare, a lungo termine, una versione UE della convenzione tipo OCSE e un commento che soddisfi i requisiti specifici inerenti all'adesione all'Unione o anche ad una convenzione multilaterale dell'UE.

- La Commissione si adopererà affinché l'attuale corpus delle normative fiscali comunitarie relative alle imprese sia pienamente applicabile alle imprese istituite a norma dello statuto della società europea (SE) entro il 2004. Parallelamente, analizzerà la possibilità specifica di applicare alle SE il regime complessivo di imposizione delle imprese e la base imponibile consolidata previsti per le attività di dimensioni comunitarie delle imprese menzionate sopra.

Una base imponibile consolidata per le imprese

La Commissione riconosce che, benché i suddetti provvedimenti mirati consentirebbero di compiere dei progressi quanto all'eliminazione delle barriere fiscali, resterebbe comunque il problema di base della compresenza di quindici regimi fiscali differenti nel mercato unico. La Commissione è del parere che l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensioni comunitarie delle imprese dovrebbe essere in grado di contribuire a una maggiore efficacia, efficienza, trasparenza e semplicità dei regimi fiscali delle aziende, in particolare riducendo i costi per l'adempimento degli obblighi previsti. Una base imponibile consolidata permetterebbe alle società aventi attività transfrontaliere e internazionali all'interno dell'Unione di calcolare le entrate dell'intero gruppo sulla base di un unico complesso di norme, nonché di redigere bilanci consolidati ai fini fiscali.

Pertanto, la Commissione considera del tutto logico orientare, a lungo termine, la sua politica di imposizione fiscale delle imprese in questa direzione. Lo studio della Commissione ha identificato una serie di possibili strategie di tipo tecnico per conseguire tale risultato, tra le quali:

- imposizione del Paese di residenza: i gruppi di imprese possono calcolare la base imponibile per tutte le loro operazioni nell'UE conformemente al testo di regolamentazione fiscale del Paese di residenza;
- una base imponibile comune (consolidata): i gruppi di imprese possono calcolare la base imponibile per tutte le loro operazioni nell'UE conformemente a un nuovo testo unico di regolamentazione fiscale applicabile in tutto il territorio dell'Unione.

L'aspetto essenziale di ogni possibile strategia consiste nel consolidamento a livello dell'intera Unione europea. L'istituzione di un simile regime richiede altresì un meccanismo, che dovrà essere approvato da tutti i partecipanti, per la ripartizione della base imponibile consolidata ai singoli Stati membri, in modo da permettere loro di tassare a livello delle rispettive aliquote legali. Si tratta di un programma complesso e ambizioso. Il trattato di Nizza ha posto l'accento sulla possibilità, dal punto di vista legale, di attuare oggi una maggiore cooperazione ("cooperazione rafforzata") tra sottogruppi di Stati membri animati dalle stesse intenzioni; tuttavia, solo la partecipazione di tutti gli Stati membri permetterà di beneficiare pienamente dei vantaggi rappresentati da tale base imponibile consolidata.

316

La Commissione avvierà il prossimo anno un dialogo strutturato con tutte le parti interessate, in occasione di una conferenza europea sulla fiscalità delle imprese. Tale dialogo dovrà permetterle di usufruire di un'assistenza nello stabilire le modalità e gli strumenti migliori per realizzare questo progetto. Al termine della conferenza, e dopo l'ampio dibattito in materia che ne seguirà in tutta l'UE, la Commissione intende riferire circa le conclusioni di strategia politica che ne avrà ricavato entro il 2003.

Contesto

Il testo integrale della comunicazione "Verso un mercato interno senza barriere fiscali. Una strategia volta a predisporre una base imponibile consolidata per le imprese per le loro attività aventi dimensioni comunitarie" sarà disponibile sul sito Internet Europa al seguente indirizzo:

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/whatsnew.htm

La comunicazione illustra le priorità generali definite dalla Commissione nel maggio 2001 ("La politica fiscale dell'Unione europea – Priorità per gli anni a venire" – cfr. IP/01/737) nel settore specifico dell'imposizione fiscale del-

le imprese, partendo da uno studio approfondito intitolato "Imposizione fiscale delle imprese nel mercato interno" elaborato dai servizi della Commissione con l'aiuto di due gruppi di esperti, e presentando nuove informazioni e idee.

Una sintesi dello studio della Commissione è allegata alla comunicazione.

Il testo integrale dello studio (oltre 400 pagine) sarà inoltre disponibile sul sito Internet della Commissione (cfr. sopra per l'indirizzo URL).

Per maggiori dettagli sulla comunicazione della Commissione, cfr. MEMO/01/335.

1B) EUROPEAN COMMISSION – COMPANY TAXATION – TAX OBSTACLES TO CROSS-BORDER ECONOMIC ACTIVITY IN THE INTERNAL MARKET - MEASURES
(COMMUNICATION N. IP/01/1468 OF 23 OCTOBER 2001)

The European Commission has just presented a strategy for company taxation in the EU. The Commission believes that company taxation systems in the EU have failed to keep up with developments such as globalisation, economic integration in the Internal Market and Economic and Monetary Union. A new approach is needed. There are large variations – up to 30% - in effective company tax rates within the EU. Economic modelling suggests that the differences in effective tax rates are attributable mainly to differences in national statutory tax rates rather than to differences in the size of the Taxable base. The Commission continues to believe that company tax rates are a matter for Member States to decide. Furthermore, the Commission has identified a number of tax obstacles to cross-border economic activities in the Internal Market where Community action is necessary and proposes a two-track strategy to remove them. The Commission plans a number of targeted measures on such issues as the extension of the Directives on dividends and mergers, cross border loss relief, transfer pricing, and double taxation conventions. At the same time, the Commission believes that companies must in the longer term be allowed to have a consolidated corporate tax base for their EU wide activities to avoid the current costly inefficiencies of fifteen separate sets of tax rules. The Commission in its study has identified a number of ways of achieving a consolidated base and it plans to launch and lead a wide-ranging and detailed debate on the subject.

Commenting on the strategy, Taxation Commissioner Frits Bolkestein said "The Union's company taxation policy must support the objective of making the EU the most competitive economy in the world by 2010. The Commission has today established a clear programme of EU measures to remove tax problems facing businesses operating within the Internal Market and lay the foundations for an EU consolidated corporate taxable base."

Company taxation must adapt to the changing environment

The Commission believes that the reform of company taxation in the EU is crucial to achieving the goal established at the Lisbon European Council of March 2000 and confirmed at the Stockholm European Council in March of this year of making the European Union the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world by 2010. The economic environment has changed significantly in the last ten years with a wave of international mergers and acquisitions, the emergence of electronic commerce, the increased mobility of economic factors and the consequent difficulties in defining and safeguarding the company taxable base.

Companies still have to comply with fifteen different sets of company taxation rules and a multiplicity of tax Conventions, at considerable cost. Company taxation must not be left behind; it must become an instrument for achieving the EU's goals.

318

Large variations in effective corporate tax rates across the EU

The Commission features the results of an extensive analysis of estimated effective tax rates using an economic methodology which relies on certain assumptions regarding the economic framework and cannot, for methodological reasons, include all the relevant features of tax systems. Furthermore, the precise numerical value of an effective tax rate in a particular Member State depends on the method and on other assumptions as well as on the characteristics of the specific investment project. Nevertheless, although the methodology does not compute universally valid values for the effective tax burden in different countries, it does enable some general conclusions to be drawn.

The Commission concludes that taxation is only one of the determinants of investment and financing decisions but nevertheless the large variation in effective tax rates in EU Member States requires examination. There is a large variation in the effective tax burden faced by investors resident in the different EU Member States, as well as in the way each country treats investments in or from other countries. The range of variation can reach more than

30 percentage points. The Commission's analysis suggests that it is the statutory tax rate rather than the taxable base that is the major factor in establishing the effective rate, particularly when profitability rises. The Commission has not analysed the evolution of effective tax rates over time, the effects of tax competition or the effects of the differentials in tax rates on economic efficiency. The Commission therefore concludes that the level of taxation, and in this context the tax rate, is a matter for Member States to decide and specific Community action on tax rates is not recommended. However, the Commission will carefully monitor the trend of the effective levels of corporate taxation in the EU Member States in order to understand the dynamic effects of the reforms in progress.

Cross-border tax issues

The Commission has identified a number of fields in which company tax systems hamper cross-border economic activity in the Internal Market and thus undermine EU companies' international competitiveness. The problems can be summarised as follows:

- The existence of fifteen separate sets of tax rules for computing the taxable base in the Internal Market, in addition to creating compliance costs, causes numerous problems in the field of the taxation of intra-group transactions ("transfer pricing") and in which of double taxation.

319

- Cross border flows of income and restructuring operations are often subject to additional tax. Neither the Parent-Subsidiary nor Merger Directives (Council Directives 90/435/EEC & 90/434/EEC) have resolved all the problems in this field.

- Cross border loss relief remains very limited and corporate groups may be taxed on profits earned in one country in the Internal Market without being allowed credit for their losses incurred in another country in the Internal Market.

- Mechanisms for relieving the double taxation of cross border activities such as bilateral double tax Conventions and the 1990 Convention designed to eliminate differences of opinion between national administrations in relation to the adjustment of transfers of profits between associated undertakings (the "Arbitration Convention" - 90/436/EEC) are not working efficiently.

Removing the obstacles – a twin track strategy

The Commission has identified a number of actions to remove, or at least to lessen the impact of, these obstacles to cross border activities.

Action on targeted measures

- The Commission will develop guidance on important rulings by the European Court of Justice to facilitate compliance with the Treaty and the application of Community legislation. The Commission began a programme of meetings with Member States in 2001 on this subject that will continue and expand.

- The Commission will table amendments to both the Parent-Subsidiary and the Merger Directives together with detailed guidance on application and implementation. The Commission already presented proposals in 1993 to amend these Directives by widening their scope to include all entities subject to Corporate tax. The Commission now considers that the Directives should also be extended and improved to include a wider range of taxes and transactions. They must also be expanded to include the companies which will be run under the European Company Statute (known by its Latin name 'Societas Europaeae' or SE) adopted on 8 October by the EU Council of Ministers (see IP/01/1376).

- The Commission will withdraw its 1990 proposal for a Directive to allow enterprises to take into account the losses incurred by their permanent establishments and subsidiaries situated in other Member States, since it has not proved acceptable to Member States. In order to overcome Member States' reluctance to consider any EU initiative in this area, the Commission will, in 2002, launch a round of technical preparatory meetings with Member States with a view to developing a new improved and possibly more comprehensive proposal and report on its legislative intentions before the end of 2003.

- The Commission proposes to establish an 'EU Joint Forum on Transfer Pricing' with Member States in the first half of 2002 to establish better co-ordination between Member States and between Member States and businesses in the taxation of intra-group cross-border transactions. Double taxation can arise where two Member States do not agree on transfer prices between two associated companies. Furthermore there is a tendency for Member States to impose increasingly onerous transfer pricing documentation requirements. The Forum could address issues which do not require legislation such as Advance Pricing Agreements, documentation requirements, and transfer pricing methodologies within the OECD guidelines.

- The Commission will in 2003 present a proposal for a Directive with a view to renewing and improving the Arbitration Convention and making its provisions subject to interpretation of the European Court of Justice.

- The Commission intends to present a Communication on Double Tax Conventions in 2004 on the need to adapt certain provisions of Member Sta-

tes' bilateral double taxation Conventions based on the OECD Model Tax Convention in order to comply with EC Treaty principles. The aim is to arrive in the long term at an EU version of the OECD Model Tax Convention and Commentary that meet the specific requirements of EU membership or even at an EU multilateral Convention.

- The Commission will ensure that the current body of EU company tax law will be fully applicable to companies formed under the European Company Statute by 2004. At the same time, it will explore the particular potential of the comprehensive company tax regime and consolidated corporate taxable base for EU-wide activities of companies discussed below to be applied to SEs.

A consolidated corporate taxable base

The Commission recognises that, although the targeted measures would go some way towards remedying the tax obstacles, the underlying problem of 15 different tax systems in the Internal Market would remain. The Commission considers that a consolidated corporate taxable base for the EU-wide activities of companies would have the potential role of assuring a greater efficiency, effectiveness, simplicity and transparency in company tax systems, in particular by reducing compliance costs. A consolidated taxable base would allow companies with cross-border and international activities within the EU to compute the income of the entire group according to one set of rules and to establish consolidated accounts for tax purposes. The Commission therefore believes that it is only logical to steer its company taxation policy in this direction in the long run. The Commission has identified a number of possible technical approaches to achieve this. These include:

- Home State Taxation (where groups of companies would be able to compute the taxable base for all their EU operations according to the tax code of their particular Home State);

- A Common (Consolidated) Taxable Base (where groups of companies would be able to compute the taxable base for all their EU operations according to a new common tax code applicable within the EU)

Consolidation on an EU wide basis is the key feature of all possible approaches. The creation of such a scheme requires also a mechanism to be agreed by all participants for allocating the consolidated corporate taxable base to individual Member States for them to tax at their respective statutory rates. This is a major and complex project. The Nice Treaty highlighted the legal possibility which now exists of closer co-operation ("enhanced co-operation") between sub-groups of like-minded Member States but the full be-

nefits of such a consolidated taxable base will only be achieved if all Member States participate.

The Commission will initiate a structured dialogue with all stakeholders at a major European Company Tax Conference next year to assist the Commission in determining the best way of bringing this project to fruition. After the Conference and the following broader debate in the EU, the Commission intends to report on its subsequent policy conclusions by 2003.

Background

The full text of the Communication "Towards an Internal Market without tax obstacles. A Strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities" will be available on the Europe internet site:

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/whatsnew.htm

The Communication develops the general priorities established by the Commission in May 2001 ('Tax Policy in the European Union – Priorities for the years ahead' – see IP/01/737) in the specific area of company taxation. It supplements and builds on an extensive study 'Company Taxation in the Internal Market' which the Commission services have completed with the assistance of two panels of experts.

322

An Executive Summary of the Commission study is annexed to the Commission Communication.

The complete study which runs to more than 400 pages will also be available on the Commission website (see above for URL).

For further details of the Communication, see MEMO/01/335.

nefits of such a consolidated taxable base will only be achieved if all Member States participate.

The Commission will initiate a structured dialogue with all stakeholders at a major European Company Tax Conference next year to assist the Commission in determining the best way of bringing this project to fruition. After the Conference and the following broader debate in the EU, the Commission intends to report on its subsequent policy conclusions by 2003.

Background

The full text of the Communication "Towards an Internal Market without tax obstacles. A Strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities" will be available on the Europe internet site:

http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/whatsnew.htm

The Communication develops the general priorities established by the Commission in May 2001 ('Tax Policy in the European Union – Priorities for the years ahead' – see IP/01/737) in the specific area of company taxation. It supplements and builds on an extensive study 'Company Taxation in the Internal Market' which the Commission services have completed with the assistance of two panels of experts.

An Executive Summary of the Commission study is annexed to the Commission Communication.

The complete study which runs to more than 400 pages will also be available on the Commission website (see above for URL).

For further details of the Communication, see MEMO/01/335.

2A) ITALY - MINISTRY OF ECONOMY AND FINANCES - AGENZIA DELLE ENTRATE - NOTE 13.4.2001 n. 47/E.

V.A.T. (Value Added Tax) - International services - Processings on goods in temporary import - Non-subjection to the tax in Italy in virtue of art. 9, par. 1, n. 9) of D.P.R. 26.10.1972, n. 633.

The reference to art. 176 T.U.L.D. (italian customs law) made by art. 9, par. 1, n. 9) of D.P.R. 26.10.1972, n. 633 (italian V.A.T. law) identifies only the nature of processings that can be made on goods in temporary import, being not influent about non-subjection to V.A.T. the further destination of goods temporarily introduced in the italian territorial boundaries.

2B) ITALIA - MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE - AGENZIA DELLE ENTRATE - RISOLUZIONE N. 47/E DEL 13.4.2001.

Imposta sul valore aggiunto - Servizi internazionali o connessi agli scambi internazionali - Lavorazioni su beni in temporanea importazione - Non imponibilità ad imposta sul valore aggiunto ex art. 9, comma 1, punto 9) del D.P.R. 26.10.1972, n. 633 - Applicabilità.

323

Il richiamo all'art. 176 del T.U.L.D., operato dall'art. 9, comma 1, punto 9) del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633 ha il solo fine di identificare la natura dei trattamenti eseguibili sui beni in temporanea importazione, risultando ininfluente, ai fini della non imponibilità ad I.V.A., la successiva destinazione dei beni temporaneamente introdotti nel territorio dello Stato italiano.

Con nota n., la Direzione Regionale ha sottoposto all'attenzione della scrivente una problematica di carattere generale concernente l'interpretazione dell'art. 9, primo comma, punto 9), del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, che prevede la non imponibilità ad IVA per "i trattamenti di cui all'art. 176 del testo unico approvato con D.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43 - testo unico delle leggi doganali - eseguiti su beni di provenienza estera non ancora definitivamente importati, nonchè su beni nazionali, nazionalizzati o comunitari destinati ad essere esportati...".

La questione, sollevata anche dall'Associazione, riguarda in particolare la possibilità di applicare il beneficio della non imponibilità ad IVA previsto dal citato art. 9, primo comma, punto 9), anche nell'ipotesi in cui "sussiste solo la possibilità e non una concreta intenzione di riesportare i prodotti

compensatori ottenuti" (cfr. circolare del Dipartimento delle Dogane del 21 ottobre 1999, prot. n. 3403).

In proposito, la Direzione in questione ha espresso l'avviso che ai fini della applicazione del predetto regime di non imponibilità è ininfluyente la successiva destinazione dei beni rispetto al momento di ultimazione della prestazione. Ed invero, il richiamo all'art. 176 del T.U.L.D., operato dal menzionato art. 9, primo comma, punto 9), è finalizzato esclusivamente ad identificare i trattamenti che possono essere eseguiti su beni "di provenienza estera non ancora definitivamente importati", per i quali da parte delle autorità doganali sia stata già accertata la sussistenza dello status di merce in temporanea importazione.

Al riguardo si osserva che l'art. 9, primo comma, punto 9), del D.P.R. n. 633 del 1972 prevede la non imponibilità ad IVA per i trattamenti di cui all'art. 176 del T.U.L.D. eseguiti:

1. su beni di provenienza estera non ancora definitivamente importati;
2. su beni nazionali, nazionalizzati o comunitari destinati ad essere esportati da o per conto del prestatore del servizio o del committente non residente nel territorio dello Stato.

Come si evince chiaramente dalla lettera della norma, il collegamento tra la concessione del beneficio e l'evento successivo della esportazione dei beni è richiesto solo per i beni rientranti nella seconda ipotesi.

Al contrario, nel caso di cui al numero uno, l'agevolazione viene riconosciuta in via oggettiva, senza che assuma alcuna rilevanza il successivo invio all'estero dei beni stessi.

Pertanto, in ragione di quanto sopra esposto, si concorda con il parere espresso dalla Direzione in argomento sulla circostanza che il richiamo all'art. 176 del T.U.L.D. operato dall'art. 9, primo comma, punto 9), del D.P.R. n. 633 del 1972 ha il solo fine di identificare la natura delle operazioni eseguibili sui beni di cui trattasi, risultando ininfluyente, ai fini della non imponibilità ad IVA, la successiva destinazione dei beni temporaneamente introdotti nel territorio dello Stato.

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

Lo scambio di informazioni nella UE (*)

Marco Barassi

1. Premessa

Il fenomeno del progressivo allontanarsi delle attività economiche esercitate dai soggetti passivi dalla collocazione in un unico Stato, ha posto in primo piano il problema della cooperazione tra le amministrazioni finanziarie e, in questo ambito, dello scambio di informazioni.

Questo problema si pone, con particolare evidenza, per il funzionamento di imposte sul reddito mondiale.

Infatti, per la corretta applicazione di un sistema fiscale che debba confrontarsi con lo scenario sopra descritto è necessaria la conoscenza di fatti, elementi e notizie che non si trovano all'interno del territorio dello Stato e non possono essere acquisiti nell'esercizio della propria sovranità statale.

In questa prospettiva si spiega la crescente attenzione rivolta negli ultimi anni alla cooperazione tra amministrazioni finanziarie incoraggiata anche da precise indicazioni di autorevoli organizzazioni internazionali quali ONU e OCSE; ne sono esempi la revisione dell'art. 26 del modello OCSE (aprile 2000), che ha esteso lo scambio di informazioni a tutte le imposte e non solo a quelle coperte dalla convenzione e le indicazioni fornite dal Gruppo di Esperti dell'ONU, dall'OCSE e dalla UE sulla necessità di potenziare la cooperazione per contrastare la competizione fiscale dannosa.

Per meglio comprendere il ruolo dello scambio di informazioni, è necessario tracciare alcune distinzioni.

In primo luogo si deve osservare che le attività economiche a carattere internazionale presentano caratteristiche diverse tra loro (1). Le attività di investimento diretto all'estero implicano, frequentemente, che si

(*) L'articolo riproduce, con l'aggiunta delle note, il testo dell'intervento al convegno "I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario", tenutosi a Napoli-Caserta nei giorni 19 e 20 aprile 2001.

(1) Per analoghi rilievi v. V. TANZI - H.H. ZEE, *Taxation in a Borderless World: The Role of Information Exchange*, in *Intertax*, 2000, 61 ss..

impiantino unità produttive, commerciali, ecc. che presentano una forma di collegamento materiale o personale con il territorio dello Stato; al contrario, per le attività finanziarie e di servizi (internet) sono diversi e più tenui gli elementi di collegamento con lo Stato in cui sono esercitate. Questo implica che gli investimenti diretti all'estero (attività industriali e simili) sono generalmente noti all'amministrazione finanziaria mentre gli investimenti finanziari sono più numerosi (2) e più facilmente sconosciuti al fisco (si pensi al fenomeno di internet). Il che pone problemi diversi nell'accertamento di questi tipi di attività.

In secondo luogo, la collaborazione presenta caratteristiche diverse in relazione agli Stati interessati. Essa è più limitata quando interessa due Stati, che concludono un accordo, rispetto a quando coinvolge contemporaneamente più Stati. In questo caso, inoltre, il contesto di riferimento può essere caratterizzato dall'esistenza di un ordinamento giuridico sovranazionale (UE) con proprie finalità e principi.

In particolare nell'ambito UE le libertà fondamentali, che si manifestano in una maggiore possibilità di scelta del luogo dove esercitare un'attività fonte di reddito, creano un contesto in cui è interesse di tutti gli Stati membri avere la collaborazione degli altri Stati nell'attività di accertamento dei propri tributi: vi è un interesse comune che può mancare nell'ambito dei rapporti tra Stati terzi. Tutto questo, naturalmente, tenendo presente che gli Stati membri mantengono la loro sovranità in materia fiscale e che i sistemi fiscali adottano in genere criteri impositivi mondiali per i residenti e territoriali per i non residenti.

Infine, esistono differenze significative tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo nella capacità di raccogliere e fornire le informazioni.

In questo breve intervento non è possibile che esporre alcuni degli aspetti più interessanti e più attuali dello scambio di informazioni.

2. Gli strumenti giuridici per attuare lo scambio di informazioni

Gli strumenti giuridici che permettono lo scambio di informazioni sono bilaterali e multilaterali.

(2) Il privato può investire all'estero capitali da cui ritrae interessi, dividendi e plusvalenze e scegliere la collocazione che offra il maggiore rendimento; per competere e attrarre capitali gli Stati tendono a eliminare l'imposizione sui redditi di natura finanziaria percepiti da non residenti il che pone il problema del controllo su chi richiede questa esenzione, ecc..

Nella prima categoria rientrano le convenzioni contro le doppie imposizioni (art. 26 modello OCSE, art. 26 modello ONU).

Alla seconda categoria appartengono le convenzioni multilaterali (OCSE/Consiglio di Europa del 25 gennaio 1988; convenzione tra Paesi nordici del 7 dicembre 1989).

Nell'ambito della UE, e tra gli strumenti plurilaterali, vi sono la direttiva 77/799, più volte modificata per ampliarne l'ambito, e il regolamento 218/92 in materia di Iva.

Gli strumenti multilaterali nell'assistenza amministrativa producono risultati migliori rispetto a quelli bilaterali (3).

Infatti, a) l'attività internazionale dei soggetti passivi frequentemente non è limitata a due soli Stati e quindi richiede una collaborazione non limitata a questi e b) gli strumenti multilaterali hanno spesso un ambito applicativo più esteso (4).

Al variare del tipo di strumento giuridico considerato si hanno differenze negli effetti.

Se si tratta di convenzioni, che costituiscono norme di diritto internazionale, è necessario che l'ordinamento interno si adatti ad esse.

Le direttive sono rivolte agli Stati lasciando a questi libertà sui mezzi con cui raggiungere gli obiettivi indicati; con l'importante precisazione delle direttive direttamente applicabili secondo il consolidato orientamento della Corte di giustizia.

I regolamenti producono effetti diretti.

Il quadro di riferimento non sarebbe però completo se non si menzionassero anche le leggi interne.

Infatti, per acquisire le informazioni oggetto di scambio, è necessaria un'attività dell'amministrazione finanziaria che avviene sul fondamento e nel rispetto anche (5) della legge interna dello Stato che deve fornire le informazioni.

(3) Così F.A.G. PRATS, *Exchange of Information under Article 26 of the UN Model Tax Convention*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, 543.

(4) Per esempio includono l'assistenza nella riscossione (OCSE/Consiglio UE), la presenza di funzionari stranieri (77/799) e indicano specificamente le forme di scambio.

(5) Anche ma non solo. Infatti, l'acquisizione di informazioni richieste dalle amministrazioni di altri Stati deve avvenire nel rispetto sia della legislazione dello Stato richiesto sia di quello richiedente; questa condizione è prevista sia dall'art. 26 del modello OCSE che dall'art. 8 della direttiva 77/799/CEE i quali prevedono che, quando queste condizioni non si verificano, lo Stato richiesto non sia obbligato a fornire le informazioni.

3. Il rapporto tra i vari strumenti giuridici

Può quindi accadere che risultino applicabili più strumenti tra quelli menzionati (6).

Per l'ambito europeo si può osservare che la direttiva 77/799 prevede che essa non limiti le norme che prevedano obblighi più estesi risultanti da altri atti sullo scambio di informazioni (art. 11).

Quando tali strumenti esistano, e tale potrebbe essere il caso della convenzione multilaterale OCSE/Consiglio di Europa che prevede l'assistenza nella riscossione, essi troveranno applicazione limitatamente agli obblighi più estesi rispetto alla direttiva.

Al di là di queste ipotesi, si applicherà la direttiva invece dei trattati bilaterali conclusi tra gli Stati membri, per la prevalenza del diritto comunitario. Alcune convenzioni stipulate dall'Italia con altri Stati membri prevedono che lo scambio di informazioni tenga conto delle disposizioni interne che hanno dato attuazione alla direttiva 77/799 (7) oppure che la norma convenzionale non limiti più estesi obblighi previsti dalla direttiva (8).

Di conseguenza tra gli Stati comunitari si applicherà, generalmente, la direttiva in luogo dei trattati.

Alla disciplina prevista dalla direttiva sono rivolte le considerazioni che seguono.

330

4. Gli interessi considerati dalle norme sullo scambio di informazioni

L'interesse primario tutelato dalle norme sullo scambio di informazioni è quello della corretta determinazione delle imposte. Esso è un interesse dello Stato che si accompagna a quello del contrasto delle forme di evasione.

Ma è anche interesse dei soggetti passivi perché tutti concorrano secondo la propria capacità contributiva (9). Inoltre se a parità di capacità contributiva l'imposizione deve essere uguale si potrebbe affermare che

(6) Su questo aspetto v. B. TERRA-P. WATTEL, *European Tax Law*, The Hague, 1997, 336 ss..

(7) In questo senso l'art. 20 del protocollo della convenzione stipulata con la Germania.

(8) Cfr. punto 7 del protocollo della convenzione stipulata con il Lussemburgo.

(9) Il principio della capacità contributiva è accettato dalla maggior parte degli Stati e, in alcuni casi, esso assume rango costituzionale. Sulla diffusione del principio v. F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 3 ss. e V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale comunitario*, Padova, 1999, 78 ss..

risponde al principio di uguaglianza il fatto che l'esistenza e la misura del presupposto possano essere controllati sia se esso si realizza nel territorio dello Stato sia quando si realizza al di fuori di questo.

La dottrina (10) ha altresì evidenziato che l'internazionalizzazione dell'economia comporta un più diffuso utilizzo delle convenzioni contro le doppie imposizioni e lo scambio di informazioni potrebbe costituire uno strumento utile per la conoscenza di elementi da cui dipende il funzionamento di norme convenzionali; il che implicherebbe una più agevole applicazione dei trattati, a vantaggio del soggetto passivo.

5. La tutela del contribuente

A fronte di questi interessi, in particolare di quello statale alla corretta determinazione delle imposte, si pone il problema dei diritti dei soggetti passivi e, più in generale, della tutela del contribuente (11).

In questa prospettiva, l'interesse tutelato del soggetto passivo coinvolto dallo scambio di informazioni può essere individuato nell'obbligo di segretezza, nella tutela dei segreti commerciali, industriali e professionali e, in generale, nell'interesse a che la procedura di scambio avvenga nel rispetto delle norme esistenti.

L'obbligo di segretezza è previsto dalla direttiva quindi costituisce un livello minimo di tutela. L'art. 7 prevede l'obbligo di mantenere segrete le informazioni raccolte che possono essere rivelate solo a persone coinvolte nell'accertamento, rese note solo in occasione di un procedimento relativo all'accertamento dell'imposta e non utilizzabili per fini diversi da quelli fiscali (12).

Quali conseguenze si verificano se esso risulti violato?

Ritenendo che si tratti di una violazione di diritti attribuiti ai singoli dalla norma comunitaria, la dottrina ha correttamente evidenziato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, lo Stato membro è responsabile per violazioni del diritto comunitario (13).

(10) F.A.G. PRATS, *Exchange of Information*, cit., 547; J.M. CALDERON, *Taxpayer Protection within the Exchange of Information Procedure Between State Tax Administrations*, in *Intertax*, 2000, 474.

(11) Sul problema della tutela del contribuente nello scambio di informazioni v. A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello "scambio di informazioni" fra Amministrazioni finanziarie*, in *Rass. trib.*, 1999, 49 ss..

(12) Cfr. art. 7 della direttiva 77/799.

(13) Così B. TERRA-P. WATTEL, *European Tax Law*, cit., 334, in relazione alle sentenze *Franovich* (causa C-6/90, in *Racc.*, 1991, I, 5357) e soprattutto *Brasserie du Pêcheur* (causa C-46/93, in *Racc.*, 1996, I, 1131).

A questa si può aggiungere un'altra osservazione.

Le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri costituiscono principi generali del diritto comunitario e la Corte riconosce che la salvaguardia di questi diritti vada garantita nell'ambito e nelle finalità della Comunità (circolazione dei valori giuridici) (14).

La Corte riconosce per esempio il diritto alla riservatezza anche negli Stati le cui costituzioni non lo prevedano perché è un principio generale del diritto comunitario (15); allora l'effetto è che esiste una tutela contro la violazione dell'obbligo di segretezza.

Poiché la stessa Corte ha ritenuto che debba sempre esistere una tutela dei diritti che l'ordinamento comunitario garantisce ai singoli (16), la violazione della clausola di segretezza contenuta nella direttiva deve trovare una sede di tutela anche se la legge interna dello Stato membro non lo preveda espressamente.

La dottrina non estende la tutela del diritto del privato, previsto dall'art. 7 della direttiva (segretezza), alla possibilità, da parte dello Stato richiesto, di rifiutare le informazioni nel caso di divulgazione di un segreto commerciale, industriale o professionale o un processo commerciale, o un'informazione la cui divulgazione contrasti con l'ordine pubblico (art. 8): in questi casi lo Stato ha la facoltà di non fornire le informazioni. Tuttavia, se nell'esercizio di questo potere discrezionale lo Stato provocasse un danno ai privati questi potrebbero, secondo la legge interna e perciò solo se questa lo preveda, contestare la trasmissione delle informazioni perché danneggiati dalla divulgazione del segreto.

In questo caso appare necessaria l'esistenza di strumenti interni che permettano al soggetto passivo, come avviene in alcuni Paesi, di essere informato e potere opporsi alla trasmissione delle informazioni che divulgano il segreto commerciale.

(14) Cfr. P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. Galgano, Padova, 1997, 287, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 79 ss.. Come ricordano gli Autori citati un importante riferimento è fornito dall'art. 6, n. 2 (ex art. F) del Trattato sull'Unione europea il quale stabilisce che "L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario."

(15) P. MENGOZZI, *op. cit.*, 289. Sull'obbligo di riservatezza come principio generale del diritto comunitario v. F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000, 108.

(16) P. MENGOZZI, *op. cit.*, 279-281; G. TESAURO, *op. cit.*, 81

La dottrina ha puntualmente osservato come questi problemi siano ancora maggiori quando l'amministrazione non debba acquisire le informazioni da trasmettere perché già le possiede (17). In tale evenienza il soggetto passivo non sarà informato, nemmeno negli Stati in cui questa informazione sia prevista, e potrà accadere che l'amministrazione divulghi segreti commerciali, ecc. senza neppure saperlo (18) (19).

6. La funzione dello scambio di informazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

Il ruolo centrale dello scambio di informazioni per la corretta applicazione dei sistemi fiscali degli Stati membri e per il rispetto dei principi comunitari, è ben presente nella giurisprudenza della Corte di Giustizia la quale, in alcuni casi (20), ha forse attribuito un'area applicativa troppo estesa allo strumento dello scambio di informazioni.

(17) J. M. CALDERON, *Taxpayer protection*, cit., 468.

(18) La questione è delicata perché si devono contemperare gli interessi economici del privato (non divulgazione di un segreto commerciale, ecc.) con quelli dell'attività istruttoria che, per essere efficace, spesso richiede che il soggetto passivo non ne sia informato. Un esempio è fornito dall'art. 8 del Reg. 218/92 in materia di Iva, il quale ammette l'informazione dello scambio di informazioni alla persona interessata se previsto dalla legge interna consentendo, però, su richiesta dell'autorità richiedente le informazioni, di astenersi dalla comunicazione al contribuente quando questa rischi di nuocere all'indagine sulla frode fiscale.

(19) Il concetto di segreto commerciale, industriale, ecc., non è definito dalla direttiva; nei singoli Stati esso potrebbe avere significati differenti oppure non essere normativamente previsto. Poiché l'art. 8 della direttiva stabilisce che lo Stato membro possa rifiutare le informazioni quando la loro trasmissione possa comportare la divulgazione di un segreto commerciale, industriale, ecc., mi pare che l'interpretazione e la valutazione sull'opportunità di fornire le informazioni siano lasciate al singolo Stato il quale non dovrà riferirsi a un'eventuale nozione interna di segreto commerciale o industriale e neppure a una nozione comune agli Stati membri che non esiste ma, piuttosto, stabilire se la divulgazione di quelle informazioni possa costituire un danno per la sua economia. La direttiva contempera l'interesse allo scambio di informazioni di uno Stato membro con quello di un altro Stato membro alla segretezza delle informazioni commerciali, industriali, ecc. e ammette che il secondo prevalga sul primo.

(20) B. TERRA - P. WATTEL, *European Tax Law*, cit., 329, ritengono che l'imposta sui negozi immobiliari considerata nella sentenza *Halliburton Services BV* (Sentenza 12 aprile 1994, Causa C-1/993, in *Racc.*, 1994, I-1137), non sia compresa tra quelle oggetto della direttiva 77/799, indicate nell'art. 1; l'ambito oggettivo della direttiva è stato successivamente esteso ma neppure per effetto di queste modifiche, sembra

La Corte di giustizia in più occasioni ha ricordato il ruolo della collaborazione tra le amministrazioni prevista dalla Direttiva 77/799:

- nella sentenza *Schumacker* (21) [e anche nella *Wielockx* (22)] dove ha evidenziato che le informazioni necessarie ad un'applicazione corretta del sistema fiscale, che non sia discriminatoria in relazione alle libertà fondamentali, possono essere assunte dalle amministrazioni finanziarie in forza della direttiva 77/799; secondo la Corte le difficoltà amministrative di reperire le informazioni necessarie per un'imposizione che rispetti i principi comunitari non possono essere opposte per legittimare un trattamento contrario ai principi comunitari perché la Direttiva contiene gli strumenti per ottenere queste informazioni; nel caso di specie il problema consisteva nel considerare la situazione personale e familiare del contribuente, necessaria per il riconoscimento di alcune agevolazioni fiscali nello Stato, diverso da quello di residenza (Belgio), in cui era prodotto totalmente o quasi esclusivamente il reddito (Germania);

- nella sentenza *Vestergaard* (23) si trattava di riconoscere la deducibilità di spese per corsi di aggiornamento svolti in località turistiche di Stati membri diversi da quello di residenza che l'amministrazione danese, diversamente da quelli svolti in località turistiche danesi, subordinava alla prova, da parte del soggetto passivo, che il soggiorno non avesse avuto scopi prevalentemente turistici; la Corte ha affermato che l'autorità competente di uno Stato membro può ottenere dall'autorità di un altro Stato membro ogni informazione idonea a consentirgli di determinare correttamente l'ammontare delle imposte sul reddito e la direttiva non pregiudica la competenza dell'autorità nel valutare se ricorrano le condizioni cui tale normativa subordina la deduzione di alcune spese; la sentenza è stata criticata ritenendo non applicabile, nel caso di specie, la direttiva (24);

comprendere un'imposta sui negozi immobiliari. C. PINTO, *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 89, critica l'utilizzo della direttiva nel senso indicato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Vestergaard* (sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/98, in *Racc.*, 1999).

(21) Sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, in *Racc.*, 1995, I-225.

(22) Sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94, in *Racc.*, 1995, I-2493.

(23) Sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/98, in *Racc.*, 1999.

(24) In questo senso C. PINTO, *op. cit.*, 105 ss. secondo il quale la direttiva non era applicabile né per ragioni di diritto a causa dell'art. 8, commi 1 e 3, né per ragioni di fatto a causa dei tempi necessari, delle difficoltà dello scambio (indicazione precisa delle informazioni richieste) e del tipo di informazioni necessarie all'amministrazione richiedente (contenuto del corso di aggiornamento).

- nella sentenza *Futura Participation* (25) dove la direttiva è stata indicata come strumento che permette all'amministrazione di chiedere ad altre amministrazioni, informazioni per determinare correttamente le imposte sul reddito di un contribuente residente nell'altro Stato membro; il problema consisteva nel determinare il reddito della succursale lussemburghese di una società francese al fine di poter riportare le perdite subite dalla succursale secondo la legge lussemburghese; per la legge lussemburghese il riporto delle perdite è possibile solo se la società tiene una distinta contabilità per la succursale e la conservi in Lussemburgo determinando il reddito della succursale secondo la legge lussemburghese; la Corte ha affermato che il fatto che la contabilità distinta non sia conservata in Lussemburgo non preclude all'amministrazione lussemburghese il controllo del reddito determinato in base a tale contabilità, che può essere esercitato per effetto della direttiva (26);

- nella sentenza *Halliburton Services BV* la direttiva è stata indicata come strumento per conoscere le caratteristiche di società estere al fine di verificare se fossero equiparabili a certi tipi nazionali per il riconoscimento di agevolazioni.

Le sentenze ricordate sopra permettono di osservare che:

- in alcuni casi (*Schumacker e Wielockx*) il problema da risolvere deriva dalla necessità di conoscere, nello Stato della fonte, la situazione personale complessiva del soggetto non residente: tale conoscenza è assicurata dalla direttiva;

- in altri casi (*Vestergaard e Futura*) gli Stati pongono determinate condizioni per il riconoscimento di benefici (27) quando nella fattispecie siano presenti elementi transnazionali (per esempio condizioni poste a carico di soggetti non residenti non richieste ai residenti): nei casi esaminati queste condizioni, che costituiscono oneri a carico del soggetto passivo, possono essere evitate ricorrendo allo scambio di informazioni;

- tuttavia, si deve sempre tenere presente che esiste il limite del previo utilizzo dei propri strumenti di indagine da parte dell'amministrazione.

(25) Sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, in *Racc.*, 1997, I-2471.

(26) Nella sentenza la Corte ha altresì affermato che la direttiva 77/799 non permette di accertare, da parte dell'autorità lussemburghese, la corretta determinazione del reddito effettuato in Francia posto che le regole di determinazione della base imponibile sono diverse negli Stati membri.

(27) Il termine "beneficio" è qui utilizzato in senso generale per intendere una situazione di vantaggio per il soggetto passivo quale, per esempio, la deduzione di un componente negativo di reddito.

ne, prima di richiedere la collaborazione dell'amministrazione di un altro Stato membro;

- esiste anche il limite della legge interna di ciascuno Stato membro per cui uno Stato non può compiere attività che la propria legge non gli consenta (sentenza *Bachmann*) (28); a questo limite si aggiunge anche quello della legge dell'altro Stato e dunque il limite è individuato nella legislazione più restrittiva sull'attività istruttoria;

- lo scambio di informazioni è considerato uno strumento che permette, in certi casi, di assicurare la corretta determinazione delle imposte (e contrastare le evasioni) evitando che si verifichino situazioni che possano comportare una limitazione alle libertà fondamentali. Allora lo scambio è uno strumento che contempera due esigenze: quella della corretta determinazione delle imposte (e quindi dell'interesse di ciascuno Stato alla percezione dei tributi) e quello di evitare che il primo interesse comporti limitazioni alle libertà fondamentali.

In senso critico rispetto alla concezione che pare emerga dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si può rilevare che lo strumento dello scambio di informazioni previsto dalla direttiva non permette a un'amministrazione di effettuare tutti i controlli che essa farebbe all'interno dello Stato ma solo di ottenere alcune informazioni da altre amministrazioni.

336

Probabilmente lo scambio raggiunge la massima efficacia quando sono omogenei i poteri istruttori dei due Stati interessati e quindi non si pongono alcuni dei limiti previsti dalla direttiva.

D'altro canto poiché si tratta di uno strumento particolare che coinvolge più ordinamenti e poiché la direttiva non ha previsto specifiche forme di tutela, con l'eccezione dell'obbligo di segretezza, sarebbe opportuno che la legge interna (il che non avviene nella legge italiana) prevedesse, come accade in alcuni Paesi europei, forme di tutela dei diritti del soggetto passivo facendo in modo che questo sia informato prima che le informazioni siano trasmesse all'autorità straniera e che abbia la possibilità di fare accertare la legittimità dell'attività istruttoria compiuta nella raccolta delle informazioni e che la comunicazione di queste non comporti la divulgazione di un segreto commerciale, industriale, ecc..

In questo caso, come si è accennato sopra, benché la direttiva sia rivolta agli Stati che non sono obbligati a fornire informazioni se ciò possa comportare la divulgazione di un segreto commerciale, ecc., il che è volto a garantire gli interessi dell'economia dello Stato richiesto ma può

(28) Art. 8, n. 1, della direttiva; v. punto 20 sentenza *Bachmann*, Causa C-204/90, in *Racc.*, 1992, I-249.

avere effetti importanti anche per il soggetto passivo, pare difficile sostenere che questa valutazione possa correttamente avvenire in via unilaterale da parte dell'amministrazione finanziaria.

In conclusione appare condivisibile la richiesta, da più parti avanzata, di un potenziamento della cooperazione attraverso meccanismi che permettano un maggiore e più efficiente scambio di informazioni (attualmente è prevista una modifica alla direttiva 77/799 per estenderne l'ambito di applicazione); ma alla condizione di prevedere precise e specifiche forme di tutela dei soggetti passivi soprattutto per quanto riguarda il controllo della legalità di queste procedure.

Ed è chiaro che se si vuole assicurare il funzionamento della cooperazione, le forme di tutela devono essere rapide ed efficienti.

The exchange of information within the EU ^(*)

Marco Barassi

Premise

The fact that the economic activities of taxpayers have progressively started to move away from being conducted solely in a single state, have brought to the forefront the problem of co-operation between tax authorities and, in this ambit, of the exchange of information.

This problem is important, in particular, in relation to the functioning of taxes on a world-wide basis.

In fact, for the correct application of a tax system that has to face the aforementioned scenario there is the need for an awareness of facts, data and information that are not be found within the territory of a State and cannot be acquired in the exercise of the State's sovereignty.

In this perspective, an explanation can be given to the growing attention given in the last few years to the co-operation between tax authorities, which has also been encouraged by precise instructions thereon given by authoritative international organisations such as the UN and OECD; examples thereof are the revision of article 26 of the OECD model (April 2000), that has extended the exchange of information to all taxes and not only to those which are provided for by the Convention and the instructions provided by the Expert Group of the UN, OECD and EU on the necessity to enhance co-operation in order to fight harmful tax competition.

In order to understand the role of exchange of information it is necessary to make a series of premises.

First of all, one must point out that the economic activities of an international nature have different characteristics (1). Investments directed abroad entail, frequently, the setting up of production and commercial units; the latter represent a form of connection with the territory of the State of a material or personal nature; as regards financial activities

(*) The article reproduces, with the addition of notes, the text of a speech given at the conference "Tax jurisdictional criteria and European Union Law", held at Naples-Caserta on 19 and 20 April 2001.

(1) For analogous points see V. Tanzi - H.H. ZEE, *Taxation in a Borderless World: The role of Information Exchange*, in *Intertax*, 2000, 61ss.

and (internet) services, on the other hand, the factors connecting them with the State in which they are exercised are of a different and more tenuous nature. This entails that tax authorities are generally aware of investments directed abroad which involve industrial activities and the like, whereas they are less easily aware of financial investments (for example the internet phenomenon), which are more numerous (2). This leads to different types of problems in the assessment of these types of activities.

In second place, co-operation has different characteristics depending on which States is involved. It is more restricted when it only involves an agreement entered into two States as opposed to a situation in which several States are involved. In the latter type of context, moreover, a super-national (EU) framework - which has its own finalities and principles - may exist.

In the EU context, in particular, the fundamental freedoms which involve the possibility to choose where to locate an income-generating activity gives rise to the interest of all member States to ensure that all the other States assist them in assessing their taxes: this is a common interest that may be lacking in the ambit of relations with third party States. As stated, of course, takes into account the fact that member states shall maintain their sovereignty in tax matters and the respective tax systems adopt in general "world-wide" taxation criteria for resident persons and territorial criteria for non-resident persons.

Finally, there exist significant differences between industrialised countries and developing countries as to their capacity to collect and provide information.

In this brief article, it has only been possible to set out only some of the most important and current aspects of the exchange of information on tax matters.

Legal instruments for enforcing the exchange of information

The legal instruments that allow information to be exchanged are both bi-lateral and multi-lateral.

Double taxation Conventions (article 26 of the OECD model, article 26 of the UN model) are included in the former category.

(2) A private person may invest abroad capital, in respect of which it earns interest, dividends and capital gains, as well as choose the country that offers the best yields; in order to compete and attract capitals, States tend to eliminate the taxation of incomes of a financial nature earned by non-residents; this poses the problem of how to control who requests this type of exemption, etc.

Multi-lateral Conventions (the OECD/Council of Europe Convention dated 25th January 1988; the Convention between Nordic countries dated 7th December 1989) are included in the second category.

In the EU ambit (as well as among the so-called multi-lateral instruments), there is the directive no. 77/799, which has been modified more than once in order to widen its scope, and the regulation no. 218/92 on VAT.

The multi-lateral instruments on administrative assistance produce results which are better than those produced by bi-lateral instruments (3).

In fact, a) the international activity of taxpayers is frequently not limited to two States and therefore requires a collaboration which is not limited thereto and b) multilateral instruments often have a wider scope (4).

As the types of instrument may vary, so do the differences in their effects.

If international Conventions are involved, it is necessary, since the latter are provisions of international law, that internal legislation implement them.

The directives are addressed to member States, leaving them the freedom to choose which instruments to use in order to reach the objectives indicated therein; nevertheless, it has to be specified right away that, according to the consolidated case law of the European Court of Justice, some European Union directives are directly applicable in domestic law.

European Union regulations are always directly applicable.

The description of the legislation which is applicable in this field would not be complete, however, without mentioning the domestic legislation of each member State.

In fact, in order to acquire the information by means of the exchange thereof, the tax administrations' activities in relation thereto must take place on the basis of and in observance (5) of the domestic laws of the States which are obliged to provide the concerned information.

(3) cfr. F.A.G. PRATS, *Exchange of Information under Article 26 of the UN Model Tax Convention*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, 543.

(4) For example they include (OECD/EU Council) assistance in tax collection, the presence of foreign inspectors (77/799) and specifically indicate which forms of exchange may take place.

(5) This is the case, but nevertheless it is not enough. Indeed, the acquisition of information requested by tax administrations of other States must also take place in observance of both the legislation of the requesting State and of the State to which such request is being made; this condition is provided for both by article 26 of the OECD model and by article 8 of Directive 77/799/EEC, which provide that, when these conditions are not fulfilled, the State to which the request is being made is not obliged to provide such information.

Relations between the various legal instruments

It may occur that more than one of the instruments already mentioned, is applicable (6).

In the European ambit, it has to be observed that Directive 77/799 EEC does not restrict those provisions which provide for more onerous obligations in relation to the exchange of information (article 11).

When such instruments do exist (and this could be the case of the OECD/Council of Europe multi-lateral Convention which provides for the assistance in the collection of taxes) they shall be applicable with limited reference to the obligations which have a wider application than those provided for by the Directive.

With the exception of the aforementioned, the Directive on bi-lateral Treaties entered between member States shall, on account of the prevalence of Community Law, be applicable. Some Conventions entered into by Italy with other member States provide that the exchange of information must take into account internal legislation which has implemented Directive 77/799 EEC (7) or that the provisions of any Convention does not restrict more far-reaching obligations provided for by the Directive (8).

As a result, the Directive shall generally be applied among member states rather than treaties.

On the legislation provided by the Directive, the following considerations are hereafter addressed.

341

Interests taken into account by the provisions on the exchange of information

The primary interest which is covered by the provisions on the exchange of information is that of the correct application of taxes. It is a State interest which goes along with the fight against tax evasion.

It is also, however, in the interest of all taxpayers that everyone pays taxes in accordance with their ability to pay in respect thereto (9). Moreover, if, at parity of earning capacity, taxation must be equal, it can be stated that such principle of equality is observed where the existence and

(6) On this aspect see B.TERRA-P. WATTEL, *European tax Law*, The Hague, 1997, 336 ff.

(7) In this sense, cfr. article 20 of the Protocol entered into with Luxemburg.

(8) Cfr. Point 7 of the protocol entered into with Luxemburg.

(9) The principle of the ability to pay taxes is accepted by the most countries and, in some cases, it assumes a constitutional role. On the diffusion of such a principle, please see F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padua, 1973, 3 ff. and V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale comunitario*, Padua, 1999, 78 ff.

the measure of the premise can be controlled both in the territory of the State and outside such territory.

Legal scholars (10) have also evidenced that the internationalisation of the economy has led to a wider use of double taxation Conventions and the exchange of information may constitute a useful instrument for the awareness of elements from which the functioning of international legislation depends; this would entail an easier application of Treaties, which would be of advantage to the taxpayer.

The protection of the taxpayer

Out of these interests (in particular the State's interest to correctly establish which taxes are to be paid) the problem of the taxpayer's rights and, more generally, of the taxpayers' protection arises (11).

In this perspective, the protected interest of the taxpayer subjected to the exchange of information may be identified in the duty of confidentiality, in the protection of commercial, industrial and professional secrets, as well, as in general, in the interest that the procedure of the exchange of information takes place in observance of existing provisions.

The duty of confidentiality provided for by the Directive therefore constitutes a minimum level of protection. Article 7 provides for the obligation to maintain confidential the collected information, which may only be revealed to persons who are involved in the assessment thereof, made known only in occasion of a procedure relating to the assessment of the tax and not useable for purposes which are different from taxation purposes (12).

What consequences shall arise therefrom if the latter is breached?

Bearing in mind that it is a violation of the rights attributed to single taxpayers by Community legislation, legal scholars have correctly evidenced that, according to the case law of the European Community, the member State is liable for all breaches of Community Law (13).

(10) F.A.G. PRATS, *Exchange of Information*, quoted above; J.M. CALDERON, *Taxpayer Protection within the Exchange of Information Procedure Between State Tax Administrations*, in *Intertax*, 2000, 474.

(11) On the problem of the taxpayer's protection in the exchange of information, please see A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello "scambio di informazioni" fra Amministrazioni finanziarie*, in *Rass. Trib.*, 1999, 49 ff.

(12) Cfr. Article 7 of Directive 77/799.

(13) On this aspect see B.TERRA-P. WATTEL, *European Tax Law*, as mentioned above, p. 334, on the *Francovich* (case C-6/90, in *Racc.* 1991, I, 5257) and above all *Brasserie du Pecheur* (case C-46/93, in *Racc.*, 1996, I, 1131).

Another observation may be added to the aforesaid.

The common constitutional traditions of member states constitute general principles of Community Law and the Court recognises that the safeguarding of these rights must be guaranteed in the ambit and for the purposes of the Community (the circulation of legal principles) (14).

The European Court of Justice recognises, for example, the right to confidentiality even in those States whose constitutions do not provide for it because it is a general principle of Community Law (15); in this case the result arising therefrom is that there exists a protection against the violation of the duty of confidentiality.

Since the same European Court of Justice has held that there must always exist a protection of rights that Community Law guarantees to individuals (16), the breach of such a confidentiality clause contained in the Directive must also be protected even if the internal legislation of the member State does not expressly provide therefor.

Legal scholars do not extend the protection of the single person, provided by article 7 of the (confidentiality) Directive to the possibility that the State of which such information is requested may refuse information in the event of the communication of a commercial, industrial or professional secret or a commercial procedure, or of information whose diffusion is in conflict with public policy (article 8); in this event, the State has the power not to provide the information requested. However, if in the exercise of this discretionary power the State were to cause losses to private persons these could, according to internal legislation (provided that provision in relation there to exists, challenge the diffusion of such information arguing that it is harmful to them).

(14) Cfr. P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in *Trattato di Diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, edited by F. Galgano, Padua, 1997, 287, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padua, 1995, 79 ff. As it has been pointed out by the aforementioned authors, an important reference-point has been provided by article 6, no. 2 (pursuant to article F) of the Treaty of the European Union, which provides that "the Union respects the fundamental rights as guaranteed by the European Convention for the protection of human rights and fundamental freedoms, signed in Rome on 4th November 1950, and which arise from the common constitutional traditions of the member States, in so far as they are principles of Community Law".

(15) P. MENGOZZI, as mentioned above, p. 289. On the duty of confidentiality as a general principle of Community Law, see F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milan, 2000, 108.

(16) P. MENGOZZI, as mentioned above, pp. 279-281; G. TESAURO, as mentioned above, p. 81.

In this event, the existence of internal instruments which allow the taxpayer, as happens in certain countries, to be informed and challenge the sending of information which divulges a commercial secret, appears to be necessary.

Legal scholars have punctually observed how these problems are always greater when the tax authorities does not have to acquire the information to be transmitted since it already holds such information (17). In such an event, the taxpayer shall not be informed, not even in those States in which such information is provided for, and it may happen that the administration divulges such commercial secrets, etc., without even being aware thereof (18, 19).

The function of the exchange of information in the case law of the European Court of Justice

The central role of the exchange of information for the correct application of the tax systems of the member States and for the respect of Community principles is clearly present in the case law of the European

(17) J.M. CALDERON, *Taxpayer Protection*, mentioned above, p. 648.

(18) This problem is of a delicate nature since the economic interests of private persons have to be balanced (the non-diffusion of commercial secrets, etc.) with those of the inquiry which, in order for it to be effective, often requires that the taxpayer be not informed thereof. An example is provided for by article 8 of Regulation 218/92 on VAT, which allows the interested person to be informed of the exchange of information, provided that internal legislation so provides in relation thereto; the authority which is requesting the information may, however, request that the giving notice thereof to the taxpayer be restricted when to do so risks harming the inquiry on the tax fraud.

(19) The concept of commercial, industrial and other types of secrets is not defined in the directive; it may have diverse meanings in the single States or not be provided for by the law at all. Since article 8 of the directive establishes that the member State may refuse to give such information when its revelation may lead to the revealing of a commercial, industrial or other type of secret, it seems to me that the interpretation and assessment of the appropriateness of providing such information must be left to the single State, which must not make reference to an internal notion of commercial, industrial or other type of secrets and shall not make reference either to a non-existent notion of commercial secrets which is supposedly common to the member States but, rather, establish whether the revelation of such information may cause losses to its economy. The directive balances the interest in the exchange of information of a member State with the secrecy of commercial, industrial or other types of information, and admits that the latter prevail over the former.

Court of Justice which, in some cases (20), has perhaps attributed to the instrument of the exchange of information a too wide scope.

The European Court of Justice in more than one occasion has recalled the role of collaboration between the Tax authorities provided by Directive 77/799 EEC:

- in the *Schumaker* case (21) (and even in the *Wielocx* case (22)) where it held that the information necessary for the correct application of taxation (which must not be discriminatory in relation to fundamental freedoms), may be ascertained by the tax administration pursuant to Directive 77/799 EEC; according to the European Court of Justice's administrative difficulties in obtaining the information necessary for a taxation, Community principles cannot be set up in order to legitimate a treatment which is contrary to community principles because the Directive contains instruments for obtaining such information; in this case, the problem consisted in considering the personal and family situation of the taxpayer, necessary for the recognition of some tax allowances in the State in which the income was totally or almost exclusively produced (Germany), which is not the State of residence (Belgium).

- in the *Vestegaard* case (23) it was a question of recognising the deductibility of the expenses for refresher courses carried out in tourist locations of member States which were different from those of the country of residence; the Danish tax authorities requested that the taxpayer provides evidence that such stays were not for prevalently tourist purposes whereas no such evidence was requested for refresher courses carried out in Danish tourist locations; the Court ruled that the competent authority of the member State may obtain from the authority of another member State any information which is appropriate in order to allow it to establish correctly the amount of income taxes and the Directive does

(20) B. TERRA – P. WATTEL, *European tax Law*, mentioned above, 329, hold that the tax land transactions considered in the *Halliburton Services BV* (Case 12 April 1994, Case C-1/993 in Racc. 1994, I(-1137), is not included in those which are in the of the Directive 77/799, indicated in article 1: the objective scope of the Directive has been subsequently extended but not even by virtue of these amendments does it seem to include a tax on property transactions. C. PINTO, *La libera prestazione di servizi tra restrizioni procedurali e giustificazioni*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, III, 89, criticises the use of the Directive in the sense indicated by the Court of Justice in the *Vestegaard* (Case dated 28 October 1999, case C-55, in Racc., 1999).

(21) Case 14 February 1995, C-279/93, in Racc.1995, I-225.

(22) Case 11 August 1995, C-80/94, in Racc., 1995, I-2493.

(23) Case 28 October 1999, C-55/98, in Racc. 1999.

not affect the competence of the authority in the assessment of whether there are the conditions to which the legislation subordinates the deduction of some expenses; the case has been criticised assuming that the Directive was not applicable in this case (24);

- in the *Futura Participation* case (25) where the Directive has been indicated as an instrument which allows tax authorities to request other authorities the information necessary for correctly establishing the taxes to be levied on income of a taxpayer who is resident in another member State; the problem consisted in determining the income of the Luxembourgian branch office of a French company in order to allocate the losses suffered by the Luxembourgian branch in accordance with Luxembourgian law. The allocation of losses is possible only if the company holds separate books for the branch in accordance with the Luxembourgian law; the European Court of Justice has ruled that the fact that separate books were not kept in Luxemburg did not prevent the Luxembourgian authorities from controlling the income determined on the basis of such book-keeping, which may be exercised by virtue of such Directive (26);

- in the *Halliburton Services BV* case the Directive was indicated as an instrument for ascertaining the characteristics of foreign companies in order to verify whether they could be compared with domestic companies in order to grant them allowances.

346

The cases which have been recalled allow us to observe that:

- in some cases (*Schumaker* and *Wielocx*) the problem to be resolved derives from the necessity of knowing, in the country in which the income was earned, the overall personal situation of the non-resident person: such knowledge is ensured by the Directive;

- in other cases (*Vestegaard* and *Futura*) the States place certain con-

(24) In this sense C.PINTO, mentioned above, 105 ff., according to which the directive was not applicable either for legal reasons pursuant to article 8, paragraphs 1 and 3, or for reasons related to the time involved, the difficulties related to the exchange of information (a specific indication of the information requested) and the type of information necessary to the requesting administration (contained in the refresher course).

(25) Case 15th May 1997, C-250/95, in Racc., 1997, I-2471.

(26) In the case of the Court of Justice, it has been held that directive 77/799 does not allow for the assessment by the Luxembourgian authorities of the income earned in France since the rules for the establishment of the taxable base are different for member States.

(27) The term "benefit" is here used in a general sense as a situation of advantage for taxpayers such as, for example, the deduction of a negative income component.

ditions for the recognition of benefits (27) when, in the case, there are trans-national elements (for example requisites placed on the non-resident taxpayers which are not requested of the resident ones): in the cases under examination these conditions, which constitute burdens to be borne by the taxpayer, may be avoided by resorting to the exchange of information;

- however, it must always be borne in mind that there is a limit to the prior use of domestic instruments of inquiry by the authorities, before requesting the collaboration of the tax authorities of another State;

- there also exists the limit of the domestic legislation of each member State by virtue of which the State may not carry out activities which are not permitted by its own legal system (the *Bachmann* case) (28); to this limit must also be added the legislation of the other State and therefore the limit is identified in the legislation which places the most restrictions on the inquiries being carried out;

- the exchange of information is considered an instrument which allows, in certain cases, for the correct establishment of the taxes (and the challenging of tax evasion) avoiding that situations take place which may lead to the restriction of fundamental freedoms. In this case such an exchange is an instrument which balances two needs: that of correctly determining the taxes due (and is therefore in the interest of each State to collect the taxes) and that of avoiding that the former interest leads to the restriction of fundamental freedoms.

In opposition to the conception which seems to emerge from the case law of the European Court of Justice, it may be pointed out that the instrument of exchange of information provided by the Directive does not allow the authority to carry out all the necessary checks that it would carry out within the State but only to obtain some information from other authorities.

Probably, the exchange reaches the maximum efficiency when the powers of inquiry in the two interested States are homogeneous and the limitations placed by the Directive are not applied.

On the other hand, since it is a particular instrument that involves several countries and since the Directive has not provided for particular types of protection, with the exception of the duty of confidentiality, it would be appropriate that the domestic legislation (which is not the case in Italian law) were to foresee, as happens in other European countries, forms of protection of the rights of the taxpayer, ensuring that the latter

(28) Art. 8, n. 1 of Directive; see point 20 case *Bachmann*, case C-204/90, in *Racc.*, 1992, I-249.

is informed before the information is communicated to the foreign authority and has the possibility of ascertaining the legitimacy of the inquiries carried out during the collection of information and that their transmission does not lead to the revelation of commercial, industrial or other types of secret.

In this case, as has been set out above, although the Directive is addressed to States which are not obliged to provide information if the provision thereof may lead to the revelation of a commercial or other type of secret whose purpose is to guarantee the interests of the requested State's economy but which may have also important effects for the taxpayer, it seems to be difficult to sustain that this assessment may be carried out correctly by tax authorities.

In conclusion, the request, made by more than one party, that there should be an enhancement of co-operation through mechanisms that allow for a greater and more efficient exchange of information (currently an amendment to Directive 77/799 EEC is foreseen in order to extend its scope), but at the condition of providing for precise and specific forms of protection of taxpayers, above all in relation to the control of the legality of these procedures, seems to be appropriate.

It is clear that if one wants to ensure that such co-operation has to work, the forms of protection thereof must be rapid and efficient.

Agevolazioni fiscali e “libertà fondamentali”: i criteri di collegamento all'imposizione nella giurisprudenza comunitaria^(*)

Gianluigi Bizioli

La giurisprudenza comunitaria esprime due distinti orientamenti in tema di criteri di collegamento all'imposizione del reddito ed agevolazioni fiscali, in ragione della natura obiettiva o subiettiva (o personale) di queste ultime.

In merito alla prima categoria, la Corte di giustizia ha interpretato le disposizioni relative alle c.d. “libertà fondamentali” nel senso che gli Stati membri debbano estendere la disciplina nazionale relativa alle agevolazioni fiscali “oggettive” a lavoratori dipendenti, lavoratori autonomi, imprese e società non residenti (ovvero a società residenti con redditi di fonte comunitaria), sempreché non esista una obiettiva giustificazione del diverso trattamento (1).

Questo primo orientamento giurisprudenziale aderisce perfettamente a quello espresso dal modello di convenzione OCSE sui redditi e capitali.

L'art. 24(3) – permanent establishment [“PE”] non-discrimination clause – rileva che l'obbligo di estendere alle stabili organizzazioni il medesimo trattamento tributario delle imprese residenti non implica altresì l'obbligo “(...) to grant to residents of the other Contracting State any personal allowances, relief and reductions for taxation purposes on account of civil status or family responsibilities which it grants to its own residents”.

(*) Relazione tenuta al Convegno internazionale su “I criteri impositivi di collegamento con il territorio e l'ordinamento comunitario” organizzata dalla Facoltà di Giurisprudenza della Seconda Università di Napoli, dall'Ordine dei Dottori Commercialisti di Napoli e dalla Rivista di Diritto Tributario Internazionale.

(1) Cfr., Corte di giustizia CE (“CGCE”), 28 gennaio 1986, causa 270/83, *Commissione delle CEE c. Francia (avoir fiscal)*, in Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia CE (“Racc.”) 297; CGCE, 8 maggio 1990, causa C-175/88, *Klaus Biehl c. Administration des contributions del Lussemburgo*, in Racc. I-1779; CGCE, 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann c. Regno del Belgio*, in Racc. I-249; CGCE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Roland Schmacker*, in Racc. I-225, para. 48 ss.; CGCE, 11 agosto 1995, causa C-80/94, *G.H.E.J. Wierlockx c. Inspecteur der directe belastingen*, in Racc. I-2493; CGCE, 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations SA, Singer c. Administration des Contributions*, in Racc. I-2471; CGCE, 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, in Racc. I-4695.

I punti 24 e 25 del Commentario all'art. 24(3) del modello di convenzione specificano ulteriormente che "24. [w]ith regard to the basis of assessment of tax, the principle of equal treatment *normally* has the following implications:

(a) PEs must be accorded the same right as resident enterprises to deduct the trading expenses that are, in general, authorised by the taxation law to be deducted from the taxable profits in addition to the right to attribute to the PE a proportion of the overheads of the head office of the enterprise. Such deductions should be allowed without any restrictions other than those also imposed on resident enterprises;

(b) PEs must be accorded the same facilities with regard to depreciation and reserves. (...). When such a right is enjoyed by all enterprises, or by all enterprises in a given sector of activity, it should normally also be enjoyed, under the same conditions, by non-resident enterprises with respect to their PEs situated in the State concerned, insofar, that is, as the activities which such provisions or reserves would pertain are taxable in that State;

(c) PEs should also have the option that is available in most countries to resident enterprises of carrying forward or backward a loss brought out at the close of an accounting period within a certain period of time (e.g. 5 years). (...).

(d) (...)"

"25. Although the general rules mentioned above rarely give rise to any difficulties with regard to the principle of non-discrimination, the same does not always hold good for the tax incentive measures which most countries, faced with such problems as decentralisation of industry, development of economically backward regions, or the promotion of new activities necessary for the expansion of the economy, have introduced in order to facilitate the solution of these problems by means of tax expansions, reductions or other tax advantages given to enterprises for investment which is in line with official objectives" (2).

Il contrasto con la disciplina contenuta nel modello di convenzione OCSE e la pratica legislativa degli Stati (3) emerge piuttosto rispetto ai criteri di localizzazione delle agevolazioni fiscali c.d. "personali". Nella "famosa" sentenza *Schumacker*, la Corte europea ha giudicato in contra-

(2) Cfr., anche, K. VAN RAAD, *Nondiscrimination in international tax law*, Deventer, 1986, 142.

(3) Per una eccezione cfr. la legislazione irlandese in cui le agevolazioni fiscali - anche personali - sono concesse ai soggetti non residenti *pro quota* in ragione del reddito ivi prodotto.

sto con le libertà fondamentali la mancata considerazione, da parte dello Stato della fonte (o Stato di esercizio dell'attività) e dello Stato di residenza, della "situazione personale e familiare" del soggetto non residente che produca "la parte essenziale dei suoi redditi e la quasi totalità dei suoi redditi familiari" nello Stato della fonte (4).

Le regole convenzionali, infatti, oltre a quanto già rilevato dalla seconda frase dell'art. 24(3), prescrivono che la mancata estensione alla persona fisica non residente di agevolazioni fiscali "on account of family responsibilities" non costituisce violazione del principio di non discriminazione per il fatto che residenti e non residenti non sono nella stessa situazione [punto 4 del Commentario OCSE all'art. 24(1)].

a) La nozione di "agevolazione fiscale".

La giurisprudenza comunitaria non ha elaborato un "autonomo" concetto di agevolazione fiscale ai fini delle imposte sul reddito o sul patrimonio, né questo appare il compito, *ex art. 234 Trattato CE*, della Corte di giustizia.

Nelle decisioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, la Corte di giustizia ha, in maniera omnicomprensiva, esaminato la struttura e gli effetti della fattispecie concreta e del rapporto tributario formulati nelle questioni pregiudiziali dal giudice *a quo* nazionale. L'indagine, di ordine sistematico, diretta ad enucleare siffatto concetto è lasciata all'interprete ed è presupposto ad ogni successivo approfondimento della materia dei criteri di localizzazione territoriale delle agevolazioni medesime.

Senza alcuna pretesa di esaustività, la definizione del concetto di agevolazione fiscale insiste, come è stato dimostrato (5), sia su elementi strutturali (6) sia di natura funzionale (7). La qualificazione di norme quali agevolazioni fiscali presuppone quindi:

(a) il trattamento derogatorio rispetto a quello ordinario, ovvero un trattamento più favorevole rispetto a quello ordinario;

(4) Cfr., CGCE, causa C-279/93, *Schumacker*, para. 25 ss..

(5) F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, cap. I.

(6) Per questa analisi, si rinvia alla dottrina c.d. "tradizionale", in particolare A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 174 ss. e 229 ss.; Id., *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1965, 121 ss. e 164 ss.; nonché G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, 344 ss. e A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, 1998, 142 ss..

(7) S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, *passim*.

(b) la funzione promozionale di siffatto trattamento (8).

Invero la dottrina tributaria (italiana) non accoglie univocamente siffatta definizione (9). La sua trasposizione, e quindi l'utilizzo a livello comunitario, è però favorita sia dalla sua ampiezza strutturale sia dalla sua elasticità.

All'interno di questa categoria, dottrina e giurisprudenza distinguono tra agevolazioni fiscali "soggettive" ed "oggettive", in ragione di esigenze e finalità inerenti alle specifiche situazioni o ai soggetti agevolati (10), ovvero che il trattamento di favore sia accordato in ragione alla persona del beneficiario oppure a profili ed elementi propri della situazione in sé (e quindi nella sua oggettività) considerata (11).

b) La struttura del "sindacato" comunitario.

Sempre in maniera prodromica al più specifico svolgimento del tema dei criteri di localizzazione delle agevolazioni fiscali, è opportuno premettere alcune considerazioni in relazione alla struttura del giudizio comunitario.

Al pari di quanto rilevato per il giudizio costituzionale (12), anche il "sindacato" comunitario è diretto all'accertamento della legittimità, in modo quasi esclusivo, delle norme che delimitano l'estensione del trattamento di favore rispetto ad una data fattispecie (che nel caso è di natura transnazionale).

In un quadro di sintesi, si potrebbe osservare che tale sindacato riguarda le norme nazionali che delimitano subiettivamente od oggettivamente l'ambito di applicabilità delle agevolazioni (es. *Schumacker* ed *avoir fiscal*) ovvero che prescrivano determinati procedimenti formali per la fruizione (es. *Futura Participations* e *ICI*).

Più difficile, anche se la prospettiva teorica non sempre è in grado di definire compiutamente la fattispecie concreta, appare la possibilità di valutare, in assoluto, la compatibilità di una norma che esprime un trat-

(8) Cfr., per questa costruzione, F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, cit., 56 ss..

(9) Si veda la critica di S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, 401 (411 ss.), in Trattato di diritto tributario diretto da A. Amatucci, Padova, 1994.

(10) Una più ampia indagine è condotta in S. LA ROSA, *Esenzione (diritto tributario)*, ad vocem, in Enc. Dir., 567 (572).

(11) P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994, 121. Cfr., anche, G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 1997, 209.

(12) Cfr. F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali*, ad vocem, in Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., Torino, 63 (74 ss.); e, da ultimo, F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, cit., 125 ss..

tamento di favore e le libertà fondamentali. Autorevole dottrina comunitaria ammette, ad esempio, la difficoltà di coniugare l'istituto del credito d'imposta (c.d. metodo dell'imputazione), quale strumento per l'eliminazione del fenomeno della doppia imposizione giuridica del reddito (e del patrimonio) nella Comunità e le libertà fondamentali (13).

c) La giurisprudenza *Schumacker*.

È indubbio che il maggiore interesse è suscitato proprio da questo ultimo orientamento, in ragione del percorso logico elaborato dalla Corte, delle difficoltà applicative di tale principio nonché della sua difformità rispetto alle regole convenzionali.

1. In primo luogo, appare utile fornire una ricostruzione del ragionamento logico-giuridico offerto dalla Corte per estendere le agevolazioni fiscali personali ai soggetti non residenti. Si sfrutterà in tal senso la pronuncia *Schumacker*, che ha inaugurato tale orientamento e che appare più dettagliata.

Due sono le premesse maggiori da cui la Corte prende le mosse.

- In materia fiscale, la situazione di soggetti residenti e soggetti non residenti persone fisiche non è, di regola, comparabile (para. 31 della pronuncia).

- Invero tale situazione è comparabile allorquando la persona fisica non residente percepisce "la parte essenziale dei suoi redditi e la quasi totalità dei suoi redditi familiari" nello Stato di esercizio della sua attività economica (para. 38 della pronuncia).

- Poiché nel caso in esame, il signor *Schumacker* produceva la totalità dei suoi redditi (da lavoro dipendente) in Germania (Stato della fonte) e questi costituivano la totalità (o quasi) del suo reddito familiare (premissa minore), "la discriminazione consiste nel fatto che la situazione personale e familiare di questo non residente non è presa in considerazione né nello Stato di residenza né in quello di occupazione".

2. Questo orientamento, sebbene la Corte di giustizia non lo abbia espressamente esplicitato, è applicabile esclusivamente ai soggetti non residenti persone fisiche che producano la (quasi) totalità del reddito nello Stato della fonte, e, quindi, a lavoratori dipendenti, imprese individuali e lavoratori autonomi, intesa quale categoria residuale di persone fisiche che non rientrino nelle prime.

3. Un primo effetto da rilevare attiene al fatto che questa giurisprudenza non incide sulla scelta dei criteri di collegamento (*Anknüpfungspunkten*) degli Stati membri [come la Corte stessa ha avuto modo di ri-

(13) Si vedano le osservazioni di P.J. WATTEL, *Home neutrality in an internal market*, in Eur. Tax., 1996, 159.

badire successivamente nei casi *Gilly* (para. 30 ss.) e *Gschwind*] quanto sulla definizione del presupposto impositivo. È sempre lo Stato della fonte, anche dopo l'intervento della Corte, che deve tassare in (via principale) il non residente (*capital import neutrality*).

Accertata la comparabilità ai fini impositivi (eguale capacità contributiva) di un soggetto residente e di un soggetto non residente che produca la totalità (o quasi) del reddito personale e familiare nello Stato della fonte, la mancata estensione delle agevolazioni personali costituisce un trattamento discriminatorio (e quindi una violazione della libertà di circolazione dei lavoratori).

4. L'obbligo di imporre il medesimo trattamento dei soggetti non residenti e residenti (persona fisica) nello Stato della fonte presuppone l'estensione dell'accertamento delle condizioni personali e familiari ai non residenti. Le difficoltà che questo obbligo importa, costituiscono la principale ragione della mancata estensione da parte dello Stato della fonte delle agevolazioni personali: la rimozione di rischi di elusione (o di risparmio d'imposta, i.e. di pianificazione fiscale) diretti alla ricerca di agevolazioni fiscali da parte del non residente. In generale, infatti, allo Stato della fonte non è dato conoscere la condizione personale complessiva del non residente.

354

La Corte ha respinto tale argomento riferendosi alla disciplina contenuta nella Direttiva 77/799/CEE del 19 novembre 1977 relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette, che offrirebbe la possibilità di ottenere le necessarie informazioni (causa *Schumacker* para. 45).

L'art. 2, secondo para., della Raccomandazione 94/79/CE del 21 dicembre 1993 relativo alla tassazione di taluni redditi percepiti in uno Stato membro da soggetti residenti in un altro Stato membro prevede che sia il contribuente a dover fornire la prova della propria situazione personale.

4. I maggiori problemi applicativi di tale orientamento si danno nelle ipotesi di imposizione del reddito "familiare", ovvero in quei Paesi membri in cui la determinazione e la liquidazione dell'obbligazione d'imposta è effettuata, a scopo agevolativo, in ragione del nucleo familiare piuttosto che individuale.

In questa situazione, nel caso in cui solo uno dei coniugi produce reddito in un Paese membro (Paese della fonte) che concede lo *splitting* è tale Stato obbligato a estendere tale meccanismo anche al non residente?

Il caso si è proposto sia nella causa *Gilly* che nella causa *Gschwind*.

Iniziamo da quest'ultimo caso, che è perfettamente identico al caso *Schumacker* se non per il fatto che mentre il signor *Schumacker* produceva in Germania (Paese della fonte) tutto il reddito personale che costituiva anche l'intero reddito familiare, nella causa *Gschwind* il reddito pro-

dotto in Germania dal non residente ammontava al 58% dell'intero reddito familiare. Il suo reddito, inoltre, in considerazione della Convenzione Germania-Paesi Bassi era preso in considerazione nel solo Paese della fonte. La Corte ha quindi negato che in tale situazione i coniugi *Gschwind* potessero godere dello *splitting*, perché lo Stato di residenza in questa situazione "... è in grado di tener conto della situazione personale e familiare del signor *Gschwind* secondo le modalità previste dalla propria normativa ...".

La Corte comunitaria ha quindi fatto una applicazione rigidamente formalistica della giurisprudenza *Schumacker*. Il non residente può godere di agevolazioni *personali* e *familiari* solo se sono soddisfatte le condizioni di produzione della (quasi) totalità del reddito *personale* e *familiare* nel Paese di attività e, in modo complementare, le sole agevolazioni personali nel caso produca la (quasi) totalità del suo reddito nel Paese della fonte. Ha quindi stabilito un rigido sinallagma fra reddito personale e rispettive agevolazioni e fra reddito familiare e agevolazioni familiari. Lo *splitting* può essere concesso solo se entrambi i coniugi producono la (quasi) totalità del proprio reddito nel Paese di attività.

Si noti, in primo luogo, che tale requisito (o tale limite) non figura nella Raccomandazione 94/79/CE che anzi espressamente prevede che il non residente che produca almeno il 75% del *reddito imponibile complessivo* personale non possa essere sottoposto ad imposizione superiore a quella che lo Stato applicherebbe se il contribuente, il coniuge e i loro figli fossero ivi residenti.

In secondo luogo, al di là del formalismo che stranamente la Corte comunitaria sfoggia in quest'occasione, non esistono apparentemente ragioni per la negazione dell'estensione al non residente, anche nel caso il reddito familiare complessivo non sia prodotto per la (quasi) totalità nello Stato di attività. La capacità contributiva dell'intero nucleo familiare – poiché la liquidazione e determinazione dell'obbligazione tributaria con riferimento ai coniugi mira a valutare la loro capacità complessiva – è perfettamente identica a quella di un residente tedesco il cui coniuge produce reddito di fonte estera ed esentato in Germania.

Non esistono altresì ostacoli di ordine amministrativo, perché anche nel caso *Schumacker* l'amministrazione finanziaria dello Stato della fonte deve raccogliere tutte le informazioni inerenti alla composizione del nucleo familiare e della localizzazione territoriale del reddito.

Da ultimo, sebbene la Corte non ne faccia menzione, appare estremamente complicato distinguere tra agevolazioni "personali" ed agevolazioni "familiari". Le agevolazioni concesse per carichi familiari (es. figli) devono essere concesse dallo Stato della fonte? Se sì, lo stesso dovrebbe riferirsi allo *splitting*.

L'unico elemento che potrebbe addursi a tale decisione attiene al rischio, ancora più intenso rispetto alla pronuncia *Schumacker*, di una pianificazione fiscale da parte del contribuente per garantirsi i trattamenti familiari più favorevoli.

Lo stesso deve dirsi per la pronuncia *Gilly*, con la differenza che il metodo di eliminazione della doppia imposizione del reddito prodotto in Germania dalla signora *Gilly* era il credito d'imposta (14). Nel caso di specie, infatti, la Corte ha osservato che la situazione personale e familiare del non residente non è stata presa in considerazione in Germania, ma, quale conseguenza del metodo per eliminare la doppia imposizione, in Francia (para. 43).

Come è stato acutamente osservato (15), il particolare sistema di eliminazione della doppia imposizione francese comporta la mancata estensione dello *splitting* di fonte francese alla signora *Gilly* non residente. Di conseguenza, il non residente non godeva dell'agevolazione familiare né nello Stato della fonte del reddito – la Germania – né nello Stato di residenza – la Francia – che, secondo la giurisprudenza *Schumacker* assurgerebbe a violazione della libertà di circolazione dei lavoratori subordinati. Non viola le libertà fondamentali in sé il meccanismo di eliminazione della doppia imposizione, ma la mancata estensione in Francia dello *splitting* alla signora *Gilly*.

356

5. Un ultimo limite soffre la giurisprudenza *Schumacker*, quello della inapplicabilità rispetto a quei Paesi che eliminano la doppia imposizione per mezzo del credito d'imposta. In questo caso, poiché lo Stato di residenza assume in qualunque situazione – anche in quella limite della produzione di tutto il reddito di un non residente nel Paese della fonte – la capacità contributiva complessiva del soggetto, nonché la sua situazione personale, è evidente che le agevolazioni personali siano sempre concesse proprio da tale Stato (16).

d) L'ordinamento tributario italiano.

Il caso italiano è quello descritto nel punto *sub* 5. Dal reddito complessivo prodotto nel territorio italiano, l'art. 21 del D.P.R. 22 dicembre

(14) Sebbene definito "credito d'imposta", la funzione di tale meccanismo è la stessa del metodo dell'esenzione. Cfr. J.F. AVERY JONES, *What is the difference between Schumacker and Gilly?*, in Eur. Tax, 1999, 2.

(15) K. EICKER, *Tax treaties and EC law: Comment on the Gilly case*, in Eur. Tax., 1998, 322 (326).

(16) Conferma tali conclusioni, J.F. AVERY JONES, *Carry on discrimination*, in Eur. Tax, 1996, 46.

1986, n. 917, permette la deduzione esclusivamente di oneri e detrazioni espressamente menzionati, introducendo una discriminazione che, come visto, è giustificata sia dalle "direttive" internazionali sia dalla giurisprudenza comunitaria.

Quanto ai lavoratori transfrontalieri, le due sole Convenzioni contro le doppie imposizioni che disciplinano il fenomeno sono quella stipulata con l'Austria e la Francia.

L'art. 15(4) della Convenzione Italia-Austria del 21 giugno 1981 stabilisce che il lavoratore transfrontaliero è tassato esclusivamente nello Stato di residenza. L'art. 23(2) introduce il metodo del credito d'imposta per eliminare la doppia imposizione.

Diverso il caso degli artisti e degli sportivi che, quale principio generale, sono tassati nello Stato della prestazione [art. 17(1)]. Nel caso tale attività venga condotta da un "transfrontaliero" non si porranno, almeno in principio, problemi in virtù dell'applicazione del credito d'imposta.

Quanto alla Convenzione Italia-Francia del 5 ottobre 1989, l'art. 15(4) ricalca perfettamente quello con l'Austria. Anche in questo caso l'eliminazione della doppia imposizione è effettuata tramite il credito d'imposta.

Nel caso di artisti e degli sportivi, vale il principio della tassazione dei compensi nello Stato della prestazione.

Tax benefits and “fundamental freedoms”: the localisation connection criteria in Community case-law^(*)

Gianluigi Bizioli

There are two different trends of Community case law on income localisation criteria and tax benefits, which are based on their objective or subjective (or personal) nature.

With regard to the first trend, the European Court of Justice has interpreted the provisions on “fundamental freedoms” in the sense that member States must extend national legislation on “objective” tax allowances to employees, independent workers, non-resident enterprises and companies (or to resident companies who have earned income within the Community), provided that there does not exist an objective justification for such different treatment (1).

This first trend of case law adheres perfectly to the contents of the OECD model Convention on income and capital taxation.

358

Article 24 (3) – permanent establishment [“PE”] non-discrimination clause – provides that the obligation to extend to PEs the same tax treatment accorded to resident enterprises does not imply the obligation “(...) to grant to residents of the other contracting State any personal allowances, relief and reductions for taxation purposes on account of civil status or family responsibilities which it grants to its own residents”.

Points 24 and 25 of the Commentary on article 24 (3) of the model Convention specifies further that “24. With regard to the basis of the tax

(*) Lecture held at the international Congress about “Tax jurisdictional criteria and European Union law”, organized by the “Seconda Università” of Naples (Faculty of Law), the “Ordine Dottori Commercialisti of Naples” and this Review.

(1) Cfr. European Court of Justice (“ECJ”), 28 January 1986, case 270/83, *EEC Commission vs. France (avoir fiscal)*, in European Court Reports (“Reports”) 297; ECJ, 8 May 1990, case 175/88, *Klaus Biehl vs. Luxembourg Tax Administration*, in Reports I-1779; ECJ, 28 January 1992, case C-204/90, *Hanns-Martin Bachmann vs. Belgium*, in Reports I-249; ECJ, 14 February 1995, case C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt vs. Roland Schumaker*, in Reports I-225, point 48 ff.; ECJ, 11 August 1995, case 80/94, *G.H.E.J. Wielockx vs. Inspecteur der directe belastingen*, in Reports I-2493; ECJ 15 May 1997, case C-250/95, *Futura Participations SA, Singer vs. Administration des Contributions*, in Reports I-2471; ECJ, 16 July 1998, case C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) vs. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty’s Inspector of Taxes)*, in Reports I-4695.

assessment, the principle of equal treatment *normally* has the following implications:

(a) PEs must be accorded the same right as resident enterprises to deduct the trading expenses that are, in general, authorised by the taxation law to be deducted from the taxable profits in addition to the right to attribute to the PE a proportion of the overheads of the head office of the enterprise. Such deductions should be allowed without any restrictions other than those also imposed on resident enterprises;

(b) PEs must be accorded the same facilities with regard to depreciation and reserves. (...). When such a right is enjoyed by all enterprises, or by all enterprises in a given sector of activity, it should normally also be enjoyed, under the same conditions, by non-resident enterprises with respect to their PEs situated in the State concerned, insofar, that is, as the activities which such provisions or reserves would pertain are taxable in that State;

(c) PEs should also have the option that is available in most countries to resident enterprises of carrying forward or backward a loss brought out at the close of an accounting period within a certain period of time (e.g. 5 years). (...).

(d) (...)"

"25. Although the general rules mentioned above rarely give rise to any difficulties with regard to the principle of non-discrimination, the same does not always hold good for the tax allowance measures which most countries, faced with such problems as decentralisation of industry, development of economically backward regions, or the promotion of new activities necessary for the expansion of the economy, have introduced in order to facilitate the solution of these problems by means of tax expansions, reductions or other tax advantages given to enterprises for investment which is in line with official objectives" (2).

35

The contrast between the provisions contained in the model OECD MC and legislative practice (3) of individual States emerges fairly clearly in relation to the localisation criteria of the so-called "personal" tax allowances. In the famous *Schumaker* judgement, the ECJ ruled that fail-

(2) See, also, K. van Raad, *Nondiscrimination in international tax law*, Deventer, 1986, 142.

(3) For an exception see Irish legislation according to which tax allowances – even of a personal nature – are granted pro-quota to non-resident persons on the basis of the income thereby earned.

ure, by the State in which the income was earned (or by the State in which the activity was exercised) and by the State of residence, to consider the "personal and family situation" of the non-resident in question, who earns the "essential part of its income and the almost the whole of its family income" in the State in which the income was earned (4), is in contrast with fundamental freedoms.

The provisions of the EC Treaty - setting aside what has already been said on the second part of article 24(3) - provide that the failure to extend to non-resident physical person tax allowances "on account of family responsibilities" does not constitute a breach of the principle of non-discrimination on account of the fact that residents and non-residents are not in the same position [point 4 of the OECD Commentary on article 24(1)].

a) The notion of "tax benefits"

Community case law has not elaborated an "autonomous" concept of tax allowances for the purposes of income or capital taxes, nor does this seem to come within the scope of the ECJ, pursuant to article 234 of the EC Treaty.

In its judgements on income and capital taxes, the ECJ has, in a comprehensive manner, examined the structure and effects of the tax cases which have been remitted to it by the national Courts. The fleshing out of such a concept is instead left to the national Courts and is the premise for every subsequent analysis of the criteria for the territorial localisation of the same allowances.

Without pretending to be exhaustive, the definition of the concept of tax benefits relies, as has been already been demonstrated (5), both on structural (6) and functional (7) elements. In order to be qualified as tax benefits, the following premise must therefore be present:

(a) there must be a derogation or a more favourable treatment in respect of the treatment ordinarily provided for;

(4) ECJ, case C-279/93, *Schumaker*, point 25 ff.

(5) F. Fichera, *Agevolazioni fiscali*, Padua, 1992, chapter 1.

(6) As regards this analysis, reference is made to the "traditional" views of legal scholars, in particular A. D. Giannini, *I Concetti fondamentali del diritto tributario*, Turin, 1956, 174 ff. and 229 ff., Id., *Istituzioni di diritto tributario*, Milan, 1965, 121 ff. and 164 ff.; as well as G.A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, Turin, 1989, 344 ff. and A. Fantozzi, *Diritto tributario*, 1998, 142 ff.

(7) S. La Rosa, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milan, 1968, *passim*.

(b) there must be a promotional aspect of such treatment (8).

Italian legal scholars do not, however, unanimously (9) affirm such a definition. Its transposition and use at Community level is however favoured both by its structural wideness and elasticity.

Within this category, both legal scholars and case law distinguish between "subjective" and "objective" tax allowances, by virtue of the needs and purposes inherent to the specific situations or persons who benefit from such allowances (10), that is to say that the favourable treatment is granted in relation to the person of the beneficiary or in relation to the (objective) characteristics of the situation in itself (11).

b) The structure of the Community "judicial review".

It is appropriate to set out by way of premise some considerations connected with the structure of the European judgement, by way of precondition for the specific analysis of the question of the localisation criteria of the tax benefits.

The case-law of the ECJ is, as is the case with the judgements of the Italian constitutional court (12), almost exclusively aimed at verifying the legitimacy of provisions that provide for the extension a favourable treatment accorded in a given situation (which in this case is of a international nature).

By way of summary, it may be observed that such judgement regards the national provisions that set out both from a subjective and objective point of view the scope of application of such benefits) for example *Schumaker* and *avoir fiscal*) or that prescribe given formal procedures for the use thereof (for example *Futura Participations* and *ICI*).

More difficult - even if a practical case cannot always be resolved in a theoretical sense - appears to be the possibility of assessing, in absolute terms, the compatibility of a provision which provides a favourable treat-

(8) See on this view, F. Fichera, *Agevolazioni fiscali*, Padua, 1992, 56 ff..

(9) See the criticism of S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, 401 (411 ff.), in *Trattato di diritto tributario* edited by A. Amatucci, Padua, 1994.

(10) A more detailed analysis is conducted by S. La Rosa, *Esenzione (diritto tributario)*, *ad vocem*, in *Enc. Dir.*, 567 (572).

(11) P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milan, 1994, 121. Cfr., anche, G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*, Padua, 1997, 209.

(12) Cfr. F. Moschetti, *Agevolazioni fiscali, ad vocem*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm., Turin, 63 (74 ff.); and F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padua, 1992, 125 ff..

ment with fundamental freedoms. Authoritative legal scholars admit, for example, the difficulty of couple tax credits (the so-called imputation method)- which are an instrument for the elimination of the double income (and capital) taxation phenomenon in the European Union - and fundamental freedoms (13).

c) The *Schumaker* case law

It cannot be doubted that greater interest has been aroused specifically by the precedent set by the latter case, as a result of the legal reasoning adopted by the Court, by the difficulties encountered in applying such a principle as well as its non-compliance with the provisions of the Treaty.

1. In the first place, it seems to be useful to outline the Court's legal reasoning on the extension of personal tax allowances to non-residents. The *Schumaker* judgement that inaugurated this trend of case and seems to be very detailed shall be used in this sense.

- From a taxation point of view, the situation of residents and non-residents is not, by way of rule, comparable (paragraph 31 of the judgement).

- Indeed, such a situation is comparable if the non-resident earns "the major part of his income and almost all his family income" in the State in which it carries out its economic activity (paragraph 38 of the judgement).

- Since, in the case under examination, Mr. *Schumaker* earned almost all of his income (under an employment contract) in Germany (the State in which such income was earned) and this constituted all (or almost all) of his family income (the first premise), "discrimination arises from the fact that his personal and family circumstances are taken into account neither in the State of residence nor in the State of employment".

2. This judgement, although the European Court of Justice has not explicitly stated this, is applicable exclusively to non-residents who earn (almost) all of their income in the State in which income such income was earned and, therefore, is applicable to employees, individual workers and entrepreneurs, who are understood as a residual category of persons who do not come within the former category.

3. The first effect which must be underlined is the fact that the case law does so much not have an impact on the choice of the localisation criteria (*Anknüpfungspunkten*) of the member States [as the Court had

(13) See the observations of P.J. Wattel, *Home neutrality in an internal market*, in Eur. Tax., 1996, 159.

the opportunity of subsequently remarking in the Gilly (paragraph 30 ff.) and Gschwind] judgements, as on the definition of the taxation requirements. It is always the State in which the income is earned, even after the Court's intervention, which must (mainly) tax the non-resident (capital import neutrality).

Having ascertained that for tax purposes (identical tax ability to pay) a resident and non-resident who earns all (or almost all) of his personal and family income in the State in which such income was earned, are in a same situation. Thus, the failure to extend such tax benefits constitutes a discriminatory treatment (and therefore a breach of the free movement of workers).

4. The obligation to give the same treatment to non-resident and non-residents in the State in which such income was earned presupposes the extension of the assessment of the personal and family conditions to non-residents. The difficulty that this obligation implies constitutes the main reason for failure of the State in which such income was earned to extend such personal benefits: namely, the removal of the risks of tax avoidance aimed at the search for tax benefits by the non-resident. In general, in fact, the State in which the income was earned is not allowed to be informed on the overall personal conditions of the non-resident.

The Court has rejected such an argument, referring to the provisions contained in Directive 77/799/EEC of the 19 November 1977 on mutual assistance between the competent authorities of Member States in the direct taxation field, which would give the possibility of obtaining the necessary information in relation thereto (the *Schumaker* case, paragraph 45).

Article 2(2) of Recommendation 94/79/CE dated 21st December 1993 on the taxation of some categories of income earned in a member State by residents in another member State provides that it is the taxpayer who shall have to give proof of his personal situation.

4. The main application problems of such a trend are posed by family income taxation in those member States in which the establishment and payment of the taxation obligation took place, for benefits purposes, on the basis of the couple rather than on an individual basis.

In this situation, in the event that only one of the spouses earns income in a member State (the State in which such income was earned) which grants such the splitting, is the State also obliged to extend such a mechanism to non-residents?

This situation has occurred both in the *Gilly* and the *Gshwind* cases.

Let us start by analysing the latter case, which is absolutely identical to the *Schumaker* apart from the fact that Mr. Schumaker earned all his personal income, which was also the family income, in Germany (the State in which such income was earned), whereas in the *Gschwind* case

the income earned in Germany from a non-resident amounted to 58% of the entire family income. His income, moreover, in consideration of the German-Dutch Convention was taken into account only in the State in which such income was earned. The Court therefore denied that in such a situation the Geschwind spouses could benefit from splitting, since the State of residence "(...) is capable of taking into account the personal and family situation of Mr. Geschwind in the manner provided for in the legislation of his own country (...)".

The ECJ therefore applied in a rigidly formal fashion the *Schumaker* case law. The non-resident may benefit from personal and family allowances only if the conditions of the (almost) the totality of the personal and family income are satisfied in the country where that person lives as well as in the State in which such income was earned. A rigid *quid pro quo* has been established between personal income and family allowances. The splitting may only be granted if both spouses earn the (almost) totality of their income in the country where they live.

It must be noted, in the first place, that such requisite (or limit) is not included in Recommendation 94/79/EC, which expressly provides that the non-resident who earns at least 75% of his overall taxable personal income cannot be taxed to an extent which is greater than that which would be applicable if the taxpayer, spouse and children were resident there.

364

In the second place, apart from the formalism that the ECJ strangely displayed on this occasion, there do not apparently exist any reasons for denying the extension of such allowances to non-residents, even in the event that (almost) all the overall family income is not earned in the State where the activity is carried out. The tax ability to pay of the whole family – since the payment and establishment of the tax obligation referred to the spouses aims at assessing their overall tax ability to pay – is perfectly identical to that of a German resident whose spouse earns income outside Germany and is tax exempt in Germany.

There do not exist any other obstacles of an administrative nature, because even in the *Schumaker* case the tax administration of the State in which such income was earned must gather all the necessary information regarding the composition of the family nucleus and the territorial localisation of the income.

Lastly, although the Court did not make any mention thereof, it appears to be extremely complicated to distinguish between "personal" allowances and "family" allowances. The allowances granted for the family *status* (i.e. children) must be granted by the State where such income was earned? If yes, the same should be referred to splitting.

The only element that could be adduced to such a decision relates to

the risk, which is even more stringent than the *Schumaker* judgement, that the taxpayer may tax plan in order to guarantee an even more favourable family treatment.

The same may be said of the *Gilly* judgement, with the difference that the method for avoiding the double taxation of the income earned in Germany by Mrs Gilly was the tax credit (14). In this case, in fact, the Court observed that the personal and family situation of the non-resident had not been taken into account in Germany but had been taken into account in France, as a result of the method of eliminating double taxation (paragraph 43).

As it has been correctly pointed out (15), the French system of eliminating double taxation leads to the failure to extend the French splitting to the non-resident (Mrs Gilly). As a result, the non-resident did not benefit from the family allowance either in the State in which the income was earned – Germany – or in the State of residence – France – which, according to the *Schumaker* case law would amount to a breach of the free movement of workers. It is the failure to extend in France such splitting to Mrs Gilly and not the mechanism of eliminating double taxation which infringes fundamental freedoms.

5. Another limit is suffered by the *Schumaker* case law is that it cannot be applied to those countries which eliminate double taxation by means of tax credits. In such a case, since the State of residence takes upon itself – even in the situation in which all the income is earned by a non-resident in the country in which the income is earned – the overall tax ability to pay of such person, as well as the latter's personal situation, it is evident that tax allowances are always granted by such State (16).

d) The Italian tax system

The Italian situation is described in point 5. In relation to income earned in Italy, article 21 of the Presidential Decree no. 917 of 22 December 1986 provides that tax benefits expressly mentioned therein shall be deducted, introducing a discrimination which, as has already been seen, is justified both by international "guidelines" and Community case law.

(14) Although it has been defined as a "tax credit", the function of such a mechanism is the same as that of the exemption method. J.F. Avery Jones, *What is the difference between Schumaker and Gilly?*, in *Eur Tax*, 1999, 2.

(15) K. Eicker, *Tax Treaties and EC law, Comment on the Gilly case*, in *Eur. Tax.*, 1998, 322 (326).

(16) J.F. Avery Jones confirms such conclusions in *Carry on discrimination*, in *Eur. Tax*, 1996, 46.

As regards cross-border workers, the only two Treaties against double taxation that regulate such phenomenon are those entered into between Austria and France.

Article 15(4) of the Austria-Italy Tax Treaty dated 21st June 1981 establishes that cross-border workers shall be taxed exclusively in the State of residence. Article 23(2) introduces the method of tax credits in order to eliminate double taxation.

A different provision is set out for artists and sportsmen who, as a general principle, shall be taxed in the State where their income has been taxed [article 17(1)]. In the event that such activities are conducted by a "cross-border" worker there shall not be, at least in principle, problems as regards the application of tax credits.

As regards the France-Italy Tax Treaty dated 5 October 198, article 15(4) reproduces the provisions contained in the Austria-Italy Treaty. Even in this case the elimination of double taxation is carried out by means of tax credits.

In the case of artists and sportsmen, there is the principle of taxation of income in the State where the income has been earned.