



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

3.99

settembre-dicembre



Editoriale Tributaria Italiana S.p.A. - Roma
1999

Sped. in abb. post. - 45% - art. 2 comma 20/b L. n. 662/96 - Filiale di Roma - Rivista quadrimestrale

SAGGIO GRATUITO

Escluso da IVA (art. 2, c. 3° lett. d
DPR 633/1972)

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

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

FONDATA DA

FOUNDED BY

Giovanni PUOTI

DIRETTA DA

EDITORS

Andrea AMATUCCI - Giovanni PUOTI - Victor UCKMAR

COMITATO SCIENTIFICO

SCIENTIFIC BOARD

Ruben ASOR REY (*Argentina*) - Domenico DA EMPOLI (*Italia*) - Feng DATONG (*Cina*)
Patrick DIBOUT (*Francia*) - Hans FLICK (*Germania*) - Gábor FOLDES (*Ungheria*)
Eusebio GONZÁLES GARCÍA (*Spagna*) - Hubert HAMAEEKERS (*Olanda*) - Haron JORAN (*Israele*)
Hiroshi KANEKO (*Giappone*) - Joachim LANG (*Germania*) - Leonardo PERRONE (*Italia*)
Claudio SACCHETTO (*Italia*) - Stanley SIEGEL (*U.S.A.*) - 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 MOLLEDA, Carmine ROTONDARO, Maria Nicola VILLANI, Daniela ZUCCARO.
- NAPOLI** : Enzo PACE (*coordinatore*), Roberta ALFANO, Fabrizio AMATUCCI, Sergio CAIANIELLO, Adriana COMELLA, Daniela CONTE, Claudia FUSCO, Felice LICCARDO, Maria Pia NASTRI, 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@mclink.it

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

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

FONDATA DA
FOUNDED BY
Giovanni PUOTI

DIRETTA DA
EDITORS

Andrea AMATUCCI · Giovanni PUOTI · Victor UCKMAR

QUOTE ABBONAMENTI 2000

1. Abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (4 numeri l'anno), minimo 250 pagine a numero, L. 200.000 (Euro 103,29; \$ 108,10)
2. Abbonamento alla rivista settimanale "il fisco" (48 numeri l'anno), minimo 10.000 pagine l'anno + abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (3 numeri l'anno), minimo 250 pagine a numero, L. 600.000 (Euro 309,87; \$ 324,32)
3. Una singola copia della "Rivista di diritto tributario internazionale", L. 70.000 (Euro 36,15; \$ 37,83)

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

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

Direttore responsabile: **Giovanni Puoti**

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



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

INDICE

CONTENTS

Sezione I - Dottrina

Section I - Academic Writings

- **Hubert Hamaekers**
 - *Transfer pricing. History – State of the Art – Perspectives* 7
- **Marco Barassi**
 - *Exchange of information* 59
 - *Lo scambio di informazioni tra le amministrazioni finanziarie* 90
- **Alfredo Pozzo**
 - *Aspects of commercial and tax law linked to the formation of a joint venture corporation in Poland by an Italian enterprise* 153
 - *Profili di diritto commerciale e tributario connessi alla costituzione di una joint venture societaria in Polonia da parte di un'impresa italiana* 204

Sezione II - Giurisprudenza

Section II - Decisions of the Courts

II - B) Giurisprudenza dell'Unione europea:

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

1. **Imposta sul patrimonio netto delle imprese - Effetto economicamente equivalente - A imposte indirette di conferimento - non sussiste** (Sez. VI, sent. 26/10/1998, C-47/97). 263
2. **IVA - prima direttiva - Opzioni per esenzioni - Restrizione del diritto - Violazione per ineducibilità** (Sez. V, sent. 3/12/1998, C-81/97) 273
3. **IVA - sesta direttiva - Immissione di beni - in libera pratica - applicazione art. 7, n. 1, lett. a)** (Sez. V, Sent. 28/01/1999, C-81/97) 286

Sezione III - Documentazione

Section III - Laws, administrative practice and other official documentation

III - A) Italia:

- **Pietro Selicato**
(nota alla circ. 26/02/1999, n. 53/E, Min. fin., Dir. Centr. Accert. e Programm.)
 - *Internal transfer pricing and the tax regime of groups of companies:*

<i>Notes for a comparative analysis</i>	323
- <i>Il transfer pricing interno e la disciplina fiscale dei gruppi di imprese: appunti per una analisi comparata</i>	336

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

• Giuseppe D'Andrea	
- <i>Examining transfer prices in relation to services with a particular stress on insurance services</i>	351
- <i>Osservazioni sui prezzi di trasferimento in materia di servizi con particolare riferimento ai servizi assicurativi</i>	373
• Gemma Carallo	
- <i>IRAP and the recent tax agreement Italy-Usa. Sequel to a Congress: some considerations</i>	395
- <i>L'IRAP e il recente Patto Fiscale Italia-USA. Riflessioni a margine di un convegno</i>	402

ERRATUM

Please note that the bottom of page 341, article by Pasquale Pistone (previous issue of this Review) should read as follows:

'It is in this spirit that the congress - organised by Kirsten Borgsmidt of the European Law Academy (*Europäische Rechtsakademie*) of Trier, Germany, an institution that has been looking at Community issues in different areas of law for years - intended to analyse, during the two workshop days, the different theoretical and practical experience gained to date; offering a discussion forum (with the participation of the representatives of the EC Commission and those of the EU countries with the only exception of Greece) which would consider the development of scenarios in the near future.'

And again bottom of page 347:

'The fifth part of the lecture looked at art. 11 of the directive proposal concerning taxation of savings, embodying a specific provision obliging the EU to enter into negotiations with third countries to allow effective taxation of capital yields the EU residents draw from a non- Community source'.

Sezione I - Dottrina
Section I - Academic Writings

Transfer pricing History - State of the Art - Perspectives

Prof. Hubert Hamaekers (*)

Edited by the author

1. INTRODUCTION

This article intends to give the history of and the reason for transfer pricing, an outline and comparison of the two main sources of rules in practice - the U.S. Sec. 482 Regulations and the OECD Transfer Pricing Guidelines - and an overview of practical problems and perspectives.

From a financial perspective transfer pricing is probably the most important tax issue in the world. Over 60% of international trade is carried out within multinational enterprises (MNEs). The term MNE in this context not only covers corporate moguls such as Shell, Mitsubishi and IBM, but also smaller companies with one or more subsidiaries or permanent establishments (PE) in countries other than that where the parent company/head office is located.

Although parent companies of MNEs are still located to a great extent in developed countries, companies from developing countries, in particular in Asia, have started to expand abroad in recent years.

Parent companies of larger groups usually have subholdings and intermediary holdings in several countries; research and service activities may be concentrated in centres operating for the whole group or specific parts; intangibles, developed by group entities, may be concentrated at certain group members; finance companies may operate as internal banks; production of parts and assembly of final products may take place in many different countries. From a decision making perspective groups may range from highly centralized to structures with a high degree of decentralization and profit responsibility allocated to individual group members.

Transfer pricing has gained much attention in recent years. Several reasons for this can be given. In the first place, the on-going (re)location of the production of final products and of components to appropriate territories. Production costs, infrastructure, tax incentives and systems,

(*) Director General of the International Bureau of Fiscal Documentation in Amsterdam. Former chairman of the OECD Working Party on transfer pricing and multinational enterprises.

skilled labour force, etc. play a role. In the second place, the concentration of service functions within MNEs as indicated above. Third, the relatively new phenomenon of global, 24 hours per day, trading in commodities and financial instruments, which was made possible by modern means of communication.

Political reasons, in particular in the United States, have also played a role. U.S. politicians alleged (and continue to allege) that foreign enterprises active in the United States paid substantially lower amounts of income tax than comparable U.S. groups. Although the reason for tightening transfer pricing legislation in 1986 was a domestic U.S. one, - tax planning by U.S. groups involving the transfer of intangibles developed in the United States to related companies in tax havens such as Puerto Rico - the political emphasis has shifted to foreign-owned U.S. companies.

New transfer pricing regulations, and in particular the risk of severe penalties, even in case of non-deliberate deviations from the arm's length principle, in the United States have induced both U.S. and foreign groups to revise their transfer pricing methods. The new U.S. approach, however, may have as result that groups are inclined to give the U.S. Treasury a greater piece of the tax cake - to avoid the risk of penalties - than is reasonable from an objective point of view. Countries with less sophisticated tax systems and administrations run the risk of paying the U.S. transfer pricing bill.

The OECD, fearing to lose its position as a guiding forum on transfer pricing matters, has worked on a revision of its 1979 report on transfer pricing in order to bridge the differences. New OECD Guidelines were published in July 1995.

Transfer pricing is also on the agenda of the ad hoc Group on Taxation of the United Nations but it is doubtful that U.N. Guidelines on this topic will be issued within a reasonable time.

2. DEFINITION OF TRANSFER PRICING

The definition of "transfer price" for *business economics* purposes reads (1): "the amount charged by one segment of an organization for a product or service that it supplies to another segment of the same organization". The economic reason for charging transfer prices is to be able to evaluate the performance of the group entities concerned. By

(1) See: C.T. Horngren, W.O. Stratton and G.L. Sundem "Introduction to Management Accounting". Prentice Hall International Inc., 1996.

charging prices for goods and services transferred within a group, managers of group entities are able to make the best possible decision as to whether to buy or sell goods and services inside or outside the group.

Cost-based systems for the transfer of goods and the rendering of services internally have always been very popular among MNEs. Some MNEs used only variable costs, others full costs, and still others used full costs plus a profit mark-up (cost plus method). Some used standard costs, others actual costs. If there is a competitive open market for the products or services transferred internally, the best solution from a business economics point of view is to use the market price as a transfer price. The market price may be derived from published price lists for similar products and services, or it may be the price charged by a group entity to its (non-related) customers. The latter may be the basis for the transfer price in an earlier stage of production by subtracting costs and a reasonable profit in the last internal stage from the price (the resale price method).

Apart from the cost-based methods and transfer prices based on open market prices, another approach may be distinguished.

In various MNEs, group entities negotiate with each other like independent parties because they have their own profit responsibility. The transfer price resulting from such negotiations is equally acceptable from a business economics point of view. In 1990 12.7% of the U.S. companies with foreign activities still used this "negotiated transfer price method" (2).

Since the mid-nineties tax legislation has had a strong impact on commercial transfer pricing approaches. If the commercial system is in conflict with the pertinent tax rules, companies may either adopt the fiscally correct system or - if allowed - maintain two systems, one for commercial purposes, the other for tax purposes.

The above definition of transfer pricing is also valid for *tax purposes*. The term transfer pricing is, however, sometimes used, *incorrectly*, in a pejorative sense, to mean the shifting of taxable income from a company, belonging to an MNE, located in a high taxing jurisdiction to a company belonging to the same group in a low taxing jurisdiction through incorrect transfer prices in order to reduce the overall tax burden of the group.

Paragraph 3 of the Preface of the 1979 OECD Report on Transfer Pricing and Multinational Enterprises explained that the term "transfer pricing" is neutral: "the consideration of transfer pricing problems should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax

(2) R.Y.W. TANG, *Transfer Pricing in the 1990s: Tax and Management Perspectives*, Quorum Books, Westport, London, 1993.

avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes". The 1995 report of the OECD makes this even more clear by using the title "Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations".

Indeed, transfer pricing provides opportunities for MNEs to shift profits from a high taxing country to a country with a low corporate tax rate or with tax incentives for certain activities. One should, however, realize that tax planning is only one of a series of considerations which are relevant for MNEs. Many MNEs prefer to maintain a good relationship with the tax authorities of the countries where they are active. Certainty about the amount of tax to be paid is a top priority for large companies and they usually operate a well-documented, straightforward transfer pricing system, which is - as explained above - in the first place a requirement of sound business economics.

3. THE ARM'S LENGTH PRINCIPLE

Prices set for transactions between group entities should - for tax purposes - be derived from prices which would have been applied by unrelated parties in similar transactions under similar conditions in the open market.

This is the so-called "dealing at arm's length" principle, which is the internationally accepted standard for transfer pricing matters. Almost all countries have domestic tax provisions, either general or specific, that will allow tax authorities to adjust transfer prices which deviate from that principle.

The arm's length principle has two different origins:

(1) In several continental European countries the arm's length principle is the underlying basis for the adjustment of income of shareholders who have received extraordinary benefits from a company which have not officially been declared as dividends. Majority shareholders may be able to derive benefits as a result of their special position. The adjustment in such cases is made by deeming the benefits to be dividends, called constructive dividends or hidden profit distributions, which are not deductible for the company concerned. The focus originally was domestic. This concept is applied in Austria, Germany, Luxembourg, the Netherlands, Switzerland and other European countries.

(2) Specific transfer pricing provisions with an international focus were first introduced during World War I in the United Kingdom and the United States. These anti-tax avoidance provisions aimed at deterring

companies from shifting profits to associated companies overseas through under - or overpricing of cross - border transactions.

Both approaches are based on the concept of equal treatment or the neutrality principle: shareholders with a controlling interest in a company are placed in the same position as other shareholders and controlled taxpayers are placed on a parity with uncontrolled taxpayers through application of the arm's length principle which neutralises the advantage of the former (3).

In the actual implementation of the arm's length principle in domestic tax laws four categories can be distinguished:

(1) countries which have included an explicit or implicit reference to the arm's length principle, and to adjustments in case of deviations, in their tax laws, e.g. Australia refers to considerations less than arm's length considerations (Sec. 136 AD Income Tax Assessment Act); the United Kingdom mentions "the price which it might have been expected to fetch if the parties to the transaction had been independent persons dealing at arm's length principle, and to adjustments in case of deviations, in their tax laws, e.g. Australia refers to considerations less than arm's length considerations (Sec. 136 AD Income Tax Assessment Act); the United Kingdom mentions "the price which it might have been expected to fetch if the parties to the transactions had been independent persons dealing at arm's length" (Sec. 770 Income and Corporation Tax Act 1988 - formerly Sec. 485); Italy refers to "the normal value" [Art. 76, punto 5), testo unico delle Imposte sui redditi]; and Spain refers to "normal market value" [Art. 16, Ley del Impuesto sobre Sociedades].

(2) Countries which permit prices to be adjusted in case of associated enterprises, without reference to the arm's length principle, e.g. France (Art. 57 General Tax Code "transferred income") and the United States (Sec. 482: the Secretary "may distribute apportion or allocate gross income, deductions or credits, or allowances between or among such organizations, trades or businesses).

(3) Brazil is a special case having specific rules for the deductibility of the cost of imported goods (and rights) and the recognition of revenue arising from exports (Arts. 18-24, Law 9.430 of 27 December 1996).

(4) Countries with a broad statutory basis, which has been developed for transfer pricing purposes in case law, e.g. Germany (apart from Sec. 1 Foreign Relations Tax Act): excessive payments to, or understated receipts from, shareholders constitute a constructive

(3) See HUBERT HAMAEEKERS, *The Arm's Length Principle and the Role of Comparables*, "Bulletin for International Fiscal Documentation", 1992, at 603.

dividend which is not deductible [Sec. 8, punto 3)], Corporate Tax Act); and, similarly, the Netherlands and Switzerland (4).

4. THE TAX TREATY ASPECT

The arm's length principle was implicitly included in treaties concluded by France, the United Kingdom and the United States as early as the twenties and thirties of this century.

In a multilateral context the arm's length principle was formulated for the first time in Art. 3 of the League of Nations draft Convention on the Allocation of Profits and Property of International Enterprises in 1933, but the term "dealing at arm's length" was used only in the context of the relationship between permanent establishment and head office (separate entity approach). Art 5 of the draft, dealing with associated enterprises, referred to "conditions different from those which would have been made by independent enterprises". The latter formula was included in Art. VII in the MEXico Draft of 1943 and in the London Draft of 1946. The articles are substantially similar to Art. 9 of the 1963 OECD Draft Convention and Art. 9, paragraph 1 of the present OECD and U.N. model tax treaties. Arts. 9 of the OECD and U.N. Models are identical. The explicit use of the term "dealing at arm's length" did not return in drafts and models after 1933.

12

Art. 9 confirms in a treaty situation the (domestic) right of a contracting state to adjust the profits of an enterprise located on its territory, which is managed, held or controlled directly or indirectly by an enterprise of the other contracting state if the conditions in their relationship differ from the conditions which would have been stipulated between independent enterprises.

Double tax treaties and the OECD and U.N. Model tax treaties use the term "associated enterprises" to cover relationships between enterprises which are sufficiently intimate to allow transfer pricing rules to be applicable. The definition covers the following situations:

(1) enterprise A of Contracting State A, participating in the management, control or capital of enterprise B of Contracting State B, either directly or indirectly;

(2) the same person(s) participate in the management, control or capital of both enterprise A and B, either directly or indirectly.

Formally speaking, a PE is not covered by Art. 9 as it is only a part of an enterprise. The relationship of a PE with its head office is covered

(4) For detailed analyses and texts of legislation and regulations of 32 countries see: "The Tax Treatment of Transfer Pricing", loose leaf, 6 volumes, IBFD Amsterdam.

by Art. 7 of the OECD Model, the separate entity approach. Apart from the exceptions to the separate entity approach, virtually all aspects of transfer pricing, including methods to determine transfer prices, are applicable to PEs as well.

The broad coverage of Art. 9, paragraph 1 is in agreement with the domestic laws of many countries, including the United Kingdom, the United States and Germany. Australia has an extremely broad concept since any international transaction including the acquisition or sale of property or rendering of services is particularly covered by the wording "any connection between the parties to the agreement".

Brazil even includes (independent) exclusive agents and (independent) partners in a consortium in the definition of related party.

In the Netherlands and Switzerland, in principle, only direct and indirect shareholding relationships with a determinant influence on the commercial behaviour of the company are covered.

Broad transfer pricing provisions are based on the anti-avoidance approach. They give power to tax authorities to adjust in cases where a special relationship seems to have influenced the prices applied. A narrow scope for adjustment such as in the Netherlands and Switzerland stems from the constructive dividend approach.

The bottom line should be, though not clearly indicated in the majority of the laws, that - if the interests of the parties concerned are clearly diverging - no transfer pricing adjustment should be made.

As of 1977, Art. 9 of the OECD Model has been supplemented by a second paragraph which allows for a corresponding (downward) adjustment of the profit of the related entity in the other State. The corresponding adjustment avoids economic double taxation or - in the relationship between head office and PE - juridical double taxation. According to the Commentary to Art. 9, paragraph 2, a corresponding adjustment is only mandatory if state B agrees to the method applied and the amount of the original adjustment made in state A. A general consensus on arm's length transfer pricing methods within the OECD is therefore very important. Cases of disagreement may be resolved through the mutual agreement procedure, although it may take many years before a conclusion is reached. The EC Arbitration Convention provides a more specific solution for transfer pricing disputes between tax authorities.

1

5. THE 1979 AND 1984 OECD REPORTS ON TRANSFER PRICING

Before 1979, administrative guidance on the application of legal provisions relating to transfer pricing was scarcely available. In 1968, the U.S. Treasury issued elaborate regulations for specific types of

intercompany transaction. These regulations had a great influence on the discussions in the OECD on transfer pricing in the seventies.

Because of the increase in the number of MNEs and the increase of transactions within MNEs since the sixties, the Member States of the OECD considered it necessary to produce guidelines for their respective tax administrations on how to deal with transfer pricing. It was also considered useful to elaborate on Art. 9 of the Model Treaty and its Commentary. Since one of the two main goals was the avoidance of double taxation, the multilateral framework of the OECD was chosen for developing a consensus on the matter of transfer pricing.

Working Party No. 6, which is a subgroup of the Committee on Fiscal Affairs of the OECD, produced an authoritative report by the end of the seventies. The 1979 OECD Report "Transfer Pricing and Multinational Enterprises" was not intended to establish a detailed standard of transfer pricing, but rather to set out the problems and the considerations to be taken into account and to describe which methods and practices were acceptable from a tax point of view in determining transfer price.

In 1984, the OECD published a second report comprising three topics: the mutual agreement procedure, transfer pricing in the banking sector, and the allocation of central costs. The latter report was a particularly useful elaboration of the 1979 report.

In brief, the 1979 OECD Report contains the following important considerations and principles:

- the arm's length principle is the appropriate approach to adopt in arriving at profits of related entities for tax purposes;
- the consideration of transfer pricing problems should not be confused with the consideration of problems of tax fraud or tax avoidance, even though transfer pricing policies may be used for such purposes;
- the dual purpose of the report is to enable the interests of the national tax authorities involved to be protected, and to enable double taxation of the enterprises involved to be prevented;
- the ideal method is the comparable uncontrolled price (CUP);
- if no useful evidence for CUPs is available, cost plus or resale methods (see page 16) are acceptable from an arm's length point of view;
- other methods are not excluded, but with respect to these other methods the Report is vague and negative: the profit-split method is necessarily arbitrary; profit comparison is only an indication for further investigation; the return on capital invested presents difficulties; net yield expectations are too imprecise. Such methods may be used as a double check (profit comparison) or as a solution in bilateral negotiations among countries (profit-split);

- global methods and formulary methods for allocating profits to affiliates are not endorsed, as they are incompatible with Arts. 7 and 9 of the Model; they are arbitrary, disregard market conditions, ignore the management's own allocation of resources, do not bear a sound relationship to the economic facts, and carry the risk of double taxation (5);

- it is always useful to begin with a functional analysis (actual functions, responsibilities, risks, etc.);

- the approach of the Report is to recognize the actual transaction, not to substitute another transaction for it (if required); the price for the actual transaction should be adjusted to an arm's length price; and

- transfer pricing policies of MNEs may in fact be market-oriented and, where the different entities within such groups have their own profit responsibility, they may be free to contract either with an associated enterprise or with a third party with the result that there is a degree of bargaining within the group which produces a price effectively indistinguishable from an arm's length price.

The 1979 Report further discusses transfer pricing of goods (Chapter II), technology and trademarks (Chapter III), services (Chapter IV) and loans (Chapter V) in some detail.

The 1984 Report on the allocation of central management and service costs refers to the following issues:

- a definition of shareholders' costs; these are costs which may not be allocated to subsidiaries;

- a description of direct and indirect methods of cost allocation, in particular cost-sharing methods; and

- guidance on the inclusion of a profit mark-up when cost-oriented methods are used.

1:

6. IMPACT OF THE OECD REPORTS

The 1979 Report has been included in a recommendation of the OECD Council of Ministers to the Governments of the Member Countries that their tax administrations take into account the considerations and methods set out in the Report.

Although the recommendation has no immediate legal force, the fact that all Ministries of Finance of the OECD Member States have adopted

(5) Global formulary apportionment methods allocate the total profits of a group to the various jurisdictions where the group carries out business activities. The allocation is based on a formula usually consisting of the factors turnover, payroll and value of assets. See Sec. 12.

the 1979 Report without reservations gives it a high level of authority. There is a more than moral obligation for tax authorities not to deviate from the Report in their domestic administrative regulations. In several countries judges look upon the report as binding on the tax administration concerned unless pertinent legislation deviates from it.

It should be noted that in almost all OECD countries regulations, circular letters and other publications of the respective tax administrations are regarded as containing the interpretation of the law by the tax administration, which does not have force of law, but which is binding on the tax administration itself. In the United States, however, transfer pricing regulations have almost the same effect as statutory provisions because of the authority of the Internal revenue Service (IRS) to make adjustments on the basis of Sec. 482 IRC and the burden of proof resting on the taxpayer to demonstrate that the adjustment was incorrect.

Although administrative regulations based on the OECD report have no force of law they have provided guidance to MNEs as to which pricing methods tax administrations deem to be acceptable.

The adoption of the OECD Report was followed by the publication of regulations and circular letters of Ministries of Finance or tax administrations of several Member States.

16

To give some examples: in Austria the translated version of the Report was issued as transfer pricing regulations; in Italy two Notices (no. 32 of 22 September 1980 and no. 42 of 12 December 1981) based on the Report were issued (which are still in force).

For around a decade the OECD reports have indeed resulted in a common approach to transfer pricing principles and methods among the tax administrations of industrialised countries. Without such a common approach it is extremely difficult to reach an agreement under mutual agreement procedures on transfer pricing matters. The unfortunate result may be double taxation.

The amendment to the basic transfer pricing provision of the United States, Sec. 482 IRC, in 1986, the publication of the White Paper by the U.S. Treasury and the IRS in 1988 and of draft, temporary and final regulations issued from 1992 to 1995, disrupted this consensus.

7. DEVELOPMENTS IN THE UNITED STATES

Until 1986

Sec. 482 IRC was enacted in 1928 as Sec. 45. Until 1986, it remained substantially unchanged. It gives authority to the Secretary of the

Treasury - in the case of two or more organizations owned or controlled by the same interests - to distribute, apportion or allocate gross income, deductions, credit or allowances between or among these organizations if he determines that such a distribution, etc. is necessary to prevent tax evasion or to clearly reflect the income of such organizations. This language is very broad and grants the IRS far-reaching powers to make adjustments.

Detailed regulations were adopted in 1968. To tangible property the regulations apply a rigid hierarchy of methods: comparable uncontrolled price, resale price, cost plus and other methods. For intangibles the comparable transaction method had to be used; if a comparable transaction was not found, 12 factors were to be applied to determine the arm's length price, starting with "prevailing rates in the industry".

Commensurate with income

From the early eighties concern in the IRS the Treasury and Congress increased about tax planning involving the transfer of intangibles (technology) developed in the United States to subsidiaries of U.S. companies in tax havens. The *Tax Reform Act of 1986* added a sentence to Sec. 482 IRC dealing with intangibles. In the case of the transfer or licensing of intangible property, the income of the transferor or licensor had to be "commensurate with the income attributable to the intangible". This so-called super-royalty provision looks to the future *actual* profit to determine the price of the transaction at the date of the contract. It means that a price may be adjusted for tax purposes if the profit of the transferee is higher than expected at the time of the transaction.

Critics of the new provisions commented that the use of hindsight was in conflict with OECD principles since prices are normally not recalculated between unrelated parties if the deal is more profitable than expected for one of the parties.

White Paper

In 1988, the IRS and the U.S. Treasury produced a discussion paper on how to implement the new "commensurate with income" rule. The "White Paper" presented four methods: two based on comparable uncontrolled prices, two based on profits.

Exact CUPs were put forward as the primary method but it was admitted that they are very rare in practice. The second price-based method, inexact comparables, whereby the differences from the

transaction between the related parties had to be accounted for and quantified via adjustments, was not given a clear priority over the two profit-based methods.

The Basic Arm's Length Return Method (BALRM or "ballroom method"), developed in the White Paper, was a novelty in transfer pricing. It tried to identify an appropriate return for an intangible by applying industry-wide return rates to the assets and functions performed by the parties to the actual transactions. The fourth method was a profit-split method.

The ideas put forward in the White Paper met with severe criticism. In the first place, the ballroom method was considered to be in conflict with the arm's length principle. Independent parties would not use such a method in practice to arrive at a price. In the second place, the method would be difficult to apply without information on returns on assets and functions. Ballroom would also be unfair to corporations with return rates that vary considerably from the industry average. Another comment was that in many cases it is not possible to define exactly the part of the business or the product the profit of which must be compared. Other Member countries of the OECD feared that the method would allocate more profit to U.S. - based companies than is reasonable.

Proposed Regulations 1992

In January 1992, the IRS and the U.S. Treasury proposed Sec. 482 IRC regulations partly replacing the 1968 Regulations. The purpose was to implement the "commensurate with income" clause of Sec. 482 IRC and to improve the litigating position of the IRS.

The proposed regulations contain two price-based methods and one profit-based method for intangibles. The matching transaction method (MTM) is the same as the exact comparable method of the White Paper. The comparable adjustable transaction (CATM) is more or less the same as the inexact comparables method of the White Paper. The result of the application of this method should, however, fall within a comparable profit interval (CPI).

Data to establish the CPI are derived from similar companies, or, if not available, from statistical data from the sector.

The fixed priority of methods provided by the 1968 regulations was relaxed.

OECD Task Force

The proposed regulations were strongly criticized. The OECD formed a special Task Force to study the 1992 regulations. The United States

served as an observer of the Task Force. In January 1993, the Task Force published its conclusions. The main comments were on the use of hindsight when applying the commensurate with income rule. The arm's length standard is abandoned because under this standard a transfer price depends on the evaluation of the facts and circumstances at the time the transaction takes place. Only events which may be reasonably known and foreseen by the parties may be taken into account. The OECD Task Force was also concerned about the CPI. Profit comparison may only be used as a method of last resort or as a check of the results of other methods.

Temporary Regulations 1993

The 1993 Temporary Regulations, issued in January 1993, are much broader than the 1992 Proposed Regulations as they not only deal with intangibles but also contain revised regulations on transfers of tangible property. For transfers of tangible property five principal methods were given: CUP, resale price, cost plus, comparable profit method (CPM) and profit split.

The so-called "best method" rule is introduced; this means that the arm's length result of a controlled transaction must be determined by the method that provides the most accurate measure of an arm's length result under the facts and circumstances of the transaction.

For intangibles the comparable uncontrolled transaction method (CUT) is introduced, which combines the MTM and CATM of the 1992 proposed regulations. The 1993 regulations are less rigid on comparability than the 1992 regulations. The uncontrolled transactions must be sufficiently similar to provide a reasonable and reliable benchmark for determining whether the controlled transaction led to an arm's length result.

If CUT cannot be applied because no adequate data are available, the CPM may be used, which is derived from the CPI method of 1992. Other methods, e.g. the profit-split method, may be used, provided that the taxpayer prepares documentation explaining why this other method provides the most accurate measure of an arm's length result.

OECD Task Force again

In December 1993, the OECD Task Force released a report on the 1993 Temporary and Proposed Regulations. The Task Force was still concerned that CPM could become the predominant method used by the IRS, although the Task Force was satisfied with the elimination of CPM as a mandatory check for all methods and with the introduction of the best method rule.

8. FINAL U.S. REGULATIONS 1994

On 1 January 1994, the IRS released final regulations under Sec. 482 IRC, which are effective for tax years beginning after 6 October 1994. According to the Preamble, they clarify and refine provisions of the 1993 regulations where necessary, without fundamentally altering the basic policies reflected in the 1993 regulations.

Under the arm's length standard, taxpayers are expected to realize from their controlled transactions the results that would have been realized if uncontrolled taxpayers had engaged in the same transactions under the same circumstances. The provision, however, recognizes that identical transactions between unrelated taxpayers are usually rare. It will be appropriate to consider comparable rather than identical transactions.

Best method rule

Under this rule, the method must be chosen which, given the facts and circumstances, provides the "most reliable measure" of an arm's length result. In selecting a method two important factors must be considered: comparability and the quality of data and assumptions. Methods relying on uncontrolled transactions with the highest degree of comparability are to be preferred.

In theory, it is possible to determine an arm's length result without checking results of other methods. If, however, the IRS would consider another method producing different results the best, the taxpayer has the burden of proof to demonstrate that the adjustment was wrong. Upon failure to show this, penalties may apply.

Comparability analysis

Comparability is discussed in great detail in the regulations.

Transactions need not be identical, but sufficiently similar to be used for comparison. If there are material differences, adjustments must be made to account for the differences.

In addition to the quality of the product or service itself, five factors are provided which generally affect comparability: functions, contractual terms, risks, economic conditions and property or services.

Comparison of the product itself is important for the CUP method. Comparison of functions is particularly important when applying the resale price and cost plus methods. Comparison of operating profits - via the profit level indicator - is essential for the CPM (see pag. 16).

Arm's length range

An "arm's length range" may be identified if more than one reliable arm's length result becomes available. The arm's length range may be derived from applying a single method, selected under the best method rule, but also from different methods if this is appropriate under the best method rule. The IRS is not allowed to make adjustments if the results of a controlled taxpayer fall within the arm's length range.

An arm's length range is derived from uncontrolled transactions of similar comparability and reliability. Equal degrees of comparability may be achieved by making appropriate adjustments for all material differences; further, it should be likely that no unidentified material differences exist. All uncontrolled comparables of such quality must be included in the arm's length range.

If these conditions are not met, the arm's length range is derived from the results of all comparables that achieve a similar level of comparability and reliability. If possible the reliability of the analysis must be enhanced by applying statistical data to produce the "interquartile range". This is the band of results between the 25th to 75th percentile of the results derived from the uncontrolled comparables.

Transfers of tangible property

The regulations specify five possible methods for the transfer of tangible property. All methods must be applied in accordance with the best method rule, the comparability analysis and the arm's length range.

(1) The comparable uncontrolled price method (CUP)

Under the CUP method, an arm's length price for the sale of tangible property to another group member is equal to the price charged in a comparable uncontrolled transaction. The best method rule must be employed to determine whether the results of applying the CUP method produce the most reliable measure of an arm's length result. The degree of comparability must be determined on the basis of the provisions on comparability.

The CUP method generally provides the most reliable measure of an arm's length result if there are no differences or only minor differences, which can be adjusted for, between the controlled and uncontrolled transaction.

Adjustments may be necessary to arrive at a CUP, but material product differences for which reliable adjustments cannot be made, make

the CUP method inappropriate (i.e. a CUP is not a CUP when the products compared differ considerably).

Adjustments for differences may be relevant for the following aspects:

- quality of the product;
- contractual terms;
- level of the market (wholesale, retail etc.);
- geographical market;
- date of the transaction;
- intangibles involved;
- foreign currency risk; and
- alternatives available to buyer and seller.

In certain business sectors data from public exchanges or quotation media may provide evidence for a CUP. Adjustments may be necessary to reflect differences as indicated above.

(2) Resale price method (RPM)

The RPM determines an arm's length price by subtracting the appropriate gross profit, derived from comparable uncontrolled transactions, from an actual price (the "resale" price) charged by a group member (the "reseller") to a non-related party. The gross profit represents the value of the functions performed by the reseller including an operating profit for capital investment and risks assumed.

The general rules regarding the best method, comparability and arm's length range are applicable. When applying the RPM, however, similarity of products is less important than under the CUP method. Similarity of functions, the risks borne and the contractual terms are particularly relevant under the RPM.

Examples of factors relevant in determining comparables are:

- inventory levels, turnover rates, price protection offered by manufacturers;
- contractual terms (warranties, volume of sales / purchases, credit and transport terms);
- sales, marketing, advertising and other services;
- level of the market (wholesale, retail, etc.); and
- foreign currency risk.

The commission earned by a sales agent may be used as a comparable gross profit margin if the controlled taxpayer's functions, terms and risks are comparable.

The RPM is ordinarily used in cases where the reseller has not added substantial value to the products involved.

Activities of the reseller are usually limited to packaging or minor assembly where valuable intangibles are not involved.

Example

Controlled company A sells goods to controlled company B which resells the goods to unrelated parties. The resale price is \$ 100. The gross profit margin in comparable uncontrolled transactions is 20%. The arm's length price for the sale between A and B is \$ 100 minus $(20\% \times \$ 100)$ = \$ 80.

(3) Cost plus method

The cost plus method measures an arm's length price by adding the appropriate gross profit ("gross profit mark-up") to the controlled taxpayer's costs of producing the property involved. The appropriate gross profit is determined by reference to gross profit mark-ups realized in uncontrolled transactions. The general provisions on best method rule, comparability and arm's length range, are applicable.

The gross profit represents the value of the production functions performed including an operating profit for the capital involved and for the risks assumed.

Comparability under the cost plus method is particularly dependent on similarity of functions performed, risks borne and contractual terms, but less on similarity of products.

Examples of factors relevant for comparison are:

- complexity of manufacturing or assembly;
- engineering of production and process;
- procurement, purchasing and inventory control;
- testing;
- selling, general and administrative expenses;
- foreign currency risk; and
- contractual terms (warranties, volume of sales/purchases, credit and transport terms).

Commissions earned by purchasing agents may be used as appropriate gross profits mark-ups if the controlled taxpayer's functions, terms and risks are comparable.

(4) Comparable profit method (CPM)

The three methods discussed above are transaction-based methods. For the transfer of tangible property two profit-based methods, the CPM and the profit-split method, may be used as well.

CPM may be used both for tangible and intangible property. The point of comparison is not a comparable uncontrolled price or transaction, but the level of profitability of uncontrolled taxpayers engaged in similar business transactions under similar circumstances ("profit level indicator").

The CPM is based on the operating profit that the tested party would have earned on intra-group transactions if its profit level indicator were equal to that of an uncontrolled comparable operating profit. The profit level indicator must be applied to the tested party's most narrowly identifiable business activity covering the controlled transaction.

Profit level indicators are ratios that measure relationships between profits and costs incurred or resources employed, usually covering the taxable year under review and the two preceding tax years, e.g. the rate of return on capital employed (the ratio of operating profit to operating assets), the ratio of operating profit to sales, or the ratio of gross profit to operating expenses.

Whether the results of the CPM constitute a reliable arm's length result must be determined under the best method rule. The general provisions on comparability are also applicable. In particular, resources employed and risks assumed are relevant for comparison. Product similarity is less important. Adjustments for differences between the tested party and uncontrolled taxpayers which materially affect profits should be made, e.g. to the value of the assets employed.

(5) Profit-split method

Profit split may be applied to both tangible property and intangibles. This method evaluates whether the allocation of the combined operating profit or loss attributable to one or more controlled transactions is arm's length. Point of reference is the relative value of the contributions of the controlled taxpayers to that profit or loss. The combined operating profit or loss must be derived from the most narrowly identifiable business activity covering the controlled transaction.

The relative value of the contributions of each controlled taxpayer must be determined reflecting the functions performed, risks assumed and resources employed. This is intended to correspond to the division of profit or loss as a result of an arrangement between uncontrolled parties.

There are two profit-split methods: the comparable profit split and the residual profit split.

(6) Unspecified methods

Any other method used to evaluate whether the amount charged in a controlled transaction is at arm's length must be applied in accordance

with the general provisions of the regulations, including the best method rule, comparability analysis and the arm's length range.

Transfer of intangible property

Three specific methods are given for determining the arm's length amount charged in a controlled transfer of intangible property: CUT which is to a great extent similar to the CUP method, the CPM and the profit-split method. The fourth category is "unspecified methods". All methods are governed by the general principles of the regulations, including the best method rule, the comparability analysis and the arm's length range.

The commensurate with income clause of Sec. 482 IRC is implemented by requiring periodic adjustments of the consideration for intangible property in the case of arrangements covering more than one year. The IRS may not require periodic adjustments to be made in certain situations, e.g. if the same intangible was also transferred to an uncontrolled taxpayer under substantially the same circumstances, or if the profit of the transferee in the relevant years is not less than 80% or not more than 120% of the foreseeable profits at the time of entering into the agreement.

2

Cost sharing (relating to intangibles)

Cost-sharing agreements are agreements made by members of MNEs, and occasionally by independent parties, to share the costs and benefits of R&D in proportion to the reasonably expected benefits from the individual exploitation of the developed intangibles. Cost sharing is an alternative to paying licence fees.

New, very detailed, cost-sharing regulations have been incorporated in the main body of transfer pricing regulations in December 1995, becoming effective on 1 January 1996.

U.S. rules on documentation and penalties

The penalties applicable in case of profit allocation by the IRS are set out in the Penalty Regulations of 9 February 1996. If an arm's length price determined by the IRS for goods or services received by a controlled taxpayer is at least 200% higher or - in case of property transferred or services rendered by a controlled taxpayer 50% lower - than the transfer price set by the controlled parties, the IRS may impose a penalty of 20% of the additional tax levied ("substantial misstatement").

A 40% penalty is imposed if prices differ 400% or 75%, respectively ("gross misstatement"). Not charging for services to foreign related entities always results in a 40% penalty.

A 20% penalty (of the portion of underpayment of tax) will be due if the total amount of the allocations in a tax year is over \$ 5 million or 10% of the gross receipts; a 40% penalty will be due if the allocations in a tax year amount to over \$ 20 million or 20% of the gross receipts.

The penalty is excused if the taxpayer, based on the data that was reasonably available to it, reasonably concluded that its analysis was the most reliable and satisfied the documentation requirement of the regulations. In such a case, the taxpayer may be subject to an adjustment if the IRS later employs a different analysis or uses different data leading to a different result, but an adjustment does not necessarily trigger the imposition of the penalty.

To avoid penalties taxpayers must be able to explain - on the basis of contemporaneous documentation - how they selected their pricing method (best method rule) and the reasons for not using the other possible methods.

The IRS and the Treasury take the standpoint that a comparison of methods is inherent in the best method rule. In order to be judged the "best" method, the method must be compared to other methods. The regulations state that "a method may be applied in a particular case only if the comparability, quality of data, and reliability of assumptions under that method make it more reliable than any other available measure of the arm's length result".

One of the factors taken into account in determining whether a taxpayer reasonably selected and applied a specified method is whether the taxpayer made a reasonable search for data. In determining whether a search for data was reasonably thorough, the expense of acquiring additional data may be weighed against the dollar amount of the transactions.

9. THE NEW OECD GUIDELINES

Introduction

Since 1992 a Task Force of Working Party No. 6 of the Committee on Fiscal Affairs (CFA) has worked on an update and consolidation of the 1979 and 1984 Reports on Transfer Pricing. An update was necessary to reflect developments in international trade, e.g. global trading, and technological developments. The new Guidelines also try to bridge the

differences which have arisen between the United States and other OECD countries since the publication of the U.S. White Paper in 1988. A worldwide standard on this matter is important in particular to avoid double taxation.

The Guidelines have been presented as discussion drafts first.

The final Guidelines are being released in instalments starting with Chapter I to V in July 1995 covering the Arm's Length Principle (Chapter I), Traditional Methods (II), Other Methods (III), Administrative Approaches (IV) and Documentation (V). The second batch was released in March 1996, covering Intangible Property (VI) and Services (VII). A chapter on Cost Contribution methods (VIII) was published in October 1997.

The Preface to the new Guidelines emphasizes that the OECD will continue to endorse the separate entity approach and the arm's length principle as guiding principles. The Guidelines are intended to indicate ways for tax administrations and MNEs to find mutually acceptable solutions, thereby minimizing conflict among tax administrations and between tax administrations and MNEs. Tax administrations are encouraged to take the taxpayer's commercial judgement with respect to transfer prices into account in case of tax audits.

The Guidelines are also intended to be used in mutual agreement procedures and arbitration proceedings between OECD Member States. Paragraph 2 of Art. 9 of the OECD Model Tax Convention requires making a corresponding adjustment, in order to avoid economic double taxation, only if the country in question, State B, agrees with the primary adjustment made by the tax administration of State A. The Preface states that State A must prove that the primary adjustment is applied correctly both in principle and as regards the amount.

2

The arm's length principle

Chapter I deals with the arm's length principle. Important considerations from the 1979 Report are restated. Tax administrations should not automatically assume that associated enterprises manipulate their profits. Determining transfer prices is - according to the Guidelines - very difficult because in many cases it is not possible to make a comparison with an open-market situation.

Furthermore, Chapter I states that arm's length adjustments must be applied, irrespective of any contractual obligation of the parties and of any intention of the parties to avoid tax. This is the same as in the U.S. regulations. In deciding transfer prices, the aim is not primarily to determine tax fraud or tax avoidance, although transfer prices can be used for such purposes.

If transfer prices are not determined in accordance with the arm's length principle, the tax liabilities of associated enterprises and the tax revenues of the countries concerned will be distorted. Nevertheless, factors other than tax considerations can lead to distortions, e.g. conflicting legislation relating to customs valuation, anti-dumping, exchange and price controls. Furthermore, distortions may be caused by cash-flow requirements within an MNE, or - in the case of MNEs quoted on the stock exchange - by the pressure from shareholders to show high profits at the parent company level.

An important issue of the 1979 Report is discussed in more detail. Associated enterprises within a multinational group normally have a considerable amount of autonomy and often negotiate with each other as if they were independent parties, with the possibility of buying and selling in the open market if conditions are more favourable there. Managers of such group enterprises have an interest in establishing good profit records; prices which would reduce profits are counter to that interest. Also, from the point of view of good management, MNEs can be motivated to use arm's length prices to be able to judge the actual performance of their profit centres.

The conclusion should be drawn, in my opinion, that, if evidence is given of bargaining as independent parties, the result of the bargaining should be accepted as an arm's length price ("negotiated transfer price method"). The Guidelines, however, conclude this paragraph with the open-ended remark that evidence of hard negotiation is insufficient to establish that the dealings were at arm's length. It is unfortunate that the Committee on Fiscal Affairs did not follow the recommendation of the International Fiscal Association of 14 October 1992 to investigate the circumstances under which the result of "hard bargaining" can be considered to be an arm's length result (6).

In the 1995 Guidelines, the OECD gives a fundamental basis to the arm's length principle: the equal treatment of MNEs and independent enterprises. One could, however, ask whether the balance has not swung into the other direction. In particular, the U.S. documentation and penalty regulations put a high burden on group members dealing with each other, compared with non-associated parties.

The singularity of certain transactions within MNEs is not connected with tax considerations but with commercial circumstances that are different from those found in independent enterprises. An independent enterprise, for instance, is normally not willing to sell intangible assets for a fixed price if the profit potential of the intangibles cannot be adequately

(6) See Hubert Hamaekers, *supra*, note 3.

estimated and there is another way of making the intangibles profitable. The Guidelines do not provide a solution for this, but only state that in such cases it is very difficult to determine an arm's length price.

This non-conclusive paragraph seems to be a compromise between the U.S. approach to the transfer (sale) of intangibles whereby, in some cases, the price must be adjusted periodically, adjusting the transfer price on the basis of more recent knowledge, and the approach of other countries which excludes the use of hindsight.

Chapter I contains an important remark which seems to be aimed at the rather mathematical U.S. approach ("interquartile range", etc.): "transfer pricing is not an exact science but does require the exercise of judgement on the part of both the tax administration and taxpayer".

The global formulary apportionment approach - also referred to as unitary taxation - is rejected as a possible theoretical and practical alternative to the arm's length standard.

Comparability

With respect to comparability, the Guidelines follow the structure of the U.S. regulations which contain an extensive treatment of comparability that is applicable to all methods.

The Guidelines state that for comparability it is necessary that:

- there is no difference between the intra-group transaction and an open-market transaction which could materially affect the price (or margin); or
- reasonably accurate adjustments can be made in order to eliminate such differences.

Comparison of prices and of conditions as well as evaluation of the differences is, according to the Guidelines, an essential aspect of deciding on a potential transaction by non-related enterprises. Therefore, tax administrations should also take these differences into account when establishing comparability.

The CUP method compares an intra-group transaction to a similar transaction entered into by non-related enterprises. This method is less reliable if not all the characteristics that significantly affect the price are comparable. The resale price and cost plus methods compare the gross profit margins to establish the arm's length price.

Other methods are based on the comparison of profits which could have been derived if the transacting parties had dealt solely with independent enterprises.

In all cases, adjustments must be made to account for differences that would significantly affect the price charged or the return required.

The Guidelines list similar aspects to establish the degree of actual comparability as the U.S. Regulations (see above).

Arm's length range

Using the U.S. regulations as an example, the Guidelines include a passage on the arm's length range that was not included in the 1979 Report. It is stated that, in many cases, the application of the most appropriate method or methods produces a range of results all of which are equally reliable. The differences in the range of results are caused by the fact that in general only an approximation of the conditions between non-related enterprises is possible, or by the fact that the prices used by such enterprises are not exactly the same.

If the price or the margin is within the arm's length range, no adjustment should be made by the tax administration. If the price or the margin falls outside the range, the taxpayer should have the opportunity to present additional evidence. If the taxpayer fails to do so, the tax administration should find the point within the range that best reflects the situation of the particular transaction. The adjustment will be based on that.

30

The U.S. Regulations are more complicated and less flexible than the Guidelines in this respect.

The use of transfer pricing methods

Important considerations on the use of methods are the following:

- no one method is suitable in every possible situation and it is not possible to provide specific rules that will cover every case;
- the tax administration should refrain from making minor adjustments (but "minor" is a relative concept!);
- application of more than one method is not required; making it obligatory to perform analyses under more than one method would create a significant burden for taxpayers;
- evidence from other group enterprises engaged in controlled transactions may be useful in understanding the transaction under review; and
- any method which is agreeable to the members of the multinational group and the tax administrations in the jurisdictions of all those countries can be accepted.

The third consideration above constitutes the biggest difference in practice compared with the U.S. Regulations. According to the "best

method rule”, the method should be used which, under the facts and circumstances of the case, produces the “most reliable measure” of an arm’s length result. The U.S. Regulations do not explicitly prescribe trying more than one method: “it may be relevant to consider whether the results of an analysis are consistent with the results of an analysis under another method”. However, when the IRS applies a different method with a deviating result, the taxpayer can escape a penalty only if he can certify with contemporaneous documentation that he has tried the other method as well and if he can justify his choice.

Transfer pricing methods

(1) The comparable uncontrolled price method (CUP)

Chapter II of the Guidelines describes the three classic transfer pricing methods: the CUP, the RPM and the cost plus method.

The CUP method compares the price charged for property or services in a controlled transaction to the price agreed in a comparable transaction between non-related enterprises in comparable circumstances. Differences between the two prices may indicate that the first price is not at arm’s length and that it has to be replaced by the second price. The Guidelines state that, where it is possible to locate a comparable uncontrolled transaction, the CUP method is the most direct and reliable way to apply the arm’s length principle. The CUP method is preferable over all other methods in such cases.

The Guidelines, however, do not give a formal order of ranking. They do not answer the question whether tax administrations are allowed to make adjustments on the basis of the CUP method in cases where the RPM or cost plus method are applied correctly and consistently. The Guidelines stipulate elsewhere that, if the difference in the outcome is only minor, the tax administration should not make the adjustment. In the United States, an adjustment is possible because of the authority of the IRS. In some other countries, a formal priority for the CUP method applies. In Germany, it could be said that a good businessman should have used the better price asked or offered by an independent third party. A reasonable solution would be for tax administrations to accept the past if the method applied was acceptable in principle, but to insist on using CUPs, if available, in the future.

(2) Resale price method (RPM)

The RPM of the Guidelines is similar to the U.S. Regulations (see page 15).

3

Aspects of comparability are dealt with extensively by the Guidelines. Like the U.S. Regulations, the Guidelines stipulate that in applying this method differences in products are less significant for comparison than differences in functions performed, assets used, risks assumed and economic circumstances. The RPM may even be more reliable than the CUP method if all aspects except the product itself are comparable in all characteristics.

The resale price margin can normally easily be determined where reseller B does not add substantially to the value of the product purchased from A. Where the product, purchased from A, is further processed or incorporated into another product or where B contributes substantially to the creation or maintenance of intangible property associated with the product, e.g. a trade mark, the resale price method is difficult to use.

(3) The cost plus method.

The cost plus method of the Guidelines is similar to the U.S. Regulations.

This method is useful in the case of the sale of semi-finished products, of joint-facility agreements, long-term buy-and-supply contracts or the provision of services within the multinational group. The mark-up can be derived from the profit mark-up that the same supplier earns in comparable transactions with non-related parties. In addition, the profit earned by an independent enterprise in a comparable transactions may serve as a guide. Like the RPM, the aspects of comparability are more extensively examined than in the 1979 Report. In addition, the nature of the costs to be taken into consideration is examined in great detail.

(4) Other methods

The Guidelines consider the three "traditional transaction methods" mentioned above to be the most preferable transfer pricing methods. In exceptional cases, where sufficient reliable data is lacking and therefore these methods cannot be applied, other methods may be used.

The Guidelines distinguish two "other" methods which are based on the profits that arise from transactions between related enterprises: the profit-split method and the transactional net margin method (TNMM). In exceptional cases where the necessary safeguards are observed, a transactional profit method can be applied. In no case, according to the Guidelines, are such methods to be used to impose additional tax on enterprises which make lower profits than average (and vice versa).

The CFA of the OECD will monitor the application of these methods in practice.

(5) Profit-split method

This method may be applied where transactions are very interrelated. First, the profit to be split must be identified. Then the profit is split between the related enterprises on an economically valid basis that approximates a division of profits in an arm's length situation.

The combined profit may be the total profit from the transactions or a residual profit which remains after the division of profits that can be easily divided between the parties. The division should take place on the basis of a functional analysis, which comprises assets used and risks assumed. If available, external data of profit-split percentages between independent enterprises with comparable functions can also play a part, especially in assessing the value of the contributions of the related enterprises.

The Guidelines state that this method is useful in the absence of comparables. One of the advantages of this method is that both parties to a transaction receive a reasonable remuneration for the functions performed because the contributions of both are evaluated. A weakness of the method is that comparables are usually not available.

33

(6) Transactional net margin method (TNMM)

This method examines the net profit margin in relation to the costs, sales or assets, which a taxpayer realizes from a transaction or aggregated transactions with a related party.

The TNMM replaces the CPM included in the draft Guidelines. The word "transactional" has been inserted in the definition and the words "net profit margin" have replaced "the level of profits", apparently for political reasons. Several Member countries, in particular Germany, remained fiercely opposed to profit methods, probably having in mind the CPI and CPM methods of the proposed U.S. Regulations 1992 and Temporary Regulations 1993, respectively which could even be based on statistical data from the industrial sector concerned.

The CPM of the final U.S. Regulations of 1994 is based on the level of net operating profits of uncontrolled taxpayers engaged in similar transactions under similar circumstances. The TNMM is related to specific transactions, CPM may be "company-wide".

The net margin of the TNMM should be established by reference to the net margin that the same enterprise earns in comparable transactions

with non-related enterprises. Where this is not possible, the net margin of an independent enterprise may serve as a starting point. A functional analysis of both the related enterprise and the non-related enterprise is required to determine the degree of comparability.

The greatest weakness of the method is that the net margin can be influenced by factors that only have a minor or indirect effect on gross margin or price (7). Furthermore, the one-sided character of the method can lead to a situation in which a member of a multinational group is left with an implausibly low or high profit level.

A taxpayer normally has little information on transactions between non-related enterprises at the time of the controlled transaction. The tax administration may be in a better position because of information derived from examinations of other taxpayers. The Guidelines state that the tax administration's information can only be used if the data can be disclosed to the taxpayer, provided the confidentiality requirements of the law are observed.

Administrative approaches

34

Chapter IV deals with the administrative approaches which may minimize and solve transfer pricing disputes, both in the relationship between taxpayers and tax administrations as well as between different tax administrations. The Chapter replaces the 1984 Report on corresponding adjustments and mutual agreement procedures ("Three taxation issues"), which had a more limited scope.

The risk of double taxation if different interpretation and application of the arm's length principle occurs may be solved by administrative procedures as set out in this Chapter.

The Chapter also calls for an understanding of the problems of the taxpayer. Transfer pricing is not an exact science and an unrealistic precision may not be expected. Tax administrations should take the commercial judgement of the taxpayer and business realities as a basis.

In this context I shall only discuss two aspects:

(1) Burden of proof

With respect to the burden of proof, the Guidelines distinguish three situations:

- the tax administration bears the burden of proof;

(7) E.g. relatively high costs caused by start ups, inefficiencies, poor management, and less motivated work force.

- the burden of proof falls on the taxpayer if he did not produce appropriate documentation or if he filed a false return, etc.; and
- the burden of proof is on the taxpayer. The taxpayer must prove that the adjustment made by the tax authorities was wrong. This is the case in the United States and in, amongst others, France (in case of transactions with tax havens).

These differences may cause problems which are hard to solve through mutual agreement procedures. The starting point of the Guidelines in such a procedure is that the state that has made the primary adjustment bears the burden of proof that the adjustment is justified both in principle and as regards the amount.

(2) Advance Pricing Agreements (APAs)

Since their introduction in the United States in 1991 about 50 APAs have been concluded between the IRS and U.S. taxpayers. Less extensively regulated, this type of advance rulings exists in many countries.

An APA is an agreement between a taxpayer and the tax administration for a fixed number of years that specifies the criteria for determining transfer prices for future transactions between related enterprises. In the process of concluding an APA, applicable methods, the degree of comparability with open-market situations, appropriate corrections to comparables and assumptions as to future events may play a role.

Since a unilateral APA may have consequences for related enterprises in other countries, the Guidelines stress the importance of bilateral or multilateral APAs. If domestic legislation does not provide for agreements between the tax administration and taxpayers, APAs can be concluded under the mutual agreement procedure of applicable tax treaties.

According to the Guidelines, APAs differ from private rulings in that APAs deal with factual issues, whereas rulings are concerned with explaining of the law based on facts presented by the taxpayer. In the case of rulings, the facts may not be questioned by the tax administration, whereas under an APA the facts are subject to investigation. APAs usually cover several or all of a taxpayer's transactions for a given period of time, whereas a ruling covers only one particular transaction.

The related enterprises are expected to provide the tax administrations with the transfer pricing method that they consider most appropriate in a given situation, supported by data relating to the industry, markets and countries concerned. In particular, data on comparability and a functional analysis is desirable.

An APA is valid for the agreed period. According to the Guidelines, the APA should include a provision for revising or cancelling the APA for future years when (internal or external) circumstances change significantly.

APAs provide certainty with respect to the tax treatment of transfer prices for a specified period of time and reduce the risk of double taxation or non-taxation.

Unilateral APAs produce the risk that the tax administrations of other countries disagree with the APA's conclusions. They may also induce over-allocating profits to the country where the APA has been concluded.

Documentation

Chapter V deals with the important topic of documentation from an OECD perspective. Documentation has become essential because of the link to penalty provisions and the wide-ranging obligations in the United States (see page 13 to 19).

The Guidelines are more lenient than the U.S. Regulations: it would be reasonable for a taxpayer to try to collect information on open-market prices when determining a transfer price. It is explicitly stated that there is no obligation to present supporting documents at the time the transfer price is determined or the tax return is filed. Information requirements that should be provided when filing a return should be limited to information which enables the tax administration to select cases for further examination.

The Guidelines also state that it is not reasonable to burden the taxpayer with disproportionately high costs, e.g. in order to obtain documents from foreign related enterprises or in an exhaustive search for comparables, if the taxpayer believes that no comparables exist or if obtaining comparables would incur disproportionate costs for the taxpayer. The taxpayer should not be expected to provide more documentation than the minimum required for a reasonable determination by the tax administration that the taxpayer has complied with the arm's length principle.

Intangibles

(1) Introduction

The topic of intangibles has developed since the issuing of the OECD Transfer Report in 1979. In the Report, a distinction was made between transfer of technology (patents and know how) and the use of trademarks (see paragraphs 76 to 138). In Chapter VI, the Guidelines focus on

commercial intangibles (literary and artistic property rights not being relevant in this context) dividing these into trade intangibles usually developed through research and development which are related to the production of goods (also called manufacturing intangibles) and the provision of services, and marketing intangibles which are related to the commercial exploitation of products and services.

Another development with intangibles has been the introduction of the "commensurate with income" concept in the United States via an amendment to Sec. 482 IRC in 1986 (see page 10). This provision was negatively received by other OECD Member States. The OECD Guidelines react to "commensurate with income" by stating that "hindsight" should be avoided.

(2) The arm's length principle as applied to intangibles

The arm's length principle may be difficult to apply to controlled transactions involving intangibles. The special character may complicate the search for comparables and sometimes it is difficult to determine the value at the time of the transaction. It is also possible that a controlled transfer is structured in a manner that independent enterprises would not contemplate.

For the purpose of comparability, the perspectives of both the transferor and the transferee should be taken into account. The point of comparison for the transferor is at which price a comparable independent enterprise would be willing to transfer the right concerned.

The transferee will evaluate whether the expected benefit is satisfactory in relation to the price. It has to be determined whether an independent enterprise would be prepared to pay the price, considering the expected benefits and expenditure to be incurred.

(3) Arrangements for the transfer

Transfers of intangible property can be made in four ways:

(a) sale of the intangible;

(b) a licence agreement under which a royalty will be paid. A royalty is a recurring payment based on the user's output, sales or (rarely) profit. The rate may vary depending on the volume. It may be stipulated that changed circumstances lead to a revision of the conditions;

(c) compensation concluded in the prices of goods e.g. selling unfinished products including experience for further processing of the products. The transfer price may be a package price for the goods and for the intangible property. If a country imposes a withholding tax on

royalties, the package may have to be disaggregated to calculate a separate arm's length royalty; and

(d) a package covering remuneration for all kinds of intangibles and related technical assistance and training. The parts of the package may need to be considered separately to verify the arm's length character of the transfer.

Know-how contracts and service agreements may be treated differently for tax purposes. Service fees are usually not taxed in the source country if paid to non-residents. Some countries, however, levy withholding tax on royalties paid for the use of know-how.

(4) Factors relevant for comparability

The Guidelines give many factors which should be taken into account, the main ones are:

- expected benefits from the intangible;
 - limitations of use in a geographical sense;
 - exclusive or non-exclusive character;
 - capital investment (e.g. new plant, special machinery);
 - start-up expenses/development work in the market;
 - whether sub-licensing is allowed;
 - the nature of the patent, if any (degree and duration of legal protection e.g.);
 - the period during which a patent will maintain its economic value;
- and
- the contribution of the patented process to the final product (if a patent covers only one component, it would be inappropriate to calculate the royalty by reference to the selling price of the complete product).

(5) Methods

In the case of a sale or license of intangible property, the CUP method may be used if the same owner has transferred comparable intangibles under comparable circumstances to independent parties. If such information is available, the amount of consideration charged in comparable transactions between independent enterprises in the same industry can be taken as a guide.

The resale price method may be used in the case of sub-licensing by the associated enterprise to third parties.

In cases involving highly valuable intangibles, comparables may not be found. In particular, where both parties own valuable intangibles or unique assets the profit-split method may be used.

Costs may be an aid to determine comparability on the relative value of contributions of each party, but it is stressed that there is no necessary link between costs of an intangible and value. Intangibles may be the result of long-lasting and expensive R&D.

Intra-group services

(1) Introduction

Chapter VII of the OECD Guidelines discusses services provided by one member of a multinational group to other members and the arm's length consideration for such services. Cost contribution methods for services provided in a group are discussed in Chapter VIII in a broader context, including cost contribution arrangements involving intangibles.

The extent of intra-group services varies considerably among MNEs, depending on the structure of the group. In a highly decentralized group the parent may limit its intra-group activity to monitoring its investments in its subsidiaries in its capacity as a shareholder. In contrast, in an integrated group the management of the parent may make all important decisions concerning the affairs of the subsidiaries and may carry out all marketing, training and treasury functions.

A group member may acquire services from independent service providers, from associated service providers or perform the service for itself. Intra-group services may include management, coordination and control functions for the whole group, typical intra-group services such as central auditing, financing advice and training of staff and also services which are typically available externally from independent parties such as legal and accounting services.

(2) Characterization of activities as an intra-group service

Whether an activity performed by a group member for one or more other group members can be recognized as an intra-group service under the arm's length principle depends on whether the activity provides the respective group member(s) with economic or commercial value to enhance its commercial position. The yardstick is whether an independent enterprise in comparable circumstances would have been willing to pay for the activity concerned (or to perform it in-house for itself). If not, the activity concerned should not be considered as an intra-group service under the arm's length principle.

The analysis becomes complex where an associated enterprise undertakes activities relating to more than one group member or to the group as whole. The activity may be performed even if specific group

members do not need the activity and would not be willing to pay for it if they were independent. Such an activity would not justify a charge to the recipient companies.

(3) Shareholder activities

The typical example of non-chargeable activities is shareholder activities. Shareholder activities comprise costs of activities relating to the juridical structure of the parent itself and to reporting requirements of the parent. Also, costs of raising funds for the acquisition of participations are shareholders costs.

(4) Arm's length methods for intra-group services

The direct charge method means that associated enterprises are charged for specific services. It is a convenient method for tax authorities because it allows identification of the service performed and the basis for the payment.

If an MNE also provides specific services to independent enterprises (which normally goes with recording the work done and costs extended), it must be able to use the direct method as well for intra-group services of the same kind. MNEs are encouraged to use the direct charge method in such a situation, but it is accepted that - if the services to third parties are marginal or occasional - another method may be used.

When direct charging is possible the CUP method and the cost plus method are particularly appropriate. The CUP method is likely to be used where comparable services are provided in the open market either between external parties or between the associated enterprise and an independent party. Examples are accounting, auditing, legal and computer services.

In the absence of a CUP the cost plus method is probably appropriate.

Points of comparison with independent enterprises are the nature of the activities concerned, the assets used, the risks assumed and the categories of costs that are included.

In exceptional cases, more than one method may be used to reach a satisfactory arm's length price.

A functional analysis may be helpful to establish the relationship between the relevant services and the group members' activities and performance.

In many cases a direct charge method is too difficult to apply within an MNE, however. In such cases, MNEs apply indirect methods such as cost sharing, or incorporate a service charge into the charge for other transfers, or do not charge at all.

Indirect charge methods are allowed provided that:

- any charging is supported by an identifiable and reasonably foreseeable benefit;
- the method is capable of producing charges or allocation of costs that are commensurate with the actual or reasonably expected benefits to the recipient;
- the allocation key makes sense from a commercial point of view in the case concerned;
- the method contains safeguards against manipulation; and
- it follows sound accounting principles.

Indirect charge methods are necessary where the proportion of the value of the services rendered to the various relevant entities cannot be quantified except on an approximate or estimated basis, e.g. in the case of promotion activities carried out centrally, which may affect the production and sales of a number of affiliates.

Indirect charge methods are also acceptable in cases where a separate recording and analysis of the relevant service activities for each beneficiary would involve a disproportionate administrative burden in relation to the activities concerned.

The allocation and charge in such cases may be based on turnover or staff employed, or some other basis which is connected with the nature and use of the service concerned, e.g. a stand-by arrangement for computer backup should be related to the relative expenditure on computer equipment by the group members, not to payroll.

Both the perspective of the service provider and the recipient should be taken into account when determining an arm's length price for intra-group services. Relevant considerations include the value of the service to the recipient, how much an independent enterprise in comparable circumstances would be prepared to pay and also the costs for the provider.

Not only the immediate impact of a service, but also the long-term effect should be considered. For example, costs of a marketing operation may look too high to be borne by a group member given its current resources. One should also bear in mind that some costs will never actually produce the benefits that were reasonably expected when they were incurred. At the time of incurring the costs the expected benefit may justify the charge. The taxpayer should be prepared to demonstrate the reasonableness of its charges in such cases.

(5) Profit element in the charge?

Should a service charge be such that it results in a profit for the

provider? An independent enterprise would normally seek to charge for services in such a way as to generate a profit, rather than providing the services merely at costs.

In certain circumstances an independent enterprise may, however, not realize a profit from the performance of services alone e.g. the costs of the supplier may exceed the market price, but the service complements the range of otherwise profitable activities of the supplier.

When the associated enterprise only acts as an agent or intermediary in the provision of services, the mark-up should relate to the costs of the agency function itself rather than to the costs of the service. For example, an associated enterprise which rents advertisement space on behalf of group members may pass on these costs to the group members without a mark-up but apply a mark-up only to the costs incurred as an intermediary.

For practical reasons, tax administrations and MNEs may agree that all relevant costs are charged rather than trying to find arm's length prices for the services concerned. Tax administrations may, however, not agree to charging costs only if the provision of the service is a principal activity of the associated enterprise, where the profit element is relatively significant or where direct charging is possible.

42

Cost contribution arrangements (CCAs)

Chapter VIII of the OECD Guidelines was published in October 1997.

CCAs e.g. cost sharing, may cover costs of intangible property and costs of services in particular. The U.S. regulations on cost sharing only cover intangibles.

A CCA is a contract and normally not a separate juridical entity or permanent establishment. A CCA is not a transfer pricing method itself, but a CCA must be in accordance with the arm's length principle. The other chapters of the OECD Guidelines are therefore also applicable.

Participants' contribution should be in proportion with the share in the expected benefits from the arrangement.

Participants may exploit their share as owners, not as licensees, without paying royalties. Outside parties would be required to pay royalties for exploiting a participant's interest.

In a CCA there is always an expected benefit, but this may be uncertain e.g. in the case of research. The interest of each participant should be established from the outset.

The Guidelines state that contributions must be consistent with what an independent enterprise would have contributed under comparable

circumstances given the reasonably expected benefits. Independent enterprises would require that each participant's proportionate share of the overall contribution is consistent with its share of the benefits.

Therefore: first determine whether all the parties have the expectation of benefits; then calculate each participant's contribution; finally determine whether the allocation of contributions is proper (as adjusted for any balancing payments among participants).

Acceptance of a CCA also depends on adequate documentation.

The term "benefit" in Chapter VIII is very broad. Independent parties may share risks, minimise the loss potential from an activity, or minimise costs. This means that the benefit of a CCA is not necessarily a profit.

If until the date of termination all participants have paid their contributions and have received all results from the CCA for their own use, usually nothing remains with the CCA that can be allocated. Each participant's share returns to its individual use.

10. RECENT DEVELOPMENTS

Since the adoption of the U.S. Regulations in 1994 and the OECD Guidelines in 1995, many countries have introduced new legislation or regulations. The following overview summarizes the main features for the countries concerned:

4.

Argentina

Tax Reform Act, effective 1 January 1999

- broad definition of associated enterprises;
- six methods, including TNMM and two profit split methods;
- "most appropriate method to the type of transaction"; and
- burden of proof on taxpayer.

Australia

Taxation Ruling TR 97/20

- puts five methods, including profit split and TNMM, on same level, and allows for "indirect methods" including formulary apportionment as last resort solutions;
- arm's length range: ATO may decide to apply a different point in the range;

- refers to "evaluation of arm's length nature from an "external view" (comparability), a "process view" (would independent party have done this?); and a "performance" view ("profit which might have been expected");

- refers to "business sense" outcomes; and
- secret comparables used (see page 37).

Ruling on Charging for Services Rendered to Related Parties (20 January 1999)

Austria

Translated OECD Guidelines serve as regulations.

Brazil

Art. 18, Law 9430/96 and Regulation no. 38 of 30 April 1997

- broad associated enterprises concept;
- three methods for importation purposes; four for exportation; all are variations of CUP, cost plus and resale, with fixed margins for cost plus and resale (real margin applied upon proof);
- fixed rates for royalties and technical assistance deduction; and
- limitation of deductible interest.

44

Canada

Draft transfer pricing legislation of September 1997 (now final)

- follows OECD Guidelines with respect to methods;
- preference for three main methods;
- profit split and TNMM last resort methods;
- heavy documentation requirements and penalties; and
- use of secret comparables not excluded.

Chile

Law 19,506 of 30 July 1997, amending the Income Tax Law, Art. 38, and Ruling no. 3 of 6 January 1998

- introduction of a broad associated enterprises concept;
- OECD Guidelines are followed; and
- if accounts are inadequate tax authorities may apply the "proportional method" (gross-net revenue ratio of parent applied to gross revenue of branch etc.).

China

Regulation 1998 no. 59 of 23 April 1998

- broad definition of associated enterprises;
 - transactional methods have priority over other methods, e.g. CPM;
- and
- APAs introduced.

Denmark

New legislation published on 25 February 1998

- taxpayer must provide documentation on controlled transactions.

Korea

NTA Notice No. 1996-40 of 7 November 1996

- follows OECD Guidelines: transactional methods have priority over other methods.

Mexico

Arts. 64-A, 65 Income Tax Law ("LIR")

- 6 methods (2 versions of profit split) on same level;
- arm's length range consistent with OECD; and
- use of secret comparables allowed.

New Zealand

Guidelines of 30 October 1997

- 5 methods on same level, including CPM (TNMM allowed as alternative to CPM);
- best method rule;
- arm's length range consistent with OECD;
- onus of proof that he has determined the best method in practice on taxpayer;
- flexible approach; no prescriptive, exhaustive regulations; reference to OECD Guidelines, but also to Australian guidelines and U.S. regulations; and
- no formal documentation requirements, but reasonable care condition (penalty).

Poland

Guidelines of 29 April 1996; amended CIT, effective from 1-1-97, and decree 1997

- OECD Guidelines followed.

Russia

First Part Tax Code of the Russian Federation, Art. 40, effective from 1 January 1999

- applies to all taxpayers, to barter trade and in situations where prices fluctuate by more than 30% in a short period of time;
 - "market price method", resale price method and cost plus method;
- and
- no order of priority.

United Kingdom

1998 Finance Act; Schedule 28AA

- new arm's length provision based on Art. 9 OECD Model (but broader formula);
- OECD Guidelines incorporated in legislation by reference;
- adjustment only if U.K. tax advantage;
- no specific transfer pricing documentation requirements;
- no specific transfer pricing related penalties; and
- APAs to be introduced (1999 Finance Act).

46

11. PROBLEMS WITH THE APPLICATION OF TRANSFER PRICING RULES

Transfer pricing is a matter which raises many problems in its application in practice. Apart from these problems, several major complications arise, in particular, with the strong emphasis on comparables in the legislation and regulations of an increasing number of countries, and - to a lesser extent - in the OECD Guidelines. Some problems of the latter type are described below.

(1) In the wake of the U.S. transfer pricing regulations of July 1994, the OECD Guidelines emphasize the necessity of comparison with transactions between unrelated companies. The Guidelines recognize nevertheless that there are clear cases in which this is in fact not possible,

e.g. with the integrated production of highly specialized goods, with unique patents and other intangibles and with particular forms of service. Another complication is that certain transactions are rarely, or never, conducted between independent companies.

Moreover, the basis for comparison seems to become narrower because the number of cross border transactions between independent companies decreases in relation to group-transactions.

The absence of good reference material in many cases is therefore a serious complication in practice.

(2) Another problem, also related to comparables, is the use of “secret comparables” by tax authorities. Secret comparables are obtained by tax authorities in audits. In, for instance, Canada, Japan, and Mexico, these are used for checking transfer prices of other taxpayers, without disclosing their source. Taxpayers are not able to defend themselves against an assessment based on secret comparables. Another complication is that, in a mutual agreement procedure, the tax authorities of the other country may not be prepared to agree to a corresponding adjustment if no clear evidence of comparables is given.

In Germany the situation was clarified by the Düsseldorf Regional Tax Court in a decision of 8 December 1998. The court ruled that the use of secret comparables violates the rights of taxpayers and constitutes a breach of tax secrecy (8).

(3) One of the main problems concerns the heavy administrative burden, resulting from the essential role of comparables in the regulations of an increasing number of countries, in particular, when the best method rule applies.

The situation in, for example, the United States is as follows. All methods specified in the regulations - the comparable uncontrolled price (CUP), the resale-price, the cost-plus, the comparable profit and the profit split - are in principle equivalent, but a method must be chosen which gives in the relevant situation the most reliable measure of an arm's length price, or result (best-method rule). In selecting a specific method, two factors have to be considered - the comparability with the free-market situation and the quality of the data and assumptions. In case of incomplete comparability, the difference has to be adjusted. Applying adjustments for differences of comparability is in itself already a complicated process.

In practice the best method rule leads to an investigation of the applicability of all specified methods. In order to prevent an

(8) See IStR (Germany) 10/99, at 311.

administrative penalty in case of correction by the IRS, the search for the best method has to be evidenced adequately with contemporaneous documentation.

As a consequence of the documentation requirements, for all transactions, or at least similar transactions, reference material must be looked for on a continual basis in a short period - markets do change continuously, indeed - and documentation must be kept. The new speciality of "comparables" experts is a concrete example of this economic waste.

It may be wondered whether the equality principle which, according to the OECD, is the foundation for the arm's length principle is out of balance again these days. After all transactions between not-related companies do not evoke such administrative obligations.

It should be realized that transfer pricing is not only a heavy burden for MNEs, but also for tax administrations. An adequate administration of transfer pricing regulations in many countries requires large numbers of specialized auditors. Several countries have extended the tax administration with agencies specializing in transfer pricing auditing. Countries cannot afford to be related in this matter. They may lose revenue to countries with well-trained tax administrations.

48

(4) The controversy between countries on the use of methods based on (operating) profit comparison seems difficult to resolve.

In an increasing number of cases, the CPM is chosen (9). The CPM is based on a comparison of the operating profit of the taxpayer with that of independent enterprises with a similar sort of transactions under comparable circumstances. As an indicator of the profit level, the ratio between the operating profit and the value of the operating assets may be taken. Data on operating profits are easier to obtain than data about prices of comparable products or data on gross profit margin, which are necessary for the cost-plus and resale methods. This explains the choice for CPM. At least problems with the IRS can be avoided in this way.

The OECD Guidelines mention, as a problem in the application of methods which compare the net margin (operating profit), the circumstance that the margin can be influenced by factors which have no or little influence on the gross margin or on prices. For instance, poor management and inadequate cost control generally influence the operating profit in particular. For this reason the OECD Guidelines

(9) See the survey of the International Bureau of Fiscal Documentation of June 1998, which was made available to the participants of the London IFA Congress in September 1998 (also available from the IBFD library).

qualify the TNMM - the OECD clone of CPM - as a method which can only be used if the three main methods are not applicable.

The TNMM is a compromise established with great difficulty between the United States and a number of European countries, with Germany as its exponent. Several European countries were, and still are, opposed against the CPM and its predecessors in provisional versions of the U.S. Regulations. In earlier versions of CPM, for instance, the "basic arm's length return method" (BALRM), the possibility existed that an average net result of the relevant economic sector could be used as a criterion by the IRS to adjust lower results at related companies. Such a standardization of taxable profit is of course not acceptable for the international business world and many OECD Member States. Although CPM, contrary to BALRM, is applied on the "most narrowly identifiable business activity", this risk still exists because of the increasing use of external databases with data on profit levels of companies (10).

In Germany, transfer pricing is regulated in accordance with sound business practice, which stands diagonally opposite methods based on comparison of "net operating profits" (11). Indeed CPM, as it is based on external factors, may have little or no relationship with the economic reality, the structure and the management accounting system of the taxpayer concerned, which are essential elements of the concept of sound business practice. In the above decision, the Düsseldorf Court implicitly ruled out the application of methods based on profit comparison (CPM and TNMM).

4

Multinational companies with establishments in the United States and in, for example, Germany or Sweden may face the following problem: on the one hand it is possible that they have to apply the CPM (if this is the "best method"), on the other hand tax authorities in Germany and Sweden may refuse to accept transfer prices which are not based on CUP, cost-plus or resale-price.

The negotiating procedure of Art. 25 of the OECD Model treaty, to which Art. 9, paragraph 2, implicitly refers, provides no solution if the competent authorities continue to disagree on the method to be applied. The result of this disagreement may be that double taxation cannot be avoided. The new OECD Guidelines seem therefore not to meet their goals of bridging the U.S. - European differences and the prevention of double taxation.

(10) See a forthcoming article by M. Cools on the use of databases for transfer pricing purposes, *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, 1999.

(11) See H. BECKER, *The Arm's Length Principle and the Reasonable Businessman*, "Tax Planning International", no. 8. August 1987.

(5) A relatively new problem in transfer pricing and the application of the arm's length principle is the development of so-called global trade, which has become possible because of the liberalization of trade, the abolition of restrictions on monetary exchange, new communication techniques and information technology.

The problem is not restricted to transfer pricing. With the rise of information networks, the traditional attribution of taxing powers for countries has become hard to apply. Presence by means of a permanent establishment is no longer necessary in order to be active on the market of a particular country. Moreover, the place of effective management and the source of income are becoming extremely difficult to locate (12).

Transfer pricing problems arise in particular in the 24-hour trade in financial derivatives within financial and other groups. The classic intermediary function of the financial sector - combine supply and demand of capital and retain a profit margin - has partially been replaced by transactions in derivatives at own risk.

Derivatives, such as options and swaps, are contractual rights which take their value from the value of something else, for instance bids, goods or currencies. Transactions of this nature are conducted continuously all over the world, at financial establishments mostly by using permanent establishments. The transfer pricing problems in this sector are discussed in a recent OECD report (13).

The report describes the various functions fulfilled in the trade in derivatives and states that problems are in particular caused by the diversity of locations where the functions in one transaction are conducted, for instance the structuring and selling of the product in New York and its bookkeeping and control in Tokyo.

Apart from the assessment of functions for transfer pricing purposes the problem of attribution of income occurs: to which countries should the result of a transaction be attributed if various entities of a group are involved in financial transactions in various countries. In some countries, for instance Japan and the United States, the "all or nothing" approach is applied, i.e. if there is adequate activity in relation to a certain transaction the complete result is attributed to the permanent establishment, or the headquarters as the case may be. The report indicates that this approach may be in conflict with the arm's length

(12) J. OWENS, *Taxation within a Context of Economic Globalization*, "Bulletin for International Fiscal Documentation", at 290 et seq.

(13) "The Taxation of Global Trading of Financial Instruments", first version of 14 February 1997, revised version of 17 March 1998.

principle and can lead to double taxation: more than one country involved can after all conclude that sufficient activities have taken place within the country to tax the whole yield.

The report states - probably erroneously - that in many cases the functions and risks of the people concerned in a global trading transaction can be adequately analysed and compared to those in unrelated situations. The traditional transfer pricing methods would be applicable with, if necessary, some adaptations.

In case of a high level of integration of functions, the profit split method may qualify according to the report. For the partition in joint profit made in global trading transactions, the following factors in particular must be quantified: the trade and marketing function, the risk factor, and the support function. Because these factors are not of equal commercial interest, they have to be weighed. The report does not supply clear directions for this weighing.

12. SOLUTIONS FOR THE TRANSFER PRICING PROBLEM?

Because of the strong emphasis on comparison with non-related enterprises the shortcomings become obvious:

- if good reference material is not available, in many cases artificial adaptations are necessary;
- tax authorities in certain countries may use comparables which are not accessible to taxpayers;
- there are heavy administrative burdens, both for MNEs and tax administrations;
- there is no consensus on methods and the priority of methods; and
- transfer pricing is difficult to apply to global trade.

Solutions can be sought within the ambit of the arm's length principle, in alternative methods of profit allocation or in reducing the impact of transfer pricing through the introduction of regional rather than national corporate tax systems.

Some possible solutions are as follows.

(1) Do away with the best method rule

The best method rule included in the U.S. Regulations is not an obligatory feature of the arm's length principle itself, but in the wake of the United States many OECD and other countries have introduced such a rule. The OECD Guidelines, however, seem not in favour of the best

method rule, stating in Art. 1.69 that analyses under more than one method are not required.

As indicated above, in particular the best method rule causes a high administrative burden for MNEs, because of the necessity of collecting external data under all possible methods continuously. Another aspect is that because of the emphasis on external data, transfer pricing methods for tax purposes may have to be applied which have little relationship with the business reality of the company concerned.

The focus should be more balanced. The intention should be to select a transfer pricing method which fits into the structure of the group concerned and meets management accounting and commercial concerns within the framework of the tax legislation.

Accordingly, tax legislation should specify the three main methods plus the negotiated transfer price method (see page 20) and also profit split (*not* CPM and TNMM for the reasons given above).

A well-documented transfer pricing system, mandatory for all group members or members of a division of a group and based on methods specified in the tax laws, which is applied consistently, should, in principle, be followed by the tax authorities concerned.

Adjustments should only be made if the transfer prices applied deviate beyond a certain range (safe haven) from CUPs or comparable gross margins evidenced by the tax authorities, and - when the negotiated price method is applied - if the conditions of freely negotiating as independent parties are not met.

52

(2) Formulary apportionment methods

Formulary apportionment methods allocate the consolidated profits of a group among the entities of the group in the various countries by applying a particular formula, for instance, a formula based on a combination of turnover, costs, assets and payroll.

A somewhat less extreme form is unitary taxation. In this case, the attribution concerns the result of a unitary business, a combination of group companies which can be considered an economic entity.

Formulary apportionment methods are, for example, applied in Canada, the United States and Switzerland to apportion the profit made to respectively the provinces, states and cantons.

The OECD report of 1979 does not support the use of formulary apportionment. In Art. 14 it is stated that the use is in conflict with Arts. 7 and 9 of the OECD Model treaty. This is indeed the case with Art. 9 and partly with Art. 7. The fourth section of Art. 7, however, leaves room for the use of other methods than the "separate entity approach".

As material objections against formulary apportionment the report puts forward that:

- there is no clear relationship with the real economic situation of the relevant group companies;
- it leads to random results;
- there will be administrative burdens for the tax authorities and the multinational; and
- the risk of double taxation exists in case of divergent application by tax authorities.

The OECD Guidelines go more deeply into the objections against formulary apportionment (Chapter III, Art. 3.61 et seq.). The main objection is the absence of international consensus and coordination. There should be agreement regarding the composition of the group among which the profits are apportioned, the formula to be applied, the determination of the consolidated profit and the use of a common accounting system.

According to the OECD, countries will tend to emphasize factors in the formula which lead to a favourable result for the country concerned. Moreover, activities which influence factors relatively strongly can be shifted to low taxing countries.

A formulary apportionment method seems, however, to fit in better with the current and expected developments than the arm's length principle. The arm's length principle after all is based on the idea of national economies and independent enterprises, not on that of integrated organizations and global trade.

The basic assumption of formulary apportionment is positive: a reasonable distribution of group profit among the countries where the group is active. The arm's length principle on the contrary is in the first place meant to prevent profit shifts.

Objections against arm's length pricing mentioned in paragraph 11, such as the search for comparables and the difficult applicability to global financial trade, are largely absent. The administrative burden for the MNEs and also the task of the tax authorities could be much lighter because the apportionment takes place on basis of internal, available data.

The "presumptive taxation" character of formulary apportionment is sometimes mentioned as an objection. "Presumptive tax" systems seem to lose, however, their old-fashioned reputation, the more so since reality has become too complicated in many cases to do justice to it for tax purposes.

Many arguments for and against formulary apportionment have

been exchanged in literature in the last 20 years (14). In connection with the developments described above it seems time again to make the applicability of formulary apportionment an official subject of study, especially in the OECD.

Application inside Europe of a unitary method - e.g. based on the concept of the European company - will be less difficult following the introduction of a single currency and the harmonization of accounting rules (15).

(3) Profit split

Profit split is recognised in the U.S. regulations as a specified method, subject to the best method rule. The OECD Guidelines treat profit split as a method subordinate to the three main methods, but in principle as an arm's length method. An important consideration in the Guidelines (Art. 3.6) is that "one strength of the profit split method is that it generally does not rely directly on closely comparable transactions, and it can therefore be used in cases when no such transactions between independent enterprises can be identified". External data may, however, be relevant to assess the value of each party's contributions.

Another advantage is that only a real profit can be split. Under other methods the use of external data may lead to the imposition of profits which in reality were not made by the enterprise concerned.

Profit split may be used for one transaction, for a bundle of transactions or even for all dealings between related enterprises. The main difference with formulary apportionment methods is the absence of a predetermined formula. A sound split is based on adequate remuneration for functions and risks of the parties concerned.

As the information needed for the application of profit split is, in principle, available within the group concerned, a burdensome search for comparables is not necessary as a rule. In Japan and Canada, profit split seems to acquire a more prominent position than proposed by the OECD Guidelines (16).

(14) A.o.: H. KOGELS, *Unitary taxation: an international approach*, "Bulletin for Fiscal Documentation", 1983, at 65 et seq.; STANLEY I. LANGBEIN, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, "Tax Notes" 1986 at 625 et seq.; JOANN M. WEINER, *Using the Experience in the U.S. States to Evaluate Issues in Implementing Formula Apportionment at the International Level*, "Tax Notes International", 1996, at 2113 et seq.

(15) See J.A.M. KLAVER and A.J.M. TIMMERMANS, *EU Belastingpolitiek* (Dutch), "Weekblad voor Fiscaal Recht", 22 April 1999, at 506.

(16) See Tax Management Transfer Pricing Report, 30 June 1999 at 175.

An increased application of profit split may, therefore, reduce problems in the transfer pricing area.

(4) European company tax

Various authors have made proposals for a EU company tax. Morris Tabaksblat, the chairman of the board of directors of Unilever in 1993 has suggested the introduction of a EU company tax, based on the consolidated results of activities of multinationals within the European Union. The tax would be levied by a EU institution and the revenue would be apportioned among the member states according to an agreed distribution formula. The EU tax would replace the national company taxes completely for companies opting for this system. At one go a great number of problems would be solved: transfer pricing problems inside the European Union would no longer exist, mergers would take place without tax complications (as far as not already solved by the EC Merger Directive) and also interest and royalties could be paid without withholding at source and losses within the European Union could be compensated (17).

Plasschaert (18) too describes the advantages of an EU company tax and compares this with the introduction of a unitary tax in the European Union. He concludes that a EU company tax for MNEs is to be preferred to unitary taxation in the European Union, especially because fiscal neutrality is so realized to a higher extent.

Transfer pricing problems with third countries will, however, remain in either case.

Economically speaking, the EU company tax is an attractive option, because the costs will decrease considerably both for EU businesses and the tax authorities, but politically speaking it is unfortunately not realistic. Not a single Member State now seems to be prepared to give up its sovereignty in this field. A small step in the right direction has been achieved, however, with the installation of a committee of Member States that will critically follow tax competition (19). Moreover, possibly successful actions by the Commissioner for competition of the European Union, using Art. 92 of the treaty against government support in the form of tax measures, may at least take away one incentive to maintain national corporate taxes.

(17) See M. TABAKSBLAT, *Intertax*, 1993, at 16 et seq.

(18) See S. PLASSCHAERT, *An EU Tax on the Consolidated Profits of Multinational Enterprises*, "European Taxation", 1997, at 2 et seq.

(19) The so-called Code of Conduct-Group.

(5) European Home State Taxation

In a paper dated 18 June 1999 (20), the so-called Stockholm Group put forward the idea of Home State Taxation (HST) in the European Union. HST allows enterprises which have their headquarters in a Member State to adopt the tax system of that Member State and apply it to their activities in those Member States which have joined the system. In this way the tax base for a group of companies operating in various Member States is calculated under the rules of the tax system of the parent company's Home State. Next the tax base is allocated to the Member States where the group conducts its activities on the basis of a formula (e.g. an adjusted VAT base). Each Member State applies its own tax rate to the allocated tax base.

This system removes transfer pricing problems among the participating Member States and also the risk of double taxation, and allows full loss compensation. As a consequence, the administrative burden both for MNEs and tax administrations would be reduced. Unlike other formulary apportionment systems, the tax system of the Home State (a concept which needs further development) is the clear and firm basis of HST. An adjusted VAT base seems a better basis for allocation than traditional formulas based on turnover, assets, payroll, etc.

If successful in Europe, HST could also be introduced in other countries (provided that there is agreement on the formula).

Prof. Hubert Hamaekers

(20) To be published in *European Taxation*; main authors prof. S.O. Lodin and Malcolm Gammie.

Bibliography

Thousands of articles and many books have been written on transfer pricing since the mid-eighties. The following list only gives a selection of major reference books and specialised periodicals.

- The International Tax Glossary, IBFD, Amsterdam, 1996.
- Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, loose-leaf, OECD Paris, 1995 and later
- Transfer Pricing and Multinational Enterprise, OECD, 1979.
- Three Taxation Issues, OECD, 1984.
- The Tax Treatment of Transfer Pricing, loose-leaf, IBFD, since 1988.
- The International Transfer Pricing Journal, bimonthly, IBFD.
- Tax Management Transfer Pricing Report, biweekly, BNA, Washington.
- Transfer Pricing Strategy in a Global Economy, Pagan, Wilkie, IBFD, 1993.
- International Transfer Pricing in the Ethical Pharmaceutical Industry, Maurice Collins, IBFD, 1993.
- Transnational Corporations, 3 times per year, UNCTAD, New York, Geneva.
- Transfer Pricing and Corporate Income Tax in North America; Lorraine Eden, University of Toronto Press, Toronto 1998.
- Transfer Pricing; Clive Emmanuel and Messaoud Muhafdi; Academic Press, London 1994 (from the management accounting perspective).

Exchange of information (*)

Marco Barassi

University of Bergamo

Introductory considerations

International taxation cooperation has been defined as activity developed by States to allow the pursuit of aims of a taxation nature on the part of another State, and it is accomplished by instruments of an administrative or jurisdictional nature (1).

Administrative co-operation in taxation matters is part, together with assistance in judicial matters, of the more general concept of international assistance. Administrative co-operation, like judicial, are characterised by two fundamental elements, being the aim of the application of law, and reciprocity meant as an obligation, for a State, to lend assistance only because it may require equal assistance in the same matter, so that law application becomes the common aim of the two States (2).

The object of administrative co-operation in taxation matters has been identified as the tax assessment and tax collection (3).

The assessment phase comprises the acquisition of information, notes, data and evidence useful to the administration for determining the

5

(*) This is the report presented by the author during the European Tax Conference at The Stockholm School of Economics, May 29-30, 1998. Reports have been prepared by authors of different member States. The report follows the guidelines provided by Prof. Jean-Pierre Lagae.

(1) The definition is from C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padua, 1978, p. 209; it constitutes an evolution of the definition given by M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Cedam, Padua, 1949, p. 428, according to whom international assistance in taxation matters is "the co-ordinated but distinct activity of the internal organs of two or more States, aimed each time to indifferently execute the aims of one of them; aims which correspond to the analogous ones of the others, having equal rights to their execution".

(2) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Cedam, Padua, 1949, p. 430.

(3) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, p. 430. These activities pursue, from an economic point of view, the aim of opposing the phenomenon of international evasion; see C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padua, 1978, p. 206.

existence and amount of taxation.

The collection phase consists in the execution, even compulsory (enforcement), of the tax liability.

Hereinafter only the assessment phase will be dealt with.

These observations justify themselves and help to define the theoretical profiles of the argument if the international character of the cooperation is underlined.

According to the generally accepted observation of the distinction between internal and international law (4), the characteristics of originality and sovereignty of each State imply that no State could exercise its sovereignty in the territory of another State.

This is a consequence of the principle of territoriality from which, as has been pointed out for some considerable time, two aspects can be distinguished:

- a) the material aspect, which refers to the existence of internal or international limits to the normative taxation power of a State;
- b) the formal aspect, which concerns the existence of internal or international limits which could condition efficacy in the space of taxation administrative acts (5).

It is the principle of territoriality in a formal sense which does not permit a State to exercise its own sovereign activities extraterritorially and, in particular, to carry out assessment activity in taxation matters.

Given the existence of this limit, it is understandable how the need for States to extend assessment activities (6) outside their own territory (a need which derives from the internationalisation of income-producing

(4) M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffrè, Milan, 1991, p. 541.

(5) See C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, Encyclopaedia of Law, Giuffrè, Milan, 1992, p. 305. The distinction between the material and formal aspect of the principle of territoriality has been expressed by German doctrine and, in particular, by HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualifications problems*, in *Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht*, Berlin, 1932, p. 442 and subsequent pages. K. VOGEL, *Der Raumlliche Anwendungsbereichs Verwaltungerechts norm*, Frankfurt am Main - Berlin, 1965., p. 2 and 3, distinguishes the ambit of territorial application of the rule into intransitive and transitive: the former concerns the internal aspect of the rule, while the latter the external one. Herzfeld's distinction is referable to the latter.

On the existence of internal and international limits to the taxation normative power, see C.G. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Cedam, Padua, 1965, chapter I.

(6) Preliminary investigative activity, in particular, is referred to.

activities) inevitably requires the assistance of the State in which such activities are intended to be carried out, so that it is this latter State which effects these activities.

On the other hand scholars, who have investigated the existence of a principle of international law which contains the obligation for States in mutual assistance in taxation matters, have predominately replied in a negative manner (7), and the positions which affirmed the existence of such principle have remained isolated (8).

Since the single States represent original and sovereign juridical systems, meaning that they do not derive their validity from other superior juridical systems (9), according to which the assistance given to the foreign State in the assessment and collection of its tax occurs in a spontaneous way or through the conventions.

The lack of an international principle of cooperation in taxation matters, together with the necessity for States to obtain mutual forms of cooperation in assessment and tax collection, has worked in such a way that administrative cooperation has developed through international treaties (10) which, historically, had cooperation, even prior to double taxation, as their object (11). In fact, the first examples of international treaties in taxation matters are a group of three conventions stipulated between Bel-

6

(7) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, p. 431; G. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Cedam, Padua, 1965, p. 90, states that it is without doubt that an international obligation of co-operation between States in the assessment and collection of taxes does not exist. Nevertheless according to C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padua, 1978, p. 88 and p. 124, if it is true that an international obligation to cooperation does not exist, neither would an obligation to non-cooperation exist.

(8) The existence of the principle of cooperation has been maintained by G.A. MICHELL, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, now in *Opere minori di diritto tributario*, Giuffrè, Milan, 1982, p. 41 and subsequent pages, according to whom, from the principles of sovereignty, but above all of liberty and equality of the States, would derive the existence of an obligation for each State to lend its own activity to satisfy the foreign taxation request; for a criticism on this statement see C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, p. 106 and subsequent pages.

(9) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, *Juridical Encyclopaedia*, Rome, 1993, p. 10.

(10) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, p. 431; G. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, p. 90.

(11) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, p. 432.

gium and France in 1843, between Belgium and Holland in 1845 and between Belgium and Luxembourg in 1845.

In the course of this work the theme of exchange of information will be examined under a triple perspective:

- 1) that of treaty law;
- 2) that of community law;
- 3) that of Italian law.

It therefore appears opportune to highlight that, from now, international treaties are not automatically introduced into the Italian juridical system as occurs, instead, to rules of international customs according to article 10, paragraph 1, of the Constitution (12), but they require suitable proceedings of adaptation (13) which in any event give rise to rules of ordinary laws (14).

Completely different is the validity of the Community sources, which are suitable to have a direct effect in the systems of the member States (on this aspect see the subsequent material regarding hierarchy of sources).

The community ambit seems to be the most suitable for identifying the existence of a common interest for the exchange of information aimed at the correct application of the taxes of single States. In effect this statement can find positive comparisons in the field of consumption taxes (value-added tax), where the correct application of these common taxes and the harmonisation of them with the aim of the creation of the internal market is a function of the exchange of information. Nevertheless, limiting this to the subject matter of this work, that is income taxation, it does not seem that there are references in the Treaty of Rome to affirm the existence of a duty of cooperation between States in fiscal matters, even if the necessity for the exchange of information is completely testified to by the unanimous approval of Directive 77/799 by member States.

(12) A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, Juridical Encyclopaedia, Rome, 1988, p. 5, states that it is an almost universal opinion that article 10, paragraph 1, refers exclusively to international customs; see M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, p. 553-554, also for the references to the sentences of the Constitutional Court which have stated such a principle.

(13) On these see A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, p. 2.

(14) As in P. SELICATO, *Effetti delle direttive comunitarie sulla normativa tributaria italiana*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1990, II, p. 77.

It seems, therefore, that a kind of contrast exists between the inexistence of a legal source in EEC treaties for the duty of cooperation in fiscal matters, and the need felt in this sense by member States.

The introduction of the single currency should imply a greater integration of fiscal and monetary policies, without prejudicing the fiscal sovereignty of single States (15), with the consequence of rendering even stronger the necessity for cooperation in taxation matters.

However, these contrasting aspects are not without consequences: as it will be illustrated, in fact, above all on the theme of protection of the taxpayer, the community discipline on the exchange of information has created a system in which it does not appear that the necessary forms of protection for taxpayers are adequately guaranteed.

I. *Legal instruments*

The exchange of information can concern taxes on income, consumption and transfer taxes, and customs duties.

In this sitting the theme of the exchange of information will be examined with reference only to income taxes.

The instruments to attain international co-operation are, principally, the conventions against double taxation (income taxes and wealth taxes) and within the limits of the community ambit, directives (example: n. 77/799 and subsequent integrations concerning income taxes, I.V.A. (value-added tax), inland duties and excises) and community regulations (example: n. 218/92 concerning the community value-added tax).

6

(15) C. SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Juridical Encyclopaedia*, Rome, 1994, p. 4.

A. *Treaties against double taxation.*

1. *Analysis of the main conventions against double taxation concluded by Italy with relation to article 26 of the OECD model.*

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Argentina	L. 27/4/82 n. 282	Conforms	Information can also be exchanged to avoid evasion and fiscal frauds
Australia	L. 27/5/85 n. 292	Conforms	Information can also be exchanged to prevent fiscal evasion
Austria	L. 18/10/84 n. 762	Conforms	Information can also be exchanged to prevent fiscal evasion
Bangladesh	L. 5/7/95 n. 301	Conforms	The exchange also occurs to prevent fiscal evasion
Belgium	L. 3/4/89 n. 148	Conforms	Information can also be exchanged to prevent fraud and fiscal evasion

Note: the convention with Belgium also includes article 27 "Assistance for the collection":

1. Contracting States commit themselves to lend reciprocal help and assistance for the purpose of notification and collection of taxes specified in article 2, of surtaxes and additional taxes as well as interest and costs related to them.
 2. On the request of the competent authority of a contracting State, the competent authority of the other contracting State assures (according to the legal and regulatory provisions applicable to the notification and to the collection of said taxes of the latter State) the notification and the collection of fiscal credits, as in the first paragraph, which are due in the former State. Such credits do not have any privilege in the requested State and this is not obliged to apply executive procedures not authorised by legal or regulatory provisions of the requesting State.
 3. Requests provided for in paragraph 2 are strengthened by an official copy of the executive documents accompanied, when necessary, by an official copy of the judgement.
 4. As regards fiscal credits susceptible to claim, the competent authority of a contracting State can, for the purpose of safeguarding its own rights, ask the authority of the other contracting State to adopt conservative measures provided by the legislation of the latter; the provisions of paragraphs 1 to 3 are applicable, *mutatis mutandis*, to such measures.
 5. Article 26, third, fourth and fifth periods of the first paragraph, is equally applicable to the information brought to the knowledge, in the execution of this article, of the competent authorities of the requested State.
-

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Brazil	L. 29/11/80 n. 844	Conforms	Analogous content to OECD but a more concise form.
Bulgaria	L. 29/11/90 n. 389	Conforms	The exchange also occurs to prevent fiscal evasion.
Canada	L. 21/12/78 n. 912	Conforms	Information can also be exchanged to prevent fiscal evasion
Czech Rep. Slovakian Rep.	L. 2/5/83 n. 303	Conforms	Information can also be exchanged to avoid evasion and fiscal fraud
China	L. 31/10/89 n. 376	Conforms	Information can also be exchanged to prevent fiscal evasion
Cyprus	L. 10/7/82n. 564		The exchange of information occurs to apply the convention or to prevent fiscal evasion. "Nevertheless the competent Authorities are not obliged to furnish information not resulting from documents in the possession of the fiscal Authority and for which is necessary particular investigation".
South Korea	L. 10/2/92 n. 199	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
Ivory Coast	L. 27/5/85 n. 293	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.
Denmark	L. 7/8/82 n. 745	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
Ecuador	L. 31/10/89 n. 377	Conforms	
Egypt	L. 25/5/81n. 387	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.
Russian Federation	L. 9/10/97 n. 370	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasions.
The Philippines	L. 28/8/89 n. 312	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
Finland	L. 25/1/83n. 38	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
France	L. 7/1/92 n. 20	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion and fiscal fraud

Art. 28 "Assistance to the collection": the provisions of article 25 of the Convention of October 29, 1958 are still in force: "1. The contracting States commit themselves to lend help and assistance for the collection of the taxes which are the subject of this Convention, as well as interest, costs, surtaxes and increases of taxes.

2. Fiscal Authorities of the State requested to lend help and assistance to the other State will proceed with the collection according to the rules applicable to the collection of their own fiscal credits of the same nature. The fiscal credits to be drawn will not be considered privileged credits in the requested State.

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
			<p>3. The acts and measures of execution will take place after the exhibition of an official copy of the executive documents and, in that case, of the judgement.</p> <p>4. Regarding fiscal credits which are still subject to claims, the creditor State, to safeguard its rights, can ask the other State to give notice of an injunction or a document of collection to the debtor. Objections concerning the foundation of complaints which have motivated the notification, can be brought only before the competent jurisdiction of the requesting State."</p>
Germany	L. 24/11/92 n. 459	Conforms	<p>The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.</p> <p>Information will be communicated only to persons or authorities charged with the assessment or collection of the taxes which are the subject of the convention; these persons can use the information during public sittings of courts or in judgements on condition that the competent authority of the other contracting State does not oppose.</p> <p>In art. 20 of the Protocol it is written: "Regarding the exchange of information provided for by art. 27, it is understood that the said exchange must be effected considering the provisions of the internal legislation of the two contracting States, which have executed directive 77/799/EEC of December 19, 1977, relative to reciprocal assistance between competent authorities of member States of the EEC in the direct taxes sector or which will execute future community directives in such sector."</p>
Japan	L. 18/12/72 n. 855	Conforms	<p>With regards to secrets it is fixed, conform to the OECD 1963 model, that: "Information so exchanged will be kept secret and will not be able to be communicated to persons or Authorities diverse from those interested in the assessment or collection of taxes, which form the subject of this convention".</p>
Great Britain and Northern Ireland	L. 5/11/90 n. 329	Conforms	<p>The exchange of information also occurs "in particular to prevent evasion and fiscal fraud, and to facilitate the operation of rules against evasion".</p>

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Greece	L. 30/12/89 n. 445	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
India	L. 24/7/85 n. 432	Substantially conforms	The exchange of information and documents also occurs to prevent or ascertain evasion of taxes which are the subject of the convention. It is expressly provided that "The exchange of information or documents occurs on an automatic basis or after request in specific cases, or, on the other hand, in both ways. The competent authorities of contracting States will establish, each time, the list of information or of documents to be automatically transmitted."
Ireland	L. 9/10/74 n. 583	Conforms	It is conform to the OECD 1963 model.
Israel	L. 9/10/97 n. 371	Conforms	The information is exchanged for the application of the convention and to prevent fiscal evasion.
Slovenia and Croatia	L. 18/12/84 n. 974	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion. Note: Slovenia has taken the place of Yugoslavia in the convention.
Kenya	L. 7/10/81 n. 666	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent evasions and fiscal frauds.
Kuwait	L. 7/1/92 n. 53	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.
Luxembourg	L. 14/8/82 n. 747	Conforms	Article 27 reproduces article 26 of the OECD model. In the additional protocol, at point 7), it is established that: "The provisions of article 27 do not bring prejudice to the execution of wider obligations which could derive from measures adopted in application of the directive of the Council of the European Communities of December 19, 1977, concerning reciprocal assistance by competent authorities of member States in the direct taxes sector".
Malaysia	L. 14/10/85 n. 607	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent evasions and fiscal frauds.
Malta	L. 2/5/83 n. 304	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasions.
Morocco	L. 5/8/81 n. 504	Conforms	
Mauritius	L. 14/12/94 n. 712	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Mexico	L. 14/12/94 n. 710	Conforms	
Norway	L. 2/3/87 n. 108	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
New Zealand	L. 10/7/82 n. 566	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
The Netherlands	L. 26/7/93 n. 305	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.
Pakistan	L. 28/8/89 n. 313	Conforms	The exchange of information occurs, in particular, to avoid fiscal evasion.
Poiland	L. 21/2/89 n. 97	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasion.
Portugal	L. 10/7/82, n. 562	Conforms	
Rumania	L. 18/10/78 n. 680	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
Singapore	L. 26/7/78 n. 575	Conforms	It is conform to the OECD 1963 model.
Spain	L. 29/9/80 n. 663	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
Sri Lanka	L. 28/8/89 n. 314	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent fiscal evasion.
The United States	L. 11/12/85 n. 763	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid frauds and fiscal evasion. In the protocol, art. 1, point 16) it is established that: "For the purposes of article 26 (Exchange of information) of the convention, the Convention is applied to every type of taxes drawn from a contracting State, but only in the case in which the information has relevance for the assessment of taxes considered by article 2 (considered taxes) of the Convention. It is understood that the competent of the United States Congressional Committees and the General Accounting Office, will be able to have access to the exchanged information, according to the Convention, if said access is necessary to carry out their surveillance tasks, with the exception only of the limitations and the procedures of the Internal Revenue Code."
Sweden	L. 4/6/82 n. 439	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Switzerland	L. 23/12/78 n. 943	Substantially conforms	<p>The formulation, in part, differs literally (but not in meaning) from the OECD model.</p> <p>For example paragraph 2 establishes that "The provisions of this article cannot, in any case, be interpreted as forcing one of the contracting States to adopt administrative measures derogating from its regulation or from its administrative practice or, against its sovereignty, its safety, its general interests or the public order..."</p> <p>With a circular of comment to the convention, the Swiss Administration has observed in relation to the exchange of information that "...Article 27 permits only the exchange of information necessary for a regular application of the Convention and it does not oblige Switzerland to a wider cooperation. In particular it does not have to furnish information which simply serves for the application of the precepts of Italian internal law concerning taxes referred to in the Convention. There is even less obligation to collaborate to the taxations or to the collection procedures of the due taxes. From the preface of the Convention it is not possible to even deduce anything else other than that each State must decide on its own account the provisions meant to fight evasion and fiscal fraud, and the other State does not have to commit itself to furnish its cooperation. It must be again underlined that any Italian authority (or Swiss), cannot simply address itself to any Swiss fiscal authority (respectively Italian). The exchange of information, in fact, has to develop between competent authorities, in Switzerland through the Federal Administration of contributions in Berne. In Switzerland persons subject to an information request can lodge complaints and appeal."</p>

Convention	Ratification Law	Art. 26 OECD	Differences / observations
Tanzania	L. 7/10/81 n. 667	Substantially conforms	The exchange of information also occurs to prevent fraud and fiscal evasion.
Thailand	L. 2/4/80 n. 202	Conforms	
Trinidad and Tobago	L. 20/3/73 n. 167	Conforms	It is conform to the OECD 1963 model.
Tunisia	L. 25/5/81 n. 388	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
Turkey	L. 7/6/93 n. 195	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
Hungary	L. 23/7/80 n. 509	Conforms	The exchange of information also occurs to avoid fiscal evasions.
Venezuela	L. 10/2/92 n. 200	Conforms	The exchange of information also occurs to prevent elusion, evasion and fiscal fraud.
Zambia	L. 27/4/82 n. 286	Conforms	

From the preceding table it is clear that conventions concluded by Italy follow, for the most part, the OECD 1977 model, and are in conformance with article 26 of this.

70

Conventions preceding 1977, on the other hand, follow the 1963 OECD model and therefore:

-they do not generally provide that the exchange of information also occurs to prevent or to oppose fiscal evasion;

-they establish that the exchange of information occurs in order to apply the provisions of the convention and of the internal laws to the extent that the taxation, which such laws provide, is in conformance with the convention ("limited clause");

-they provide an absolute protection of the information which instead becomes relative (this is to say analogous to that provided for regarding information obtained because of the internal law) in the 1977 OECD model (16).

The convention stipulated with Switzerland limits the exchange to the information necessary for "a regular application" of the convention. No reference exists to the internal law of the contracting States and this circumstance is confirmed in the interpretation of the convention given by

(16) C. URTZ, *Exchange of information according to the EC mutual assistance directive and tax treaties in Austria*, in G. Gassner, M. Lang, E. Lechner, *Tax treaties and EC law*, Kluwer, Deventer, 1997, p. 227.

Swiss fiscal administration (as reported in the previous table), according to which no obligation exists for Switzerland to give information, which serves for the application of the Italian internal Law and no obligation exists to collaborate in taxation or the procedures of tax collection. Each State must autonomously provide, with its own internal provisions, to fight evasion and fiscal fraud.

Even the convention stipulated with Cyprus provides that the exchange of information occurs in order to apply the convention or to prevent fiscal evasions, but not to allow the application of the internal law of the contracting States.

The conventions stipulated with France and Belgium are the only two which include a provision pertinent to assistance in the collection of the taxes considered in the convention.

It is interesting to observe that the convention with France (ratified by Italy through law n. 20 of January 7, 1992) states that article 25 of the previous convention (stipulated in Paris on October 29, 1958 and ratified by Italy through law n. 469 of February 9, 1963) is still in force relative to assistance in the matter of tax collection.

Even the previous convention with Belgium (stipulated in Brussels on October 19, 1970 and ratified by Italy through law n. 527 of July 30, 1973) already included a provision on the assistance to collection, but in a more limited form with respect to that actually in force today.

This aspect demonstrates the attention that France and Belgium have always applied regarding assistance in the matter of collection (17).

7

2. *Signature, approval and ratification of the OECD/Council of Europe multilateral convention of January 25, 1988.*

Italy has not ratified the OECD/Council of Europe multilateral convention of January 25, 1988 (18).

(17) As C. SACCHETTO observes, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova, 1978, p. 215, the first international conventions in taxation matters concern the assistance to collection: they are the three conventions mentioned in the introductory part.

(18) C. ZUCHELLI, *Proposte di cooperazione delle Amministrazioni Finanziarie degli Stati aderenti all'Unione Europea, per la lotta all'evasione tributaria*, on p. 13 of the text of the transcript presented in Caserta in June 1996, it is observed that the Office for studies of compared taxation Law and for international Relationships of the Secretary General of the Italian Finance Ministry was collecting opinions from com-

3. Existence of specific agreements on the exchange of information.

Italy has stipulated some agreements for the exchange of information with countries with which exist conventions against double taxation. Such agreements have been concluded with France (in force from July 1, 1985) with Austria (in force from January 1, 1988) with the United States of America (in force from January 1, 1985) with Denmark (in force from January 1, 1997) with Hungary (signed June 5, 1997 and in force from the act of the notification of the approval of the text on the part of the two Ministries) and with Sweden, Belgium and Slovakia (all in force from January 1, 1998).

Such agreements constitute the application of the commitment to the exchange of information which is provided for in the conventions against double taxation which Italy has concluded with the above mentioned States.

The agreements are, therefore, founded on the existing convention between the two countries and represent a way to accomplish the exchange of information. For this reason the agreements are directly concluded between the tax authorities of the two contracting States, and do not require specific parliamentary ratification (19).

The agreements under examination have the execution of simultaneous tax investigations as their subject.

The Italian Ministry of Finance has issued suitable circulars (Circular n. 18/12/1293 of December 15, 1989, General direction of direct taxes, pertinent to the agreement with the U.S.A., and circular n. 15/12/110, of October 19, 1989, General direction of direct taxes, pertinent to the agreements with France and Austria) to illustrate to departments of Financial Administration the content of these agreements.

The agreement stipulated with the United States of America has the execution of "simultaneous tax investigations of a criminal character on subjects, in relation to fiscal violations and other crimes connected to them" as subject.

petent Departments regarding the eventual reservations of Italy to be presented at the moment of the signing of the Convention.

(19) C. SACCHETTO, *L'evoluzione della cooperazione internazionale fra le amministrazioni finanziarie statali in materia di Iva ed imposte dirette: scambio di informazioni e verifiche "incrociate" internazionali*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 1990, on p. 7 of the extract; the Author points out the specifically operative nature of agreements, and explains the adoption of them with the fact that conventional provisions on exchange of information "are sometimes formulated in such a way that they can be considered as "programmatic" rules".

The guide-lines for the choice of subjects to undergo tax investigation are, among others:

- existence of connection between subjects operating in the ambit of organised crime;
- existence of illicit profits by tax evasion;
- use of fictitious interpositions of subjects, particularly if located in "shelter-Countries";
- artificial alteration of prices of goods or services, imported or exported, perpetrated for evasive purposes;
- other violations of the fiscal laws of respective countries.

The State, wishing to have the participation of the other State for a simultaneous tax investigation, makes a request to such State. Neither of the two States is obliged to participate in the simultaneous tax investigation requested by the other State.

An exchange of personnel between the respective tax authorities of the two States is forbidden.

Each State autonomously carries out the investigation and can interrupt it whenever it thinks it is no longer useful.

In particular it is provided that all the specific information acquired as a consequence of the simultaneous tax investigation is exchanged according to the laws of the Convention against double taxation, and according to the agreement itself. Information which can be exchanged because of the agreement must be:

- obtainable according to the fiscal legislation of each of the two States;
- pertinent to a taxation problem, as provided for by the Convention against double taxation.

Every competent authority can ask the other, through a formal written request, for a copy of the documents which are in the possession of the other competent authority.

The agreement also provides that the use of any information acquired according to the agreement itself "but relative to accusations which do not include charges of a fiscal character, will be regulated by the fiscal Convention".

"The information coming from authorities other than those responsible for the assessment and collection of taxes which are the subject of the fiscal Convention can be utilised in every program, previously authorised by the competent judicial and administrative authorities of the respective State.

Information which constitutes elements of proof of a current proceeding, before the judicial bodies of a State, can be furnished upon prior authorisation by competent judicial authorities of this State (for ex-

ample a "Grand Jury" of the United States).

With the exception of the cases in which the law forbids it, the concession of a pardon or of an amnesty or the carrying out of an agreed assessment will not impede, in any way, that the two States exchange information acquired previously to such pardon, amnesty or to the carrying out of an agreed assessment."

Agreements with Austria and France correspond, in content, to that with the U.S.A.; nevertheless in them there is no mention of criminal offences. Criteria for the choice of subjects to undergo simultaneous tax investigation are:

- the dimensions of operations at a world-wide level;
- the volume of intra-group transactions;
- the compatibility of the taxation periods;
- the existence of activities which involve countries considered fiscal-shelters.

The information is exchanged in respect to the conditions and limits placed by the respective Conventions against double taxation; it must be obtained on the basis of the respective fiscal legislation of the two States.

B. National regulation.

1. The implementation of the 77/799/EEC directive.

EEC directive n. 77/799 of December 19, 1977 regulates the exchange of information for the correct determination of taxes on income and wealth.

The directive, as noted, provides various types of information exchange (exchange on request, automatic exchange and spontaneous exchange); moreover the directive also specifically sets out secrecy clauses (art. 7) and limits to the exchange of information (art. 8).

The implementation of the directive in the Italian system occurred through law n. 42 of February 9, 1982, which delegated the government to issue the rules of actuation of the directive. As a consequence, by the Decree of the President of the Republic (hereinafter D.P.R.) n. 506 of June 5, 1982, the following paragraph was added to article 31 of D.P.R. n. 600 of September 29, 1973 (assessment of taxes on income): "*The Financial Administration provides for the exchange, with other competent authorities of member States of the European Economic Community, of the necessary*

information to assure the correct assessment of the taxes on income and wealth. It, for this purpose, can authorise the presence in the territory of the State of officials of the fiscal administrations of the other member States.

The Financial Administration provides for the collection of information to furnish to the aforesaid authorities, with the methods and within the limits provided for the assessment of income taxes."

Moreover in article 68 of the same D.P.R. 600/1973 the following paragraph was added: "It is not considered a violation of the tax secret that communication, on the part of the Financial Administration to the competent authorities of member States of the European Economic Community, of information able to permit the correct assessment of taxes on income and wealth in the actuation of the directive of the Council of the European Economic Community n 77/799/EEC of December 19, 1977, modified by directive number 79/1070/EEC of December 6, 1979."

Analogous provisions have been added to the law on the I.V.A. (value-added tax) (D.P.R. n. 633, October 26, 1972).

It has been observed that, in the implementation discipline, there is a lack of any reference to the opposition to evasion and fiscal fraud, aims expressly indicated by the directive (20).

The implementation in the Italian system of the principles included in the directive, occurred in essential (almost general) terms and it does not analytically contain all the indications provided for by the directive. For example there is no reference to the three types of exchange of information, detailed in articles 2, 3 and 4 of the 77/799/EEC directive.

74

With regard to the implementation of the directive into the Italian system, it can be observed that the exchange of information is provided for the purpose of the assessment of taxes on income and wealth; the provision was inserted in the decree on the assessment of taxes on income (D.P.R. 600/1973), nevertheless there should not be any problem for the extensibility to taxes on wealth (example: tax on net wealth of firms established in Italy by Law n. 461, of November 26, 1992): in fact, article 1, paragraph 4 of Directive 77/799, provides for the extension to taxes of an analogous or identical nature - to the taxes indicated in paragraph 1 - which will be instituted in addition to those listed in paragraph 3, or which will substitute them.

The possibility to authorise the presence of foreign officials in the territory of the Italian State for the purposes mentioned above is established.

(20) As in F. FURIA, *Appunti sulla collaborazione amministrativa internazionale per contrastare l'evasione fiscale*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 1984, p. 1484.

Moreover, it is provided that the collection and the transmission of information to foreign authorities must occur with the methods and within the limits provided by provisions on the assessment of taxes on income. This means that the preliminary and investigative powers of the tax authorities have the same content as those which the tax authorities can exercise, in the State territory, with respect to Italian taxpayers. This provision, in content, makes reference to article 8, paragraph 1, of the directive.

In relation to respecting the tax secret, article 68 D.P.R. 600/1973, states that any information or communication concerning the assessment given without a court order (with the exception of cases provided by law) to persons extraneous to the respective administrations, diverse from the contributor or from whoever represents him, among others from tax authorities personnel and from the Guardia di Finanza, is considered a violation of the tax secret. The paragraph added to article 68 of D.P.R. 600/1973, as previously mentioned, excludes that the communication of information (useful to permit the correct assessment of taxes on income and wealth) from the tax authorities to the competent authorities of other member States, in application of directive n. 77/799/EEC, is considered a violation of the tax secret.

76

Before the formal implementation of the directive (which according to article 12 of the same directive should have occurred before January 1, 1979) the Finance Ministry issued Ministerial Circular n. 22/12/700, of June 6, 1981, with which the Tax authorities provided for the communication, on the part of the verificatory bodies, of remunerations as credited or paid out, to non-resident subjects, uncovered during the preliminary activities. The communication regards lease rents, interests, royalties, remunerations to administrators, remunerations for artistic and sporting services, commissions, incomes from holdings diverse from dividends, and remunerations for other autonomous work services.

The receiver of the information is the Central Unit for Non-Residents, constituted by the General Direction for Studies of Compared Legislation and International Relationships.

The Finance Ministry indicates as the motivation for the communications mentioned above, the facts that:

- the directive was in implementation phase, on the part of the Italian system, when circular n. 22/12/700 was issued;
- the directive would have provided, moreover, for the spontaneous exchange of information (the circular states, in fact, that the directive introduces the obligation, on the part of the Administration, to place at the disposal of the competent authorities of the other member States, on its

own initiative, every useful element for the assessment, in the presence of specific cases in point included in the so-called spontaneous exchange of information);

- the exchange of information between Fiscal Administrations of the member States is subject to the principle of reciprocity, on the basis of which each Administration furnishes information to the other Administration, only if and in the measure in which the other Administration is able to assure, from its side, a corresponding flow of information in the opposite direction. From this point of view the Italian Administration, through circular n. 22/12/700, wanted to satisfy the condition of reciprocity for the purpose of being able to obtain information from the Fiscal Administration of other member States.

2. Internal provisions of the Italian system on the exchange of information.

With the expression "internal provisions of the Italian system" it is intended laws, acts which have the force of law and rules, that is to say, acts which constitute sources of taxation law. Therefore circulars of the Finance Ministry which constitute the interpretation of a provision given by the Tax authorities are not included.

Administrative practice, meaning the interpretation of the Tax authority, will be discussed in point B.3.

Some recent provisions provide expressly that for the deduction of negative components of income or for the use of some allowances, when extraterritorial elements are present, there must exist instruments to acquire information from the other interested States.

For example, on the theme of valuation of equity securities, article 61, paragraph 3-bis, D.P.R. n. 917 of 12/22/1986, makes the depreciation of holdings in non-quoted companies (proportional to wealth reductions suffered by the shared company residing in States not belonging to the Community) dependent on the existence of agreements which allow the administration to acquire the necessary information for the assessment of the conditions provided for by the provision.

The provision refers to both holdings registered on the balance sheet as current assets and those registered as fixed assets (21).

The existence of the treaty which permits the exchange of informa-

(21) Because of the reference to article 61 included in article 66, paragraph 1-bis, D.P.R. 917/1986. On this subject see R. BAGGIO, *Svalutazione delle partecipazioni estere: è sufficiente lo scambio di informazioni previsto dal trattato o servono gli accordi amministrativi?*, in *Rassegna tributaria*, 6/1994, p. 996.

tion is required only for holdings in non-quoted companies, which do not reside in States belonging to the Community. It has been noted that the exclusion of the Community States derives from the existence, among all the States adhering to the EEC and Italy, of treaties against double taxation (22). The exclusion of Community States could rightly reside even in the existence of the directive 77/799/EEC, which permits exchange of information, among member States, for the assessment of income taxes.

In this case the exchange of information permits Italian Financial Administration to be able to verify that the requirements to proceed to depreciation of holdings exist, and therefore to use such powers of verification which are its duty and which it can directly exercise when the shared company is resident. Moreover, the fact that the information comes from foreign administrations, gives it a higher degree of veracity in respect to that information which could be furnished directly by an individual subject to tax in Italy.

The Legislative Decree n. 239, of April 1, 1996, which suppressed the withholding tax on returns derived from certain bonds, such as those issued by banks and quoted companies, established in article 6 that such returns are not subject to taxation if received from subjects residents in States with which Italy has stipulated conventions against double taxation, but on condition that the treaty permits tax authority to acquire the necessary information to ascertain the existence of requirements on the part of those having such rights. With the subsequent Ministerial Decree (M.D.) of September 4, 1996, the Finance Ministry specifically indicated the States with which conventions are in force, which satisfy the above mentioned requirements (also see the subsequent point 3, regarding the ministerial circular on this matter). In the list of States, Switzerland was not included because, as said before, the convention stipulated with Italy permits the exchange of information only for the application of such convention and not also for the application of the internal law of the contracting States (for these same reasons Cyprus was also excluded from the list).

From July 1, 1998, a new discipline on capital incomes, included in Legislative Decree n. 461 of November 21, 1997, will be in force.

Article 12 of Legislative Decree 461/1997 provides that article 26-bis is included in the Decree of the President 600/1973 which establishes that the following capital income:

(22) As in R. Baggio, *op. cit.*, p. 999.

- interests and other incomes derived from loans, deposits and current accounts (even if represented by certificates of deposit), but with the exclusion of interests and other proceeds derived from loans of money;

- perpetual incomes and annual perpetual services as in articles 1861 and 1869 of the Civil Code;

- remuneration for services of sureties or other guarantees;

- proceeds derived from contingencies on securities and currencies;

- proceeds derived from guaranteed securities loans;

are not subjected to taxation when they are received by subjects not residing in Italy, but in countries with which conventions are in force to avoid double taxation on income, which allow tax authority to acquire the necessary information to ascertain the existence of requisites, provided that such subjects do not reside in States or territories with a privileged fiscal regime identified by the Finance Ministry Decree issued according to paragraph 7-bis of article 76 D.P.R. 917/1986 (M.D. April 24, 1992). For the purpose of the existence of the requisite of residence, the rules anticipated in the single conventions are applied.

Analogous provisions are included in the same Legislative Decree 461/1997, in articles 5 and 9.

Article 5, paragraph 5, provides that the following incomes are not subjected to substitutive tax on certain capital gains, not obtained in the ambit of the business income, such incomes are those received by subjects residing in States with which conventions are in force to avoid double taxation on income, which allow the Italian Financial Administration to acquire the necessary information to ascertain the existence of requisites, and provided that such subjects do not reside in States or territories with a privileged fiscal regime as identified in the M.D. of April 24, 1992.

Article 9 provides a allowances for non-resident subjects who obtain incomes from collective investment bodies provided that the subjects receiving incomes are resident in States with which Italy has stipulated conventions to avoid double taxation that allows Financial Administration to acquire the necessary information to ascertain the existence of requisites and provided that such subjects do not reside in States considered "tax haven" by the M.D. of April 24, 1992.

In all the above mentioned provisions, the possibility to exchange information with other States allows Italy to verify, principally, that subjects to whom are addressed certain allowances are actually not resident in Italy, but in the other contracting State. In this case the exchange of information takes on an anti-evasive function.

With M.D. n. 603 of October 29, 1996, the Ministry excluded the access, on the basis of law n. 241 of August 7, 1990, to the documentation

pertinent to international cooperation. Law 241/1990 (so-called law on "administrative transparency") regulates the possibility for private subjects to have access to documents held by public administration.

This provision can be explained with the obligation, anticipated in conventional articles on the exchange of information, to maintain secrecy on the information received.

As previously observed, in conventions conforming to the 1963 OECD model, the obligation of secrecy was absolute while in those more recent, which follow the 1977 model, the obligation is relative because it is analogous to that applicable to information obtained according to the internal legislation of the requesting State. Nevertheless, even in these latter conventions, it is established that information can be communicated only to persons or authorities responsible for the assessment or the collection of taxes considered in the convention.

This means that with M.D. 603/1996, the Italian State, respecting the conventional provisions which provide for the obligation of secrecy on information exchanged according to the same conventions, has excluded that such information can be revealed to private subjects.

The M.D. n. 198 of January 24, 1994, (Regulation bringing methods for the refund to non-residents of conventional taxation on State securities), in article 6, paragraph 2, provides that "The Italian Financial Administration furnishes, six-monthly, to foreign fiscal authorities, for the purpose of interexchange, data relative to the investors of each country and to the Treasury Ministry the analytical and final data relative to the recognised returns". The M.D. (which is issued by the Treasury Ministry in agreement with the Finance Ministry), constitutes the execution of Law n. 467 of November 18, 1993, which has regulated the refund, to non-resident subjects, of non-applicable deductions on interests of State securities because of existing conventions.

3. *Existence of specific regulations, circulars and directives.*

Even the administrative practice shows it has a precise knowledge of the role which international co-operation covers now. Some recent examples of ministerial interpretations will be subsequently reported which, in addition to those already mentioned above, expressly refer to the exchange of information.

In the Ministerial Circular n. 271/E of October 21, 1997, regarding direction costs ascribed by non-resident companies to their own perma-

ment establishment, the Ministry invited ascertaining bodies to effect all possible searches to verify the certainty, inherence and congruence of such costs, using assessment procedures in cooperation with foreign fiscal authorities.

The Circular n. 201/E of August 17, 1996, (Central direction of juridical affairs of the Finance Minister) deals with the 183 days of stay rule for an employee in the State where he works (see article 15, paragraph 2, OECD Model).

The Circular observes that, when it is not easy to verify precisely the permanence in Italy of the employee, it is opportune to have assessments made by the tax Authorities of the State where the employee resides, to avoid abuses.

For this purpose the Circular suggests the resort to the "exchange of information" which is normally provided for by the Conventions against double taxation.

Beyond the specific purpose referred to above, the Circular recommends to Offices of Financial Administration (to which it is addressed) to use the instrument of "exchange of information" "every time that they think to acquire, from foreign States, useful elements for ascertaining activity, also considering that the intensification of the exchange of information can be a good restraint to avoid cases of evasion and elusion".

8

With the Ministerial Resolution (M.R.) n. 39/E of March 3, 1997, (Central direction of juridical affairs of the Finance Minister) the Finance Ministry answered a question put forward by the trade-union Confederation regarding the fiscal treatment reserved for pensions distributed by foreign providential organisations to individuals residing in Italy which, according to existing Conventions, are exclusively taxable in Italy. In particular it was asked if the pensions (distributed by organisations when they have the same nature, but a different denomination, as analogous pensions distributed by Italian institutes which are not considered taxable in Italy) can maintain such unimportance as income.

The Ministry answered affirmatively, but requested that the receiver declares the compensatory nature of the fee received. This declaration is requested with the purpose of making controls with the foreign fiscal Authorities.

In the cited Resolution the Ministry does not expressly mention the exchange of information: it is implied because it constitutes the necessary element for the execution of controls with foreign fiscal Authorities which are referred to in the Resolution.

With Ministerial Circular n. 306/E of December 23, 1996, the Income Department of the Finance Ministry furnished indications relative to the discipline introduced by Legislative Decree n. 239 of April 1, 1996, (Modifications to the fiscal regime of interests, rewards and other profits of bonds and analogous public and private securities) already mentioned above.

Article 6, paragraph 1, of the Legislative Decree 239/1996, provides for the exemption from the regime of substitutive taxation for interests, rewards and other profits of bonds and similar securities received by subjects residing in States with which conventions are in force which allow tax authority to receive necessary information to ascertain the existence of requisites on the part of those having such right (residence in a State indicated in the M.D. 4/9/1996, subjectibility to taxes in the State of residence and status of effective beneficiary).

The following subjects are excluded from this regime and therefore the substitutive tax is applied to them:

- residents in States with which agreements against double taxation on income do not exist;

- residents in States which stipulated conventions against double taxation with Italy, conventions which do not allow the exchange of information to verify the existence of requisites on the part of those having right;

- residents in States or territories not belonging to the EEC, which have a privileged fiscal regime (so-called "tax havens" according to article 76, paragraph 7-bis, D.P.R. 917/1986).

The Ministry has identified among the conventions stipulated by Italy those which include a clause which provides for the exchange of information in the widest sense possible, "in the sense of assuring the correct application not only of conventional provisions, but also of internal laws of the contracting States".

According to the Finance Ministry, a clause on administrative co-operation limited only to the application of conventional provisions does not constitute a valid juridical ground for a request of information to be made according to an internal provision, as is the Legislative Decree 239/1996.

Therefore the conventions, which do not provide for the exchange of information even for the application of the internal rule (example: Switzerland and Cyprus), have been excluded from the list.

The Ministerial Decree n. 632 of December 4, establishes procedures to accomplish the exemption regime from the substitutive tax (a series of communications from depository banks of the securities, to the Ministry, is provided).

C. *Hierarchy of sources*

With regard to the hierarchy of sources it is mentioned, in the following, the problem of relationships between Italian constitutional rules and community rules, and it is indicated, synthetically, what is the hierarchy of sources of taxation Law in Italy.

The principle of the law reserve (legality) (article 23 of the Constitution: "No taxation can be imposed if not on the basis of law") is established in the Italian constitutional system.

It is a relative law reserve because it is considered sufficient that the law or an act having the efficacy of law (23), establishes the essential elements of the taxation (for example taxpayer, tax base, tax rate, etc.).

Therefore a first problem can be to establish whether the principle of the law reserve is applicable also to community regulations or not, and, in particular, when such regulations establish taxes.

In general terms the prevalent opinion (24) considers that Italy, adhering to EEC Treaty, has carried out a limitation to its own sovereignty, which is allowed by article 11 of the Constitution. This article states that "Italy ... consents to the limitations of sovereignty necessary to a system which assures peace and justice among States; it promotes and favours international organisations applied to such purpose".

8:

The Constitutional Court has stated that "the community rules ... must have full obligatory efficacy and direct applicability in all member States, without the necessity of implementation and adaptation, as acts having force and value of law and uniformity towards all receivers" and that "article 23 of the Constitution is not formally applicable to community rules, and these do not imply derogation, being an emanation of an autonomous production source, of a system distinct from the internal one" (25). Therefore, according to the Constitutional Court, article 23 of the Constitution would not be applied to community regulation, because these regulations work in their own Community ambit, and the Community Law and that of the member States are configured as autonomous and distinct juridical systems.

(23) Law decrees and legislative decrees have the efficacy of law.

(24) See F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Utet, Torino, 1997, p. 17; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Utet, Torino, 1998, p. 77.

(25) Constitutional Court, sentence n. 183 of December 27, 1973; on this matter see C. SACCHETTO - G. CASERTANO, *Tributi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, by M.P. Chiti and G. Greco, Giuffrè, Milan, 1998, p. 1296-1297.

With regard to relationships between community regulations and article 23 of the Constitution, it must be added that the prevalent opinion of the jurisprudence and the doctrine is in admitting the legitimacy of instituting or modifying regulations of taxes (26).

However it has been observed that the problem of the relationships between article 23 Cons. and community regulations is not definitively solved because the institutive Treaty of the Community was passed in Italy, only by ordinary law (Law n. 1203, of October 14, 1957), and this is hierarchically inferior to Constitutional Law (27); moreover the conclusion of autonomy of Community regulations in respect to article 23 of the Constitution, seems rushed because the process of law formation involves Parliament meanwhile that of the regulation is limited to the executive bodies of the community and therefore the affirmation of the superiority of the regulation over the ordinary internal law (28) seems weak.

For what concerns, instead, community directives, they impose behavioural guide lines to member States and require internal normative acts for their execution.

The Community Court of Justice (29) has affirmed that the directives are directly applicable when they charge member States with precise obligations and when the termination dates for their implementation into the system of the member State have passed; the Constitutional Court also expressed itself in a corresponding manner (sentence 168/1991) (30).

84

Law hierarchy, in the Italian system, is as follows.

(26) See, for example, sentence n. 205 July 28, 1976, of the Constitutional Court.

(27) C. SACCHETTO - G. CASERTANO, *Tributi*, cit., p. 1297.

(28) A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, p. 118.

(29) For example January, 19, 1982, n. 8/81, December, 4, 1974, n. 41/74 and March, 24, 1987, n. 286/85.

(30) On this matter see C. SACCHETTO, *La immediata applicabilità delle direttive fiscali CEE*, in *Rassegna tributaria*, 1987, II, p. 217; L. TOSI, *Le entrate acquisite "in quanto pubbliche autorità": il caso di soggezione ad Iva dei comuni tra norme interne e direttive comunitarie*, in *Rivista diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1988, I, p. 589; F. GALLO, *La VI direttiva comunitaria concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali: contenuto precettivo e sua applicabilità immediata in materia di aliquota sui conferimenti di immobili*, in *Rivista diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1988, II, p. 86; CARMINI - MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comunitario*, Cedam, Padova, 1996, p. 24.

The higher level is taken by the Constitution and by Constitutional laws.

There are, then, laws (including regional laws according to article 119 of the Constitution and therefore in the limits established by State laws) and acts having the force of law, which include law decrees and legislative decrees.

The law decrees are issued by the Government in cases of necessity and urgency and must be converted into law by Parliament within 60 days of their issue.

The legislative decrees are acts with which the Government utilises a novation which is furnished to it by Parliament. Article 76 of the Constitution states that "The exercise of the legislative function cannot be delegated to the Government, if not by the determination of directive principles and criteria and only for a limited time and for defined matters".

The legislative decree must respect the principles contained in the delegation law, otherwise the same legislative decree becomes constitutionally illegitimate.

Moreover the legislative decree must respect the principle of the reserve of law.

In the hierarchy of sources, regulations which are subordinated to laws and acts having the power of law, follow.

Examples of regulations are those issued by the Finance Ministry to approve the models of tax returns.

The Circulars with which tax authority usually furnishes its interpretation on law texts do not constitute sources of Law.

Neither uses nor customs can constitute sources of taxation Law.

II. Purposes of the exchange of information.

The purposes of the exchange of information provided for by both the conventions against double taxation and by the national legislation, are illustrated below.

1. The purposes of the exchange of information in conventions against double taxation.

Article 26 of the OECD model (1977 and 1992) provides that the exchange of information occurs in order to apply the provisions of the Con-

vention or the provisions of the internal legislation of the contracting States relative to taxes provided for by the Convention (so-called "major information clause") (31).

As it has been observed, this provision protects the interest of the contracting State, and this purpose seems wider than that generally pursued by the other rules of the model convention which are always addressed to eliminate double taxation (32).

The Commentary to article 26 observes that administrative assistance seems opportune for the assessment of facts in relation to which the rules of the Convention must be applied. Moreover, awaiting the growing internationalisation of economic relationships, the States have an interest in the exchange of information for the purpose of the application of internal law, even if it does not deal with the application of any provisions of the Convention.

In the conventions stipulated by Italy it is generally stated (especially in treaties concluded after 1977) that the exchange of information occurs to apply the provisions of the convention or the internal provisions of the contracting States, and to prevent fiscal evasion (sometimes also elusion and, more often, fraud are mentioned).

The prevention of fiscal evasion is, normally, added to the end of the first period of the article which deals with the exchange of information. The prevention of fraud or evasion is stated in U.N. model convention.

It is not very clear, from the literal content, if the exchange aimed at the prevention of evasion, is limited to the taxes provided by the convention or if it has a more general value.

Often, in the preface of the conventions, the contracting States state the wish to avoid double taxation in matters of income and wealth taxes and to prevent fiscal evasion.

It seems correct to believe that the "prevention of the evasion" refers to taxes considered in the treaty. In fact this interpretation is confirmed by the text of the article which contains the regulations for the exchange of information, and these provide, generally, for the communication of information (which is the subject of the exchange) to persons and au-

(31) Such clause is in opposition to the so-called "minor information clause" in which the exchange of information is aimed at the application of the convention (for carrying out the Convention); among the conventions stipulated by Italy those with Switzerland and Cyprus include the "minor information clause".

(32) As in K. VOGEL, *Double taxation convention*, Kluwer, Deventer, 1997, p. 1403.

thorities responsible for the assessment of taxes provided by the Convention, or of the procedures or proceedings concerning such taxes, or of the judgments of claims concerning such taxes (as in article 27 of the convention with Belgium and, analogously, in the convention with Germany, etc.).

From here it derives that the extension of the exchange even to the prevention of evasion, probably, does not add anything to the possibility of exchange aimed also at the application of the internal law.

The requirement of "prevention" can be exploited relatively to the so-called "spontaneous" exchange, through which occurs a flow of information between the two contracting States, precisely intended to prevent fiscal evasion (for example communication to the other State of the receipt, in a State, of incomes subject to withholding tax on the part of residents in the other State).

The convention with Switzerland (article 27) provides that the exchange of information occurs for the "regular application of the Convention". Exchange aimed at the application of internal law (pertinent to taxes considered by the convention) of the contracting States is therefore excluded.

The convention with Belgium includes article 27 "Assistance for the collection" with which the contracting States have committed themselves to lend mutual help and assistance for the purposes of the notification and collection of taxes specified in the convention, of additional and supplementary taxes of these taxations, as well as of interests and costs related to them.

Analogously the convention with France provides, in article 28 "Assistance to the collection", that the provisions of article 25 of the Convention of October 29, 1958 remain in force. According to this convention the contracting States commit themselves to lending help and assistance for the collection of taxes which constitute the subject of the Convention, as well as of interests, costs, additional charges and increases of taxes.

The Convention with Great Britain states that the exchange of information also occurs to prevent evasion and fiscal fraud and to facilitate the operations of rules against elusion.

In the protocol to the convention stipulated with the United States, article 1, point 16) states that: "For the purposes of article 26 (Exchange of information) of the Convention, the Convention is applied to taxes of any type drawn by a contracting State, but only in the case in which information has importance for the assessment of taxes considered by article 2 (considered taxes) of the Convention ...".

2. The purposes of the exchange of information provided by the internal system.

The provisions of Italian law, which make reference to the exchange of information, are continually becoming more numerous (see the list included in part I).

A growing use of the exchange of information emerges in the ambit of the assessment of income which is composed of international elements and this is carried out for the pursuit of the correct application of internal law and the prevention of international evasion and elusion.

The system, having noted the international development of commercial relationships, places, as limit to the recognition of specific negative elements of the income or of tax allowances, the possibility to receive information from the State in which part of the activity is exercised or from which come certain components of the income.

In this way, on the other hand, the same instruments of assessment (or powers in inquiry) are applied in respect to taxpayers whose incomes have elements of internationality and to those whose incomes do not have such elements: this criterion can be considered adherent to the equality principle included in article 2 of the Italian Constitution.

88

Generally the provisions of the Italian system, which refer to the exchange of information, provide that such exchanges have the purpose of allowing tax authority to verify the existence of specific conditions or requirements which enable the taxpayer to obtain a benefit.

This happens with the provision included in article 61 D.P.R. 917/1986 which makes the possibility to depreciate the holdings of the capital of a company (not resident in a member State of the Community) dependent on the existence of agreements which permit tax authority to ascertain the conditions required by such provision to depreciate the holdings (in this case the Administration must be able to verify the size of the net wealth of the shared company, before the purchase of the holdings, as well as of the net wealth resulting from the last balance sheet).

In the situation considered by article 12 of the Legislative Decree 461/1997, which, from July 1, 1998, provides for the exemption for incomes of capital received by non-residents, the provision introduces a system of favourable treatment for non-resident investors, but makes the benefit dependent on the existence of conventions which allow the exchange of information for the purpose of permitting the assessment, for example the condition of being effectively resident in the other contracting State of the convention.

On the other hand the provision of article 31 of D.P.R. 600/1973 is wider, and, as already mentioned, sets up the implementation in the Italian system of Directive 799/77. Article 31 states, in fact, that the Administration provides for the exchange of the necessary information to assure the correct assessment of income and wealth taxes. Naturally, article 31 provides for the exchange of information with other member States of the Community, while the provisions, mentioned above, require the possibility of exchange with the other contracting States of bilateral conventions against double taxation.

Only in the ambit of the exchange of information among Community countries it is possible to authorise the presence in the Italian territory of officials of administrations of other member States. The greater amplitude and integration in information exchange within the Community also results from article 31, paragraph 4, according to which Financial Administration provides for the collection of information to give to authorities of other member States. For this purpose, Financial Administration has issued a suitable circular which has been previously mentioned and commented on (see part I).

Marco Barassi

8

Lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni finanziarie (*)

di Marco Barassi
Università di Bergamo

Considerazioni introduttive

La collaborazione internazionale tributaria è stata definita come attività svolta dagli Stati per consentire il perseguimento di finalità di natura tributaria da parte di un altro Stato e si attua attraverso strumenti di natura amministrativa o giurisdizionale (1).

La cooperazione amministrativa in materia tributaria è parte, insieme con l'assistenza in materia giudiziaria del più generale concetto di assistenza internazionale. La cooperazione amministrativa, così come quella giudiziaria, sono caratterizzate da due elementi fondamentali che sono il fine dell'attuazione del diritto e la reciprocità intesa come obbligo di uno Stato di prestare assistenza solo in quanto esso possa esigere altrettanta assistenza nella stessa materia così che l'attuazione del diritto diviene fine comune dei due Stati (2).

L'oggetto della cooperazione amministrativa in materia tributaria è stato individuato nell'accertamento dell'obbligazione tributaria e nella ri-

(*) Lo scritto costituisce la relazione presentata dall'autore al convegno che si è tenuto nei giorni 29 e 30 maggio 1998 presso l'Università di Stoccolma (Stockholm School of Economics) con il patrocinio della UE. Durante il convegno sono state presentate relazioni, su questo tema, da parte di rappresentanti degli Stati membri. Tutte le relazioni, inclusa quella qui pubblicata, seguono l'impostazione e rispondono ai quesiti contenuti in un apposito schema predisposto dal Prof. Jean-Pierre Lagae.

(1) La definizione è di C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978, pag. 209; essa costituisce un'evoluzione della definizione fornita da M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, pag. 428, secondo il quale l'assistenza internazionale in materia tributaria è "l'attività coordinata, ma distinta, di organi interni di due o più Stati, mirante di volta in volta ad attuare fini di uno tra essi indifferentemente, fini trovanti corrispondenza negli analoghi degli altri, aventi ugualmente diritto alla loro attuazione".

(2) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Padova 1949, pag. 430.

scossione dei tributi (3). In questa sede si tratterà solo della fase relativa all'accertamento.

Queste osservazioni si giustificano e aiutano a delineare i profili teorici dell'argomento se si sottolinea il carattere internazionale della collaborazione.

Secondo l'impostazione prevalentemente accolta della distinzione tra diritto interno e internazionale (4), le caratteristiche di originarietà e sovranità di ciascuno Stato implicano che nessuno Stato possa esercitare le proprie attività sovrane nel territorio di un altro Stato.

Questa è una conseguenza del principio di territorialità del quale, come da tempo è stato rilevato, si distinguono due aspetti:

a) quello materiale, che attiene all'esistenza di limiti interni o internazionali alla potestà normativa tributaria di uno Stato;

b) quello formale, che concerne l'esistenza di limiti interni o internazionali che possano condizionare l'efficacia nello spazio degli atti amministrativi tributari (5).

È il principio di territorialità in senso formale che non permette a uno Stato di esercitare extraterritorialmente le proprie attività sovrane e, in particolare, di svolgere attività di accertamento in materia tributaria.

Stante l'esistenza di questo limite si comprende come l'esigenza degli Stati di estendere al di fuori del proprio territorio le attività di accer-

(3) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, pag. 430. Questa attività perseguono, dal punto di vista economico, lo scopo di contrastare il fenomeno dell'evasione internazionale; così C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova 1978, pag. 206;

(4) M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano 1991, pag. 541.

(5) Cfr. C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, "Enciclopedia del diritto", Milano 1992, pag. 305. La distinzione tra aspetto materiale e formale del principio di territorialità è stata formulata dalla dottrina tedesca e, in particolare, da HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualifications problems*, in "Vierteljahresschrifts für Steuer und Finanzrecht", Berlin 1932, pag. 442 e ss.; K. VOGEL, *Der Raumliche Anwendungsbereichs Verwaltungerechts norm*, Frankfurt am Main, Berlin, 1965, pagg. 2 e 3, distingue l'ambito di applicazione territoriale della norma in intransitivo e transitivo: il primo attiene all'aspetto interno della norma mentre il secondo a quello esterno. A quest'ultimo è riferibile la distinzione dello Herzfeld. Sull'esistenza di limiti interni e internazionali alla potestà normativa tributaria, vd. C.G. CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova 1965, capitolo I.

tamento (6), derivante dalla internazionalizzazione delle attività produttive di reddito, richiesta necessariamente l'assistenza dello Stato nel quale si intendono svolgere tali attività in modo che sia quest'ultimo ad attuarle.

D'altro canto la dottrina che ha indagato l'esistenza di un principio di diritto internazionale che contenga l'obbligo degli Stati all'assistenza reciproca in materia tributaria, ha prevalentemente risposto in modo negativo (7) e le posizioni che hanno affermato l'esistenza di tale principio sono rimaste isolate (8).

Poiché i singoli Stati rappresentano ordinamenti giuridici originari e sovrani, nel senso che non derivano la loro validità da altri ordinamenti giuridici superiori (9), l'assistenza prestata allo Stato straniero nell'accertamento e nella riscossione del suo credito tributario o avviene in via spontanea o tramite le convenzioni.

La mancanza di un principio internazionale di collaborazione in materia tributaria, unito alla necessità per gli Stati di ottenere forme reciproche di collaborazione nell'accertamento e nella riscossione dei tributi, ha fatto in modo che la collaborazione amministrativa si sia sviluppata per mezzo dei trattati internazionali (10) che, storicamente, hanno avuto per oggetto la collaborazione ancora prima della doppia imposizione

(6) Ci si riferisce, in particolare, all'attività istruttoria.

(7) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, pag. 431; G. CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova 1965, pag. 90, afferma che è indubbio che non esista un obbligo internazionale di cooperazione tra gli Stati nell'accertamento e riscossione dei tributi. Tuttavia secondo C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova 1978, pagg. 88-124, se è vero che non esiste un obbligo internazionale alla collaborazione, non esisterebbe neppure un obbligo alla non collaborazione.

(8) L'esistenza del principio di collaborazione è stata sostenuta da G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, ora in "Opere minori di diritto tributario", Milano 1982, pag. 41 e ss., secondo il quale dai principi di sovranità ma soprattutto di libertà e uguaglianza degli Stati deriverebbe l'esistenza di un obbligo di ciascuno Stato di prestare la propria attività per soddisfare la pretesa tributaria straniera; per una critica a questa impostazione si veda C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, pag. 106 e ss..

(9) P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Stato*, "Enciclopedia giuridica", Roma 1993, pag. 10.

(10) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, pag. 431; G. CROXATTO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, pag. 90.

(11). Infatti, i primi esempi di trattati internazionali in materia tributaria sono offerti da un gruppo di tre convenzioni stipulate tra Belgio e Francia nel 1843, tra Belgio e Olanda nel 1845 e tra Belgio e Lussemburgo nel 1845.

Nel prosieguo di questo lavoro il tema dello scambio di informazioni sarà esaminato sotto una triplice prospettiva:

- 1) quella del diritto dei trattati;
- 2) quella del diritto comunitario;
- 3) quella del diritto italiano.

Appare quindi opportuno evidenziare fin d'ora che i trattati internazionali non sono automaticamente introdotti nell'ordinamento giuridico italiano, come invece avviene per le norme consuetudinarie internazionali ai sensi dell'art. 10, comma 1, della Costituzione (12), ma necessitano di idonei procedimenti di adattamento (13) che danno comunque luogo a norme di legge ordinarie (14).

Ben diversa è la validità delle fonti comunitarie che sono idonee a incidere direttamente nell'ordinamento degli Stati membri (su questo aspetto si veda oltre in materia di gerarchia delle fonti).

L'ambito comunitario sembrerebbe quello più idoneo per individuare l'esistenza di un interesse comune allo scambio delle informazioni volto alla corretta applicazione delle imposte dei singoli Stati. In effetti, questa affermazione può trovare riscontri positivi in materia di imposte sui consumi (imposta sul valore aggiunto) dove lo scambio di informazioni è funzionale alla corretta applicazione di queste imposte comuni e all'armonizzazione di esse con lo scopo della creazione del mercato interno. Tuttavia, limitandosi alla materia oggetto di questo lavoro, che è costituita dalle imposte sui redditi, non pare che vi siano riferimenti nel Trat-

92

(11) M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, pag. 432.

(12) A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, "Enciclopedia giuridica", Roma 1988, pag. 5, afferma che è opinione pressoché pacifica che l'art. 10, comma 1, si riferisca esclusivamente alle consuetudini internazionali; si veda M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, pagg. 553-554, anche per i riferimenti alle sentenze della Corte costituzionale che hanno affermato tale principio.

(13) Sui quali si veda A. D'ATENA, *Adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, pag. 2.

(14) Così P. SELICATO, *Effetti delle direttive comunitarie sulla normativa tributaria italiana*, in "Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze", 1990, II, pag. 77.

tato di Roma per affermare l'esistenza di un dovere di collaborazione tra gli Stati in materia fiscale anche se l'esigenza dello scambio di informazioni è testimoniata proprio dall'approvazione all'unanimità degli Stati della Direttiva n. 77/799.

Sembra quindi esista una sorta di contrasto tra l'inesistenza di un fondamento giuridico nei trattati Cee al dovere di collaborazione in materia fiscale e l'esigenza in questo senso avvertita dagli Stati membri.

L'introduzione della moneta unica dovrebbe implicare una maggiore integrazione delle politiche monetarie e fiscali, ferma restando la sovranità fiscale dei singoli Stati" (15), con la conseguenza di rendere ancora più intensa la necessità di collaborazione in materia tributaria.

Ma questi aspetti contrastanti non restano privi di conseguenze: come si illustrerà, infatti, soprattutto in tema di protezione del contribuente, la disciplina comunitaria sullo scambio di informazioni ha creato un sistema in cui non pare siano adeguatamente garantite le necessarie forme di tutela dei contribuenti.

I. STRUMENTI LEGALI

Lo scambio di informazioni può essere riferito alle imposte sui redditi, alle imposte sui consumi e sui trasferimenti e ai tributi doganali.

In questa sede il tema dello scambio di informazioni sarà esaminato con riferimento alle sole imposte sui redditi.

Gli strumenti per realizzare la cooperazione internazionale sono, principalmente, le convenzioni contro la doppia imposizione (imposte sui redditi e sul patrimonio) e, limitatamente all'ambito comunitario, le direttive (esempio: n. 77/799 e successive integrazioni, per imposte sui redditi, Iva, accise) e i regolamenti comunitari (esempio: n. 218/92 per l'Iva comunitaria).

(15) C. SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in "Enciclopedia giuridica", Roma 1994, pag. 4.

A. Trattati contro le doppie imposizioni

1. Analisi delle principali convenzioni contro la doppia imposizione stipulate dall'Italia in relazione all'art. 26 del modello Ocse

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Argentina	L. 27/4/82, n. 282	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per evitare l'evasione e le frodi fiscali.
Australia	L. 27/5/85, n. 292	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per prevenire l'evasione fiscale.
Austria	L. 18/10/84, n. 762	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per prevenire l'evasione fiscale.
Bangladesch	L. 5/7/95, n. 301	Conforme	Lo scambio avviene anche per prevenire le evasioni fiscali.
Belgio	L. 3/4/89, n. 148	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per prevenire la frode e l'evasione fiscale.

Nota: la convenzione con il Belgio comprende anche l'art. 27 "Assistenza per la riscossione":

1. Gli Stati contraenti si impegnano a prestarsi reciproco aiuto ed assistenza ai fini della notifica e della riscossione delle imposte specificate all'articolo 2, delle soprattasse ed addizionali di tali imposte nonché degli interessi e spese ad essi relativi.

2. Su richiesta dell'autorità competente di uno Stato contraente, l'autorità competente dell'altro Stato contraente assicura, secondo le disposizioni legali e regolamentari applicabili alla notifica ed alla riscossione di dette imposte di quest'ultimo Stato, la notifica e la riscossione dei crediti fiscali di cui al primo paragrafo che siano esigibili nel primo Stato. Tali crediti non godono di alcun privilegio nello Stato richiesto e questo non è obbligato ad applicare le procedure esecutive non autorizzate dalle disposizioni legali o regolamentari dello Stato richiedente.

3. Le richieste previste al paragrafo 2 sono avvalorate da una copia ufficiale dei titoli esecutivi corredata, ove occorra, da una copia ufficiale delle decisioni passate in giudicato.

4. Per quanto concerne i crediti fiscali suscettibili di ravame, l'autorità competente di uno Stato contraente può, al fine di salvaguardare i propri diritti, chiedere all'autorità dell'altro Stato contraente d'adottare le misure conservative previste dalla legislazione di quest'ultimo; le disposizioni dei paragrafi da 1 a 3 sono applicabili, *mutatis mutandis*, a tali misure.

5. L'articolo 26, terzo, quarto e quinto periodo del primo paragrafo, si applica ugualmente alle informazioni portate a conoscenza, in esecuzione del presente articolo, delle autorità competenti dello Stato richiesto.

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Brasile	L. 29/11/80, n. 844	Conforme	Contenuto analogo a Ocse ma forma più sintetica.
Bulgaria	L. 29/11/90, n. 389	Conforme	Lo scambio avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Canada	L. 21/12/78, n. 912	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per prevenire l'evasione fiscale.
Rep. Ceca Rep. Slovacca	L. 2/5/83, n. 303	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per evitare l'evasione e la frode fiscale.
Cina	L. 31/10/89, n. 376	Conforme	Le informazioni possono essere scambiate anche per prevenire l'evasione fiscale.
Cipro	L. 10/7/82, n. 564		Lo scambio di informazioni avviene per applicare la convenzione o per prevenire le evasioni fiscali. "Tuttavia le Autorità competenti non hanno l'obbligo di fornire informazioni non risultanti dai documenti in possesso dell'Autorità fiscale e per le quali siano necessarie particolari indagini".
Corea del Sud	L. 10/2/92, n. 199	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
Costa d'Avorio	L. 27/5/85, n. 293	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Danimarca	L. 7/8/82, n. 745	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
Ecuador	L. 31/10/89, n. 377	Conforme	
Egitto	L. 25/5/81, n. 387	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Emirati Arabi Uniti	L. 28/8/97, n. 309		
Federazione russa	L.9/10/97, n. 370	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire le evasioni fiscali.
Filippine	L. 28/8/89, n. 312	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
Finlandia	L. 25/1/83, n. 38	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
Francia	L. 7/1/92, n. 20	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale e la frode fiscale.

Art. 28: "Assistenza alla riscossione": restano in vigore le disposizioni dell'art. 25 della Convenzione del 29 ottobre 1958: "1. Gli Stati contraenti si impegnano a prestarsi aiuto ed assistenza per la riscossione delle imposte che fanno oggetto della presente Convenzione, nonché degli interessi, delle spese, dei supplementi e maggiorazioni di imposte.

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
			<p>2. Le Autorità fiscali dello Stato richiesto di prestare aiuto ed assistenza all'altro Stato procederanno alla riscossione secondo le regole applicabili alla riscossione dei propri crediti fiscali della medesima natura. I crediti fiscali da riscuotere non saranno considerati crediti privilegiati nello Stato richiesto.</p> <p>3. Gli atti e le misure d'esecuzione avranno luogo dietro produzione di una copia ufficiale dei titoli esecutivi ed eventualmente delle decisioni passate in forza di cosa giudicata.</p> <p>4. Per quanto riguarda i crediti fiscali che sono ancora possibili di ricorsi, lo Stato creditore, per la salvaguardia dei suoi diritti, può richiedere all'altro Stato di notificare al debitore un'intimazione o un titolo di riscossione. Le contestazioni concernenti la fondatezza dei reclami che hanno motivato la notificazione non possono essere portate che innanzi alla competente giurisdizione dello Stato richiedente".</p>
Germania	L. 24/11/92, n. 459	Conforme	<p>Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.</p> <p>Le informazioni saranno comunicate solo alle persone o autorità incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte oggetto della convenzione; queste persone potranno servirsi delle informazioni nel corso di pubbliche udienze di tribunali o nei giudizi a condizione che l'autorità competente dell'altro Stato contraente non vi si opponga.</p> <p>Nell'art. 20 del Protocollo è scritto: "Per quanto concerne lo scambio di informazioni previsto dall'art. 27, resta inteso che detto scambio deve essere effettuato tenendo conto delle disposizioni delle legislazioni interne dei due Stati contraenti che hanno dato esecuzione alla Direttiva n. 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 relativa all'assistenza reciproca tra le autorità competenti degli Stati membri della Cee nel settore delle imposte dirette o che daranno esecuzione a future direttive comunitarie in tal settore".</p>
Giappone	L. 18/12/72, n. 855	Conforme	<p>In ordine al segreto è stabilito, in conformità al modello Ocse 1963, che: "Le informazioni così scambiate saranno tenute segrete e non potranno essere comunicate a persone o ad Autorità diverse da quelle interessate all'accertamento o alla riscossione delle imposte che formano oggetto della presente convenzione".</p>

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Gran Bretagna e Irlanda del Nord	L. 5/11/90, n. 329	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche "in particolare per prevenire l'evasione e le frodi fiscali e per agevolare l'operatività delle norme contro l'elusione".
Grecia	L. 30/12/89, n. 445	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
India	L. 24/7/85, n. 432	Sostanzialm. conforme	Lo scambio di informazioni e documenti avviene anche per prevenire o accertare l'evasione delle imposte oggetto della convenzione. È espressamente previsto che "Lo scambio di informazioni o di documenti avviene su base automatica o dietro richiesta per casi specifici, ovvero in entrambi i modi. Le autorità competenti degli Stati contraenti stabiliranno di volta in volta l'elenco delle informazioni o dei documenti da trasmettersi automaticamente".
Irlanda	L. 9/10/74, n. 583	Conforme	È in forma più sintetica rispetto al modello Ocse 1977, per quanto riguarda il segreto.
Israele	L. 9/10/97, n. 371	Conforme	Le informazioni vengono scambiate per l'applicazione della convenzione e per prevenire l'evasione fiscale.
Slovenia e Croazia	L. 18/12/84, n. 974	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale. Nota: la Slovenia è subentrata alla Jugoslavia nella convenzione.
Kenya	L. 7/10/81, n. 666	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire le evasioni e le frodi fiscali.
Kuwait	L. 7/1/92, n. 53	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Lussemburgo	L. 14/8/82, n. 747	Conforme	L'art. 27 riproduce l'art. 26 modello Ocse. Nel protocollo aggiuntivo, al punto 7) è stabilito che: "Le disposizioni dell'art. 27 non recano pregiudizio all'esecuzione di obbligazioni più estese che potrebbero derivare dalle misure adottate in applicazione della direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 19 dicembre 1977 concernente l'assistenza reciproca delle autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette".
Malaysia	L. 14/10/85, n. 607	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire le evasioni e le frodi fiscali.

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Malta	L. 2/5/83, n. 304	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire le evasioni fiscali.
Marocco	L. 5/8/81, n. 504	Conforme	
Mauritius	L. 14/12/94, n. 712	Conforme	Lo scambio avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Messico	L. 14/12/94, n. 710	Conforme	
Norvegia	L. 2/3/87, n. 108	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Nuova Zelanda	L. 10/7/82, n. 566	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Paesi Bassi	L. 26/7/93, n. 305	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Pakistan	L. 28/8/89, n. 313	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene in particolare per evitare l'evasione fiscale.
Polonia	L. 21/2/89, n. 97	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare l'evasione fiscale.
Portogallo	L. 10/7/82, 562	Conforme	
Romania	L. 18/10/78, n. 680	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali
Singapore	L. 26/7/78, n. 575	Conforme	È in forma più sintetica rispetto al modello Ocse 1977 per quanto riguarda il segreto.
Spagna	L. 29/9/80, n. 663	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Sri Lanka	L. 28/8/89, n. 314	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'evasione fiscale.
Stati Uniti	L. 11/12/85, n. 763	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le frodi e le evasioni fiscali. Nel protocollo, art. 1, punto 16), è stabilito che: "Ai fini dell'art. 26 (Scambio di informazioni) della convenzione, la Convenzione si applica alle imposte di ogni genere prelevate da uno Stato contraente, ma soltanto nel caso in cui l'informazione abbia rilevanza per l'accertamento delle imposte considerate dall'art. 2 (Imposte considerate) della Convenzione. Resta inteso che le competenti Commissioni del Congresso degli Stati Uniti e il General Accounting Office potranno aver accesso alle informazioni scambiate ai sensi della Convenzione se detto accesso si rende necessario allo scopo di svolgere i propri compiti di sorveglianza, fatte salve soltanto le limitazioni e le procedure dell'Internal Revenue Code".

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Svezia	L. 4/6/82, n. 439	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Svizzera	L. 23/12/78, n. 943	Sostanzialm. conforme	<p>La formulazione in parte differisce letteralmente (ma non nel significato) dal modello Ocse.</p> <p>Per esempio, il paragrafo 2) stabilisce che "Le disposizioni del presente articolo non potranno in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno degli Stati contraenti di adottare misure amministrative in deroga alla sua regolamentazione o alla sua prassi amministrativa ovvero contrarie alla sua sovranità, alla sua sicurezza, ai suoi interessi generali o all'ordine pubblico ...".</p> <p>L'Amministrazione svizzera in un circolare di commento alla convenzione ha osservato in relazione allo scambio di informazioni che "... L'art. 27 permette soltanto lo scambio di informazioni necessarie per una regolare applicazione della Convenzione e non obbliga la Svizzera ad una collaborazione più estesa. In particolare non deve fornire informazioni che servano semplicemente all'applicazione delle prescrizioni di diritto interno italiano concernenti le imposte toccate dalla Convenzione. Ancor di meno ne risulta un obbligo di collaborare alle tassazioni o alle procedure di riscossione delle imposte dovute. Dal preambolo della Convenzione non è neppure possibile dedurre qualcosa d'altro: ciascuno Stato deve prendere per proprio conto le disposizioni intese a combattere l'evasione e la frode fiscale e l'altro Stato non si è impegnato a fornire la propria collaborazione. Va ancora sottolineato che qualsiasi autorità italiana (o svizzera) non può semplicemente rivolgersi a qualsiasi autorità fiscale svizzera (rispettivamente italiana). Lo scambio di informazioni infatti deve svolgersi tra le autorità competenti, in Svizzera tramite l'Amministrazione federale delle contribuzioni a Berna. In Svizzera le persone oggetto di una richiesta di informazioni possono interporre reclamo e ricorso".</p>

Convenzione	Legge di ratifica	Art. 26 Ocse	Differenze / osservazioni
Tanzania	L. 7/10/81, n. 667	Sostanzialm. conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire la frode e l'evasione fiscale.
Tailandia	L. 2/4/80, n. 202	Conforme	È in forma più sintetica rispetto al modello Ocse 1977 per quanto riguarda il segreto.
Trinidad e Tobago	L. 20/3/73, n. 167	Conforme	
Tunisia	L. 25/5/81, n. 388	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Turchia	L. 7/6/93, n. 195	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Ungheria	L. 23/7/80, n. 509	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per evitare le evasioni fiscali.
Venezuela	L. 28/8/89, n. 311	È relativa alla navigaz. marittima	L'art. 3 stabilisce: "Le Autorità competenti potranno compiere consultazioni quando lo ritengano utile, al fine di assicurare la reciproca applicazione e l'osservanza dei principi e delle disposizioni della presente Convenzione. Tale consultazione potrà essere richiesta da ciascuna delle Parti contraenti e dovrà svolgersi entro sessanta (60) giorni a partire dalla data della richiesta.
Venezuela	L. 10/2/92, n. 200	Conforme	Lo scambio di informazioni avviene anche per prevenire l'elusione, l'evasione e la frode fiscale.
Zambia	L. 27/4/82, n. 286	Conforme	

Dalla tabella che precede risulta che le convenzioni stipulate dall'Italia sono, per la maggior parte, successive al modello Ocse del 1977 e sono conformi all'art. 26 di quest'ultimo.

Le convenzioni precedenti al 1977, invece, seguono il modello Ocse del 1963 e quindi:

- non prevedono, generalmente, che lo scambio di informazioni avvenga anche per prevenire o contrastare l'evasione fiscale;

- stabiliscono che lo scambio di informazioni avvenga per applicare le disposizioni della convenzione e delle leggi interne nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono è conforme alla convenzione ("limited clause");

- prevedono una protezione assoluta delle informazioni che diviene, invece, relativa (cioè analoga a quella prevista per le informazioni ottenute in forza della legge interna) nel modello Ocse 1977 (16).

La convenzione stipulata con la Svizzera limita lo scambio alle informazioni necessarie per "una regolare applicazione" della convenzione. Nessun riferimento esiste alla legge interna degli Stati contraenti e questa circostanza trova conferma nell'interpretazione della convenzione fornita dall'amministrazione fiscale svizzera (riportata nella tabella che precede) secondo la quale nessun obbligo esiste per la Svizzera di fornire informazioni che servano per l'applicazione del diritto interno italiano e nessun obbligo esiste per collaborare alla tassazione o alle procedure di riscossione delle imposte. Ciascuno Stato deve provvedere autonomamente, con proprie disposizioni interne, a combattere l'evasione e la frode fiscale.

Anche la convenzione stipulata con Cipro prevede che lo scambio di informazioni avvenga per applicare la convenzione o per prevenire le evasioni fiscali ma non per consentire l'applicazione della legge interna degli Stati contraenti.

Le convenzioni stipulate con la Francia e con il Belgio sono le uniche due che contengono una disposizione relativa all'assistenza nella riscossione delle imposte considerate nella convenzione.

È interessante osservare che la convenzione con la Francia, ratificata dall'Italia con la legge 7 gennaio 1992, n. 20, afferma che resta in vigore l'art. 25 della precedente convenzione (stipulata a Parigi il 29 ottobre 1958 e ratificata dall'Italia con la legge 9 febbraio 1963, n. 469) relativa all'assistenza in materia di riscossione delle imposte.

Anche la precedente convenzione con il Belgio (stipulata a Bruxelles il 19 ottobre 1970 e ratificata dall'Italia con la legge 30 luglio 1973, n. 527) già conteneva una disposizione sull'assistenza alla riscossione ma in forma più limitata rispetto a quella attualmente in vigore.

Questo aspetto dimostra l'attenzione che Francia e Belgio hanno sempre rivolto all'assistenza in materia di riscossione (17).

(16) C. URTZ, *Exchange of information according to the EC mutual assistance directive and tax treaties in Austria*, in G. Gassner, M. Lang, E. Lechner, *Tax treaties and EC law*, Kluwer, Deventer 1977, pag. 227.

(17) Come osserva C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova 1978, pag. 215, le prime convenzioni internazionali in materia tributaria riguardano l'assistenza alla riscossione: si tratta delle tre convenzioni citate nell'introduzione e stipulate tra il Belgio e la Francia il 12 agosto 1843, il Belgio e l'Olanda il 24 maggio 1845 e il Belgio e il Lussemburgo l'11 ottobre 1845.

2. Sottoscrizione, approvazione e ratifica della convenzione multilaterale Oecd/Consiglio di Europa del 25 gennaio 1988

L'Italia non ha ratificato la convenzione multilaterale Oecd/Consiglio di Europa del 25 gennaio 1988 (18).

3. Esistenza di specifici accordi sullo scambio di informazioni

L'Italia ha stipulato alcuni accordi per lo scambio di informazioni con paesi con i quali esistono convenzioni contro le doppie imposizioni. Tali accordi sono stati conclusi con la Francia (in vigore dal 1° luglio 1985), con l'Austria (in vigore dal 1° gennaio 1988), con gli Stati Uniti d'America (in vigore dal 1° gennaio 1985), con la Danimarca (in vigore dal 1° gennaio 1997), con l'Ungheria (firmato il 5 giugno 1997 e in vigore all'atto della notifica dell'approvazione del testo da parte dei due Ministeri) con la Svezia, il Belgio e la Slovacchia (tutti in vigore dal 1° gennaio 1998) e con la Finlandia (in vigore dal 1° marzo 1998).

Tali accordi costituiscono applicazione dell'impegno allo scambio delle informazioni che è previsto nelle convenzioni contro le doppie imposizioni che l'Italia ha concluso con gli Stati suddetti.

Gli accordi si fondano, dunque, sulla convenzione esistente tra i due paesi e rappresentano una modalità di attuazione dello scambio di informazioni. Per questo motivo gli accordi vengono direttamente conclusi tra le amministrazioni finanziarie dei due Stati contraenti e non necessitano di apposita ratifica parlamentare (19).

Gli accordi in esame hanno per oggetto l'esecuzione di verifiche simultanee.

(18) C. ZUCHELLI, *Proposte di cooperazione delle Amministrazioni finanziarie degli Stati aderenti all'Unione Europea, per la lotta all'evasione tributaria*, a pag. 13 del testo della relazione tenuta a Caserta nel giugno del 1996, osserva che l'Ufficio per gli studi di Diritto tributario comparato e per le Relazioni internazionali del Segretariato generale del Ministero delle finanze italiano, stava raccogliendo i pareri degli Uffici competenti su eventuali riserve dell'Italia da presentare al momento della firma della convenzione.

(19) C. SACCHETTO, *L'evoluzione della cooperazione internazionale fra le amministrazioni finanziarie statali in materia di Iva ed imposte dirette: scambio di informazioni e verifiche "incrociate" internazionali*, in "Bollettino tributario d'informazioni", 1990, pag. 7 dell'estratto; l'Autore rileva la natura prettamente operativa degli accordi e ne spiega l'adozione con il fatto che le disposizioni convenzionali sullo scambio di informazioni "sono a volte formulate in modo tale da potersi considerare come norme "programmatiche"

Il Ministero delle finanze italiano ha emanato apposite circolari (Circolare n. 18/12/1293 del 15 dicembre 1989, Direzione generale delle imposte dirette, relativa all'accordo con gli U.S.A. e circolare n. 15/12/110, del 19 ottobre 1989, Direzione generale delle imposte dirette, relativa agli accordi con la Francia e l'Austria) per illustrare, agli uffici dell'Amministrazione finanziaria, il contenuto degli accordi medesimi.

L'accordo stipulato con gli Stati Uniti d'America ha per oggetto l'effettuazione di "verifiche simultanee di carattere penale di soggetti in relazione a violazioni fiscali ed altri reati ad esse connesse".

Le linee-guida per la scelta dei soggetti da sottoporre a verifica sono, tra le altre:

- esistenza di collegamento tra soggetti operanti nel settore della criminalità organizzata;
- esistenza di profitti illeciti in evasione da imposta;
- utilizzo di interposizioni fittizie di soggetti in particolare se localizzati in "Paesi - rifugio";
- alterazione artificiosa dei prezzi di beni o servizi importati o esportati, perpetrata a fini evasivi;
- altre violazioni delle leggi fiscali dei rispettivi paesi.

104

Lo Stato che desidera avere la partecipazione dell'altro Stato a una verifica simultanea, ne fa richiesta a tale Stato. Nessuno dei due Stati è obbligato a partecipare alla verifica simultanea richiesta dall'altro Stato.

Non è ammesso lo scambio di personale delle rispettive Amministrazioni finanziarie tra i due Stati.

Ciascuno Stato effettua autonomamente la verifica e può interromperla qualora non la ritenga più utile.

In particolare è previsto che tutte le informazioni specifiche acquisite in seguito alla verifica simultanea siano scambiate a norma della Convenzione contro la doppia imposizione e dell'accordo stesso. Le informazioni che possono essere scambiate per effetto dell'accordo devono essere:

- ottenibili ai sensi della legislazione fiscale di ciascuno dei due Stati;
- relative a un problema tributario previsto dalla Convenzione contro la doppia imposizione.

Ciascuna autorità competente potrà chiedere all'altra, tramite una richiesta formale scritta, copia di documenti che siano in possesso dell'altra autorità competente.

L'accordo prevede anche che l'uso di qualsiasi informazione acquisita ai sensi dell'accordo stesso "ma relativa ad accuse che non compren-

dano addbiti di carattere fiscale sarà disciplinato dalla Convenzione fiscale".

"Le informazioni provenienti da autorità diverse da quelle incaricate dall'accertamento e della riscossione delle imposte oggetto della Convenzione fiscale possono essere utilizzate in ogni programma previa autorizzazione da parte delle competenti autorità giudiziarie ed amministrative del rispettivo Stato.

Le informazioni che costituiscono elementi di prova di un procedimento in corso, dinanzi agli organi giudiziari di uno Stato possono essere fornite previa autorizzazione delle competenti autorità giudiziarie di questo Stato (per esempio un "grande jury" degli Stati Uniti).

Salvo i casi in cui la legge lo vieta, la concessione di un condono o di un'amnistia o l'effettuazione di un accertamento concordato non impedirà in alcun modo ai due Stati di scambiare informazioni acquisite precedentemente a tale condono, amnistia o all'effettuazione di un accertamento concordato".

Gli accordi con Austria e Francia corrispondono, nel contenuto, a quello con gli U.S.A.; tuttavia, in essi non si menzionano gli illeciti di carattere penale. I criteri di scelta dei soggetti da sottoporre a verifica simultanea sono:

- le dimensioni delle operazioni a livello mondiale;
- il volume delle transazioni intra-gruppo;
- la compatibilità dei periodi d'imposta;
- l'esistenza di attività che coinvolgono paesi considerati rifugi-fiscali.

10

Le informazioni sono scambiate nel rispetto delle condizioni e dei limiti posti dalle rispettive Convenzioni contro le doppie imposizioni; esse devono potersi ottenere in base alle rispettive legislazioni fiscali dei due Stati.

B. Disciplina nazionale

1. Recepimento della direttiva n. 77/799/Cee

La direttiva n. 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 disciplina lo scambio delle informazioni per la corretta determinazione delle imposte sul reddito e sul patrimonio.

La Direttiva, come noto, prevede vari tipi di scambi di informazioni (scambio su richiesta, scambio automatico e scambio spontaneo); inoltre la direttiva dispone specificamente anche in ordine alle clausole di secretezza (art. 7) e ai limiti allo scambio di informazioni (art. 8).

Il recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano è avvenuto con la legge 9 febbraio 1982, n. 42 che ha delegato il governo a emanare le norme di attuazione della direttiva. Di conseguenza, con il D.P.R. 5 giugno 1982, n. 506, è stato aggiunto il seguente comma all'art. 31 del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) 29 settembre 1973, n. 600 (accertamento delle imposte sui redditi): *"L'Amministrazione finanziaria provvede allo scambio con le altre autorità competenti degli Stati membri della Comunità economica europea delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio. Essa, a tal fine, può autorizzare la presenza nel territorio dello Stato di funzionari delle amministrazioni fiscali degli altri Stati membri."*

L'Amministrazione finanziaria provvede alla raccolta delle informazioni da fornire alle predette autorità con le modalità ed entro i limiti previsti per l'accertamento delle imposte sul reddito".

Inoltre all'art. 68 dello stesso D.P.R. n. 600/1973 è stato aggiunto il seguente comma: *"Non è considerata violazione del segreto d'ufficio la comunicazione da parte dell'Amministrazione finanziaria alle competenti autorità degli Stati membri della Comunità economica europea delle informazioni atte a permettere il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio in attuazione della direttiva del Consiglio delle Comunità europee n. 77/799/CEE del 19 dicembre 1977, modificata dalla direttiva n. 79/1070/CEE del 6 dicembre 1979"*.

Analoghe disposizioni sono state aggiunte alla legge sull'Iva (D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633). È stato osservato che manca, nella disciplina di recepimento, qualsiasi riferimento al contrasto dell'evasione e della frode fiscale, scopo espressamente indicato dalla direttiva (20).

L'introduzione nell'ordinamento italiano dei principi contenuti nella direttiva, è avvenuta in termini essenziali (quasi generici) e non contiene analiticamente tutte le indicazioni previste dalla direttiva. Per esempio manca qualsiasi riferimento ai tre tipi di scambi di informazione, dettagliatamente indicati negli artt. 2, 3 e 4 della direttiva n. 77/799/CEE.

In ordine al recepimento della direttiva nell'ordinamento italiano si osserva che lo scambio di informazioni è previsto al fine dell'accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio; la disposizione è stata inserita nel decreto sull'accertamento delle imposte sui redditi (D.P.R. n. 600/1973) tuttavia non dovrebbe porsi alcun problema per la estensibilità alle imposte sul patrimonio (esempio: imposta sul patrimonio netto delle imprese istituita in Italia con legge 26 novembre 1992, n. 461): infatti,

(20) Così F. FURIA, *Appunti sulla collaborazione amministrativa internazionale per contrastare l'evasione fiscale*, in "Bollettino tributario d'informazioni", 1984, pag. 1484.

l'art. 1, paragrafo 4 della direttiva n. 77/799 prevede l'estensione ai tributi di natura analoga o identica - ai tributi indicati al par. 1 - che verranno istituiti in aggiunta a quelli elencati nel par. 3 o che li sostituiranno.

È stabilita la possibilità di autorizzare la presenza di funzionari stranieri nel territorio dello Stato italiano per gli scopi sopra ricordati.

Inoltre è previsto che la raccolta e la trasmissione di informazioni alle autorità straniere deve avvenire con le modalità ed entro i limiti previsti dalle disposizioni sull'accertamento delle imposte sui redditi. Ciò significa che i poteri istruttori e di indagine dell'amministrazione finanziaria hanno il medesimo contenuto di quelli che l'Amministrazione finanziaria può esercitare, nel territorio dello Stato, nei confronti di soggetti passivi delle imposte italiane. Questa disposizione richiama, nel contenuto, l'art. 8, paragrafo 1, della direttiva.

In relazione al rispetto del segreto d'ufficio, l'art. 68, del D.P.R. n. 600/1973, stabilisce che è considerata violazione del segreto d'ufficio qualunque informazione o comunicazione riguardante l'accertamento, data senza ordine del giudice, salvo i casi previsti dalla legge, a persone estranee alle rispettive amministrazioni, diverse dal contribuente o da chi lo rappresenta, tra gli altri dal personale dell'Amministrazione finanziaria e dalla Guardia di finanza. Il comma aggiunto all'art. 68, del D.P.R. n. 600/1973, come ricordato, esclude che la comunicazione delle informazioni atte a permettere il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio, effettuate da parte dell'Amministrazione finanziaria alle autorità competenti degli altri Stati membri, in attuazione della direttiva n. 77/799/CEE, sia considerata violazione del segreto d'ufficio.

Prima del recepimento formale della direttiva, che secondo l'art. 12 della stessa sarebbe dovuto avvenire entro il 1° gennaio 1979, il Ministero delle finanze ha diramato la Circolare ministeriale n. 22/12/700 del 6 giugno 1981, con la quale l'Amministrazione finanziaria ha previsto la comunicazione, da parte degli organi verificatori, di compensi accreditati o corrisposti a soggetti non residenti, di cui vengano a conoscenza nel corso delle attività istruttorie. La comunicazione riguarda i canoni di locazione, gli interessi, le *royalties*, i compensi ad amministratori, i compensi per prestazioni artistiche e sportive, le provvigioni, i redditi di partecipazioni diversi dai dividendi e i compensi per altre prestazioni di lavoro autonomo.

Il Ministero delle finanze indica come motivazione delle comunicazioni di cui sopra, il fatto che:

- la direttiva era in fase di recepimento da parte dell'ordinamento italiano, quando venne emanata la circolare n. 22/12/700;

- la direttiva avrebbe previsto, tra l'altro, lo scambio spontaneo di informazioni (la circolare afferma, infatti, che la direttiva introduce l'ob-

bligo, da parte dell'Amministrazione di mettere a disposizione delle autorità competenti degli altri Stati membri, di propria iniziativa, ogni elemento utile per l'accertamento, in presenza di determinate fattispecie ricomprese nel cosiddetto scambio spontaneo di informazioni);

- lo scambio di informazioni tra le Amministrazioni fiscali degli Stati membri è soggetto al principio di reciprocità in base al quale ogni Amministrazione fornisce le informazioni all'altra Amministrazione solo se e nella misura in cui l'altra Amministrazione sia in grado di assicurare a sua volta un corrispondente flusso di informazioni nel senso inverso. Da questo punto di vista l'Amministrazione italiana, con la circolare n. 22/12/700, ha inteso soddisfare la condizione di reciprocità al fine di potere ottenere, a sua volta, informazioni dalle Amministrazioni fiscali di altri Stati membri.

2. *Disposizioni interne dell'ordinamento italiano sullo scambio di informazioni*

Con l'espressione "disposizioni interne dell'ordinamento italiano" si intendono, di seguito, le leggi, gli atti aventi forza di legge e i regolamenti, vale a dire gli atti che costruiscono fonti del diritto tributario. Perciò non sono comprese le circolari del Ministero delle finanze che costituiscono l'interpretazione di una disposizione fornita dall'Amministrazione finanziaria.

Della prassi amministrativa, vale a dire dell'interpretazione dell'Amministrazione finanziaria, si tratterà nel successivo punto B.3.

Alcune recenti disposizioni prevedono espressamente che, per la deduzione di componenti negativi di reddito o per fruire di alcune agevolazioni, quando siano presenti elementi di extraterritorialità, debbano esistere strumenti per acquisire informazioni dagli altri Stati interessati.

Per esempio, in tema di valutazioni dei titoli, l'art. 61, comma 3-bis, D.P.R. del 22/12/1986, n. 917, subordina la svalutazione delle partecipazioni in società non quotate, proporzionale alle diminuzioni patrimoniali subite dalla società partecipata residente in Stati non appartenenti alla Comunità, all'esistenza di accordi che consentano all'amministrazione di acquisire le informazioni necessarie per l'accertamento delle condizioni previste dalla disposizione.

La disposizione si riferisce sia alle partecipazioni iscritte in bilancio come attivo circolante che a quelle iscritte come immobilizzazioni finanziarie (21).

(21) In forza del rinvio all'art. 61, contenuto nell'art. 66, comma 1-bis, D.P.R. n. 917/1986. Sul tema si veda R. BAGGIO, *Svalutazione delle partecipazioni estere: è sufficiente lo scambio di informazioni previsto dal trattato o servono gli accordi amministrativi?*, in "Rassegna tributaria", n. 6, 1994, pag. 996.

L'esistenza del trattato che consenta lo scambio di informazioni è richiesta solo per partecipazioni in società non quotate e non residenti in Stati appartenenti alla Comunità. È stato rilevato che l'esclusione degli Stati comunitari deriva dall'esistenza, tra tutti gli Stati aderenti alla Cee e l'Italia, di trattati contro la doppia imposizione (22). L'esclusione degli Stati della Comunità potrebbe fondatamente risiedere anche nell'esistenza della direttiva n. 77/799/CEE che consente lo scambio di informazioni, tra i paesi membri, per l'accertamento delle imposte sui redditi.

In questo caso lo scambio di informazioni consente all'Amministrazione finanziaria italiana di potere verificare che sussistano i requisiti per procedere alla svalutazione di partecipazioni e quindi di utilizzare gli stessi poteri di controllo che le competono e che può direttamente esercitare nel caso in cui la società partecipata sia residente. Inoltre, il fatto che le informazioni provengano dalle amministrazioni straniere, fornisce loro un maggior grado di veridicità rispetto a quelle che potrebbe direttamente fornire il soggetto passivo in Italia.

Il D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239, che ha soppresso la ritenuta alla fonte sui proventi derivanti da alcune obbligazioni, quali quelle emesse da banche e da società quotate, nell'art. 6 ha stabilito che tali proventi non sono soggetti a imposizione se percepiti da soggetti residenti in Stati con i quali l'Italia abbia stipulato convenzioni contro la doppia imposizione ma a condizione che il trattato consenta all'Amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie ad accertare la sussistenza dei requisiti da parte degli aventi diritto. Con il successivo decreto ministeriale (D.M.) 4 settembre 1996, il Ministero delle finanze ha puntualmente indicato gli Stati con i quali sono in vigore convenzioni che soddisfano i requisiti suddetti (vd. anche il successivo punto 3. per la circolare ministeriale su questo argomento). Nella lista dei paesi non è stata inclusa la Svizzera poiché, come si è ricordato in precedenza, la convenzione stipulata con l'Italia consente lo scambio delle informazioni solamente per applicare la convenzione stessa e non anche la legge interna degli Stati contraneti (per le stesse ragioni è stato escluso dall'elenco anche Cipro).

Dal 1° luglio 1998 entrerà in vigore una nuova disciplina sui redditi di capitale, contenuta nel D.Lgs. 21 novembre 1997, n. 461.

L'art. 12 del D.Lgs. n. 461/1997 prevede che venga inserito l'art. 26-bis nel D.P.R. n. 600/1973, il quale stabilisce che i seguenti redditi di capitale:

- interessi e altri proventi derivanti da mutui, depositi e conti correnti (anche se rappresentati da certificati di deposito), ma con esclusione degli interessi e altri proventi derivanti da prestiti di denaro;

(22) Così R. BAGGIO, *op. cit.*, pag. 999.

- rendite perpetue e prestazioni annue perpetue di cui agli articoli 1861 e 1869 del codice civile;
- compensi per prestazioni di fideiussione o di altra garanzia;
- proventi derivanti da riporti e pronti contro termine su titoli e valute;
- proventi derivanti dal mutuo di titoli garantito;

non sono soggetti a imposizione qualora siano percepiti da soggetti non residenti in Italia ma in paesi con i quali sono in vigore convenzioni per evitare la doppia imposizione sul reddito che consentano all'Amministrazione finanziaria di acquisire le informazioni necessarie per accertare la sussistenza dei requisiti, sempreché tali soggetti non risiedano negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati con il decreto del Ministero delle finanze emanato ai sensi del comma 7-bis dell'articolo 76, del D.P.R. n. 917/1986 (D.M. 24 aprile 1992). Ai fini della sussistenza del requisito della residenza si applicano le norme previste nelle singole convenzioni.

Disposizioni analoghe sono contenute nello stesso D.Lgs. n. 461/1997 negli articoli 5 e 9.

L'art. 5, comma 5, prevede che non siano soggetti a imposta sostitutiva su alcune plusvalenze, non conseguite nell'ambito del reddito d'impresa, i redditi percepiti da soggetti residenti in Stati con i quali sono in vigore convenzioni per evitare la doppia imposizione sul reddito, che consentano all'Amministrazione finanziaria italiana di acquisire le informazioni necessarie per accertare la sussistenza dei requisiti, sempreché tali soggetti non risiedano negli Stati o territori a regime fiscale privilegiato individuati nel D.M. 24 aprile 1992.

L'art. 9 prevede un'agevolazione per i soggetti non residenti che conseguano proventi da organismi di investimento collettivo sempreché i soggetti percettori dei redditi siano residenti in Stati con i quali l'Italia abbia stipulato convenzioni per evitare la doppia imposizione che consentano all'Amministrazione finanziaria di acquisire informazioni necessarie per accertare la sussistenza dei requisiti, sempreché tali soggetti non risiedano negli Stati considerati "paradisi fiscali" dal D.M. 24 aprile 1992.

In tutte le disposizioni che sono state ricordate, la possibilità di scambiare le informazioni con altri Stati consente all'Italia di verificare, principalmente, che i soggetti a cui sono destinate alcune agevolazioni, siano effettivamente non residenti in Italia ma nell'altro Stato contraente. In questo caso lo scambio di informazioni assume una funzione antielusiva.

Con il D.M. 29 ottobre 1996, n. 603, il Ministero ha escluso l'accesso, ai sensi della L. 7 agosto 1990, n. 241, alla documentazione relativa alla

collaborazione internazionale. La legge n. 241/1990 (cosiddetta legge sulla "trasparenza amministrativa") disciplina la possibilità per i soggetti privati di avere accesso ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione.

Questa disposizione può essere spiegata con l'obbligo, previsto negli articoli convenzionali sullo scambio di informazioni, di mantenere il segreto sulle informazioni ricevute.

Come si è osservato in precedenza, nelle convenzioni conformi al modello Ocse del 1963, l'obbligo di segreto era assoluto mentre in quelle più recenti, che seguono il modello del 1977, l'obbligo è relativo perché analogo a quello applicabile alle informazioni ottenute secondo la legislazione interna dello Stato richiedente. Tuttavia, anche in queste ultime convenzioni è stabilito che le informazioni possano essere comunicate solamente alle persone o autorità incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte considerate nella convenzione.

Ne deriva che con il D.M. n. 603/1996, lo Stato italiano, nel rispetto delle disposizioni convenzionali che prevedono l'obbligo del segreto sulle informazioni scambiate ai sensi delle convenzioni medesime, ha escluso che tali informazioni possano essere divulgate a soggetti privati.

Il D.M. 24 gennaio 1994, n. 198 (23), nell'art. 6, comma 2, prevede che "L'Amministrazione finanziaria italiana fornisce semestralmente alle autorità fiscali estere, in un'ottica di interscambio, i dati relativi agli investitori di ciascun Paese e al Ministero del Tesoro i dati analitici e di consuntivo relativi ai proventi riconosciuti". Il D.M. (che è del Ministero del tesoro di concerto con quello delle Finanze) costituisce attuazione della legge 18 novembre 1993, n. 467, che ha disciplinato il rimborso, ai soggetti non residenti, delle ritenute non applicabili, in forza delle convenzioni esistenti, sugli interessi dei titoli di Stato.

I

3. Esistenza di specifiche regolamentazioni, circolari e istruzioni

Anche la prassi amministrativa dimostra di avere precisa conoscenza del ruolo che ormai riveste la cooperazione internazionale. Si riportano, di seguito, alcuni recenti esempi di interpretazioni ministeriali, che, oltre a quelli già menzionati in precedenza, hanno espressamente richiamato lo scambio di informazioni.

Nella circolare ministeriale n. 271/E del 21 ottobre 1997, in ordine alle spese di regia imputate da società non residenti alle proprie stabili or-

(23) Regolamento recante modalità per il rimborso ai non residenti delle ritenute convenzionali sui titoli di Stato, in "Corr. Trib.", 1994, pag. 1036.

ganizzazioni, il Ministero ha inviato gli organi accertatori a effettuare tutte le possibili ricerche per verificare la certezza, l'inerenza e la congruità di tali spese ricorrendo alle procedure di accertamento in collaborazione con le autorità fiscali estere.

La circolare 17 agosto 1996, n. 201/E (Direzione centrale affari giuridici e contenzioso tributario) tratta della regola dei 183 giorni di soggiorno del lavoratore dipendente nello Stato in cui presta l'attività (vedi art. 15, par. 2, Modello Ocse). Sul computo dei 183 giorni la circolare ha illustrato i contenuti della Raccomandazione del Consiglio dell'Ocse del 24 ottobre 1991 la quale, a sua volta, ha recepito le osservazioni del Comitato degli affari fiscali dell'Ocse in ordine ai criteri secondo i quali determinare i giorni di presenza fisica del lavoratore nello Stato, diverso da quello di residenza, in cui viene prestata l'attività lavorativa.

Per esempio devono essere inclusi nei giorni suddetti, le frazioni di giorno, il giorno di arrivo, il giorno di partenza, i giorni festivi se vengono trascorsi nello Stato in cui l'attività è esercitata, eccetera.

La circolare osserva che, quando non sia agevole verificare puntualmente la permanenza in Italia del lavoratore, è opportuno compiere accertamenti presso le Autorità fiscali del paese di residenza del lavoratore al fine di evitare abusi.

A questo scopo la circolare suggerisce il ricorso allo "scambio di informazioni" che è normalmente previsto dalle Convenzioni contro la doppia imposizione.

Oltre allo specifico scopo di cui sopra la circolare raccomanda agli Uffici dell'Amministrazione finanziaria (a cui essa si rivolge) di utilizzare lo strumento dello "scambio di informazioni" "ogni volta che si ritenga di poter acquisire, da Paesi esteri, elementi comunque utili all'attività accertatrice, tenendo anche conto che l'intensificarsi dello scambio di informazioni può risultare un valido deterrente per evitare fenomeni di evasione e di elusione".

Con la R.M. 3 marzo 1997, n. 39/E (Direzione centrale affari giuridici e contenzioso tributario) il Ministero delle finanze ha risposto a un quesito avanzato dalle Confederazioni sindacali sul trattamento fiscale da riservare alle pensioni erogate da Enti previdenziali esteri a soggetti residenti in Italia che, in base alle Convenzioni esistenti, sono imponibili esclusivamente in Italia. In particolare è stato chiesto se le prestazioni erogate dagli enti quando assumano la stessa natura, ma differente denominazione, di analoghe prestazioni rese da istituti italiani che in Italia non sono considerate imponibili, possano mantenere tale irrilevanza reddituale.

Il Ministero ha risposto affermativamente ma ha richiesto che il percettore dichiari la natura risarcitorie dell'emolumento ricevuto: questa di-

chiarazione viene richiesta allo scopo di eseguire controlli con le Autorità fiscali estere.

Nella risoluzione citata il Ministero non menziona espressamente lo scambio di informazioni: esso è sottinteso poiché costituisce l'elemento necessario per l'esecuzione dei controlli con le Autorità fiscali estere a cui si fa riferimento nella risoluzione.

Con la circolare ministeriale 23 dicembre 1996, n. 306/E il Dipartimento delle Entrate del Ministero delle finanze ha fornito indicazioni relative alla disciplina introdotta dal D.Lgs. 1° aprile 1996, n. 239 (Modificazioni al regime fiscale degli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari, pubblici e privati) già menzionato sopra.

L'art. 6, comma 1, del D.Lgs. n. 239/1996, prevede l'esonero dal regime dell'imposta sostitutiva per gli interessi, premi e altri frutti delle obbligazioni e titoli similari percepiti da soggetti residenti in Stati con i quali siano in vigore convenzioni che consentano all'Amministrazione finanziaria di ricevere le informazioni necessarie ad accertare l'esistenza dei requisiti da parte degli aventi diritto (residenza in uno Stato indicato nel D.M. 4/9/1996, assoggettabilità alle imposte nel paese di residenza e status di effettivo beneficiario).

Sono esclusi da tale regime e quindi si applica l'imposta sostitutiva i soggetti:

- residenti in Stati con i quali non esistono accordi contro la doppia imposizione sul reddito;
- residenti in Stati che hanno stipulato con l'Italia convenzioni contro la doppia imposizione che non consentano lo scambio di informazioni per verificare l'esistenza dei requisiti da parte degli aventi diritto;
- residenti in Stati o territori non appartenenti alla Cee aventi un regime fiscale privilegiato (cosiddetti "paradisi fiscali" ai sensi dell'art. 76, comma 7-bis, del D.P.R. n. 917/1986).

Il Ministero ha individuato tra le convenzioni stipulate dall'Italia quelle che contengono una clausola che preveda lo scambio delle informazioni nel modo più ampio possibile, "nel senso di assicurare la corretta applicazione non solo delle disposizioni convenzionali, ma anche delle leggi interne degli Stati contraenti".

Secondo il Ministero delle finanze una clausola sulla cooperazione amministrativa limitata alla sola applicazione delle disposizioni convenzionali non costituisce una base giuridica valida per una richiesta di informazioni da effettuare ai sensi di una disposizione interna quale è il D.Lgs. n. 239/1996.

Sono quindi state escluse dall'elenco le convenzioni che non prevedono lo scambio di informazioni anche per l'applicazione della norma interna (esempio: Svizzera e Cipro).

Con D.M. 4 dicembre 1996, n. 632, sono state stabilite le procedure per attuare il regime di esonero dall'imposta sostitutiva (è prevista una serie di comunicazioni dalle banche depositarie dei titoli al Ministero).

C. Gerarchia delle fonti

In ordine alla gerarchia delle fonti si accenna, di seguito, al problema dei rapporti tra norme costituzionali italiane e norme comunitarie e si indica, sinteticamente, quale sia la gerarchia delle fonti del diritto tributario in Italia.

Nell'ordinamento costituzionale italiano è stabilito il principio della riserva di legge (art. 23 della Costituzione "Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge").

Si tratta di una riserva di legge relativa poiché si ritiene sufficiente che la legge o un atto avente efficacia di legge (24), stabilisca gli elementi essenziali del tributo (per esempio il presupposto, i soggetti passivi, l'aliquota, eccetera).

Quindi un primo problema può porsi per stabilire se il principio della riserva di legge sia applicabile anche nei confronti dei regolamenti comunitari o meno e, in particolare, quando tali regolamenti istituiscano tributi.

In termini generali l'opinione prevalente (25) ritiene che aderendo al Trattato Cee l'Italia abbia operato una limitazione alla propria sovranità il che è consentito dall'art. 11 della Costituzione. Questo stabilisce che: "l'Italia ... consente alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo".

La Corte costituzionale ha affermato che "le norme comunitarie ... debbono avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicabilità in tutti gli Stati membri, senza la necessità di ricezione ed adattamento, come atti aventi forza e valore di legge ed uniforme nei confronti di tutti i destinatari" e che "l'art. 23 della Costituzione non è formalmente applicabile alle norme comunitarie, e queste un ordinamento distinto da quello interno" (26). Quindi, secondo la Corte costituzionale, al regolamento comunitario non si ap-

(24) Hanno efficacia di legge i decreti legge e i decreti legislativi.

(25) Si veda F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. I, Torino 1997, pag. 17; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino 1998, pag. 77.

(26) Corte costituzionale, sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973; sul punto si veda C. SACCHETTO - G. CASERTANO, *Tributi*, in "Trattato di diritto amministrativo comunitario", diretto da M.P. Chiti e G. Greco, pagg. 1296-1297; in senso analogo vedi sentenza n. 170/1984.

plicherebbe l'art. 23 della Costituzione poiché i regolamenti operano nell'ambito loro proprio della Comunità e il diritto comunitario e quello degli Stati membri si configurano come sistemi giuridici autonomi e distinti.

In ordine ai rapporti tra regolamenti comunitari e art. 23 della Costituzione si deve aggiungere che l'opinione prevalente della giurisprudenza e della dottrina è nel senso di ammettere la legittimità dei regolamenti istitutivi o modificativi di tributi (27).

Tuttavia è stato osservato che il problema dei rapporti tra art. 23 della Costituzione e regolamenti comunitari non è definitivamente risolto perché il Trattato istitutivo della Comunità è stato approvato, in Italia, solo con legge ordinaria (legge 14 ottobre 1957, n. 1203) e questa è gerarchicamente inferiore alla legge costituzionale (28); inoltre la conclusione di autonomia dei regolamenti comunitari rispetto all'art. 23 della Costituzione appare affrettata giacché il procedimento di formazione della legge coinvolge il Parlamento mentre quello del regolamento è limitato a organi esecutivi della Comunità e quindi appare debole l'affermazione della superiorità del regolamento sulla legge interna ordinaria (29).

Per quanto concerne invece le direttive comunitarie, esse impongono linee di comportamento agli Stati membri e richiedono, per l'attuazione, atti normativi interni.

La Corte di giustizia della Comunità (30) ha affermato che le direttive sono direttamente applicabili quando pongono a carico degli Stati membri obblighi precisi e siano decorsi i termini per il loro recepimento nell'ordinamento dello Stato membro; in senso conforme si è espressa anche la Corte costituzionale (sentenza n. 168/1991) (31) (32).

11

(27) Si veda, per esempio, la sentenza 28 luglio 1976, n. 205 della Corte costituzionale.

(28) C. SACCHETTO - G. CASERTANO, *Tributi*, cit., pag. 1297.

(29) A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, pag. 118.

(30) Per esempio sentenza 5 aprile 1979, causa n. 148/1978.

(31) Sul punto si veda C. SACCHETTO, *La immediata applicabilità delle direttive Cee*, in "Rass. Trib.", 1987, II, pag. 217; L. TOSI, *Le entrate acquisite "in quanto pubbliche autorità"*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1988, I, pag. 589; F. GALLO, *La VI direttiva comunitaria concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali: contenuto precettivo e sua applicabilità immediata in materia di aliquota sui conferimenti di immobili*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1988, II, pag. 86; CARMINI - MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comunitario*, Padova 1996, pag. 24.

(32) In senso critico sulla possibilità che da una direttiva derivino effetti diretti

La gerarchia delle leggi, nell'ordinamento italiano, è la seguente.

Il grado più elevato è ricoperto dalla Costituzione e dalle leggi costituzionali.

Vi sono, poi, le leggi (incluse le leggi regionali ai sensi dell'art. 119 della Costituzione e quindi nei limiti stabiliti da leggi statali) e gli atti aventi forza di legge che comprendono i decreti legge e i decreti legislativi.

I primi sono emanati dal Governo in casi di necessità e urgenza e devono essere convertiti in legge dal Parlamento entro 60 giorni dalla loro emanazione.

I decreti legislativi sono atti con i quali il Governo utilizza una delega che gli è stata fornita dal Parlamento. L'art. 76 della Costituzione stabilisce che "L'esercizio della funzione legislativa non può essere delegato al Governo se non con determinazione di principi e criteri direttivi e soltanto per tempo limitato e per oggetti definiti".

Il decreto legislativo deve rispettare i principi contenuti nella legge di delega pena l'illegittimità costituzionale del decreto legislativo medesimo.

Inoltre il decreto legislativo deve rispettare il principio della riserva di legge.

Nella gerarchia delle fonti seguono i regolamenti che sono subordinati alle leggi e agli atti aventi forza di legge.

Non costituiscono fonti del diritto le circolari con cui l'Amministrazione finanziaria fornisce, solitamente, la sua interpretazione su testi di legge.

Non costituiscono neppure fonti del diritto tributario gli usi e le consuetudini.

II. FINALITÀ DELLO SCAMBIO DI INFORMAZIONI

Si illustrano, di seguito, quali siano le finalità dello scambio di informazioni previsto sia dalle convenzioni contro la doppia imposizione che dalla legislazione nazionale.

nell'ordinamento italiano e in materia tributaria, si veda P. SELICATO, *Effetti delle direttive comunitarie sulla normativa tributaria italiana*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1990, II, pag. 82, il quale osserva che la diretta applicabilità delle direttive non deriva né da una legge dello Stato italiano e neppure da una norma comunitaria recepita nell'ordinamento italiano in forza dell'art. 11 della Costituzione.

1. Le finalità dello scambio di informazioni nelle convenzioni contro la doppia imposizione

L'art. 26 del modello Ocse (1977 e 1992) prevede che lo scambio delle informazioni avvenga per applicare le disposizioni della Convenzione o le disposizioni della legislazione interna degli Stati contraenti relative alle imposte previste dalla Convenzione (cosiddetta "major information clause") (33).

Come è stato osservato questa disposizione tutela l'interesse dello Stato contraente e questa finalità appare più ampia di quella generalmente perseguita dalle altre regole del modello di convenzione che sono sempre rivolte ad eliminare la doppia imposizione (34).

Il Commentario all'art. 26 osserva che l'assistenza amministrativa appare opportuna per l'accertamento di fatti in relazione ai quali si devono applicare le regole della Convenzione. Inoltre, attesa la crescente internazionalizzazione delle relazioni economiche, gli Stati hanno interesse allo scambio delle informazioni finalizzato all'applicazione della legge interna anche se non si tratta di applicare alcuna disposizione della Convenzione.

Nelle convenzioni stipulate dall'Italia, generalmente, si afferma che lo scambio delle informazioni avviene per applicare le disposizioni della convenzione, le disposizioni interne degli Stati contraenti e per prevenire l'evasione (talvolta si menzionano anche l'elusione e, più spesso, la frode fiscale).

La prevenzione dell'evasione fiscale è, normalmente, aggiunta alla fine del primo periodo dell'articolo che tratta dello scambio di informazioni. La prevenzione dell'evasione o della frode è indicata nel modello di convenzione delle Nazioni Unite.

Non è ben chiaro, dal tenore letterale, se lo scambio finalizzato alla prevenzione dell'evasione avvenga limitatamente alle imposte previste dalla convenzione o abbia un valore più generale.

Nel preambolo delle convenzioni spesso gli Stati contraenti affermano il desiderio di evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio e di prevenire l'evasione fiscale.

Pare corretto ritenere che la "prevenzione dell'evasione" sia riferita

(33) Tale clausola si contrappone a quella cosiddetta "minor information clause" che finalizza lo scambio delle informazioni all'applicazione della convenzione (for carrying out the Convention); tra le Convenzioni stipulate dall'Italia quelle con Svizzera e Cipro contengono la "minor information clause".

(34) Così K. VOGEL, *Double taxation convention*, Kluwer, Deventer 1997, pag. 1403.

alle imposte considerate nel trattato. Infatti questa interpretazione risulta confermata dal testo dell'articolo che contiene la disciplina dello scambio di informazioni che prevede, generalmente, la comunicazione delle informazioni oggetto di scambio alle persone e autorità incaricate dell'accertamento delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o procedimenti concernenti tali imposte o delle decisioni di ricorsi concernenti tali imposte (così l'art. 27 della convenzione con il Belgio; analogamente nella convenzione con la Germania, eccetera).

Ne deriva che l'estensione dello scambio anche alla prevenzione dell'evasione probabilmente non aggiunge nulla all'ipotesi di scambio finalizzata anche all'applicazione della legge interna.

Il requisito della "prevenzione" può essere valorizzato relativamente allo scambio cosiddetto "spontaneo" tramite il quale avviene un flusso di informazioni tra i due Stati contraenti volto, appunto, a prevenire l'evasione fiscale (per esempio comunicazione sistematica all'altro Stato di percezione in uno Stato di redditi soggetti a ritenuta da parte di residenti nell'altro Stato).

La convenzione con la Svizzera (art. 27) prevede che lo scambio delle informazioni avvenga per la "regolare applicazione della Convenzione". È quindi escluso lo scambio finalizzato all'applicazione della legge interna, relativa alle imposte considerate dalla convenzione, degli Stati contraenti.

La convenzione con il Belgio comprende l'art. 27 "Assistenza per la riscossione" con il quale gli Stati contraenti si sono impegnati a prestarsi reciproco aiuto ed assistenza ai fini della notifica e della riscossione delle imposte specificate nella convenzione, delle soprattasse ed addizionali di tali imposte nonché degli interessi e spese ad essi relativi.

Analogamente la convenzione con la Francia prevede, nell'art. 28 "Assistenza alla riscossione", che restano in vigore le disposizioni dell'art. 25 della Convenzione del 29 ottobre 1958 secondo il quale gli Stati contraenti si impegnano a prestarsi aiuto ed assistenza per la riscossione delle imposte che costituiscono oggetto della Convenzione, nonché degli interessi, delle spese, dei supplementi e maggiorazioni di imposte.

La Convenzione con la Gran Bretagna stabilisce che lo scambio di informazioni avvenga anche per prevenire l'evasione e le frodi fiscali e per agevolare l'operatività delle norme contro l'elusione.

Nel protocollo alla convenzione stipulata con gli Stati Uniti, nell'art. 1, punto 16) è stabilito che: "Ai fini dell'art. 26 (Scambio di informazioni) della convenzione, la Convenzione si applica alle imposte di ogni genere prelevate da uno Stato contraente, ma soltanto nel caso in cui l'informazione abbia rilevanza per l'accertamento delle imposte considerate dall'art. 2 (Imposte considerate) della Convenzione ...".

2. Le finalità dello scambio di informazioni previsto dall'ordinamento interno

Le disposizioni della legge italiana che fanno riferimento allo scambio di informazioni stanno diventando sempre più numerose (si veda l'elencazione contenuta nella parte I).

Emerge un crescente utilizzo dello scambio di informazioni nell'ambito dell'accertamento del reddito che sia composto da elementi internazionali e questo utilizzo è volto al perseguimento della corretta applicazione dell'ordinamento interno e alla prevenzione dell'evasione e dell'elusione internazionali. L'ordinamento, preso atto dello sviluppo in senso internazionale dei rapporti commerciali, pone come limite al riconoscimento di determinati elementi negativi del reddito o di agevolazioni, la possibilità di ricevere informazioni dallo Stato nel quale parte dell'attività è esercitata o da cui provengono alcuni componenti del reddito.

In questo modo, d'altro canto, si applicano gli stessi strumenti di accertamento nei confronti dei soggetti i cui redditi presentano elementi di internazionalità e di quelli i cui redditi ne sono privi: questo criterio può ritenersi aderente al principio di uguaglianza contenuto nell'art. 2 della Costituzione italiana.

Generalmente le disposizioni dell'ordinamento italiano che fanno riferimento allo scambio di informazioni, lo prevedono allo scopo di consentire all'Amministrazione finanziaria di verificare l'esistenza di determinate condizioni o requisiti che consentono al soggetto passivo di ottenere un beneficio.

Così accade per la disposizione contenuta nell'art. 61, del D.P.R. n. 917/1986 che subordina la possibilità di svalutare le partecipazioni al capitale di una società non residente in uno Stato membro della Comunità, all'esistenza di accordi che consentano all'Amministrazione finanziaria di accertare le condizioni richieste dalla stessa disposizione per svalutare le partecipazioni (in questo caso l'Amministrazione deve poter verificare l'entità del patrimonio netto della società partecipata prima dell'acquisto della partecipazione nonché del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio).

Nell'ipotesi considerata dall'art. 12, del D.Lgs. n. 461/1997, che prevede dal 1° luglio 1998 l'esenzione per i redditi di capitale percepiti da soggetti non residenti, la disposizione introduce un regime di favore per gli investitori non residenti ma subordina il beneficio all'esistenza di convenzioni che consentano lo scambio di informazioni allo scopo di permettere l'accertamento, per esempio, della effettiva condizione di residente nell'altro stato contraente la convenzione.

1

Più ampia è, invece, la previsione dell'art. 31, del D.P.R. n. 600/1973, che, come già si è ricordato, costituisce il recepimento nell'ordinamento italiano della direttiva n. 799/77. L'art. 31 stabilisce, infatti, che l'Amministrazione provveda allo scambio delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio. Naturalmente l'art. 31 prevede lo scambio delle informazioni con gli altri Stati membri della Comunità mentre le disposizioni sopra ricordate richiedono la possibilità di scambio con gli altri stati contraenti delle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione.

Solo nell'ambito dello scambio di informazioni tra paesi comunitari è ammessa la possibilità di autorizzare la presenza nel territorio italiano di funzionari delle amministrazioni di altri Stati membri.

La maggiore ampiezza e integrazione nello scambio di informazioni all'interno della Comunità risulta anche dall'art. 31, comma 4, secondo il quale l'Amministrazione finanziaria provvede alla raccolta delle informazioni da fornire alle autorità degli altri Stati membri. A questo scopo l'Amministrazione finanziaria ha emanato un'apposita circolare che è già stata menzionata (vd. parte I).

III. ORGANIZZAZIONE DELLO SCAMBIO DI INFORMAZIONI

L'attività di scambio delle informazioni è disciplinata in modo che lo scambio avvenga, in termini generali, tra l'Amministrazione finanziaria centrale. Questa è l'interlocutrice con le autorità straniere nell'attività di scambio di informazioni.

È però opportuno distinguere lo scambio di informazioni regolato dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni rispetto a quello disciplinato dall'ordinamento in esecuzione di direttive comunitarie; inoltre una specifica menzione meritano alcuni casi particolari come quello relativo alle verifiche simultanee le quali, tuttavia, avvengono in esecuzione delle convenzioni e quindi possono essere ricondotte a queste, nella classificazione.

1. *Convenzioni contro le doppie imposizioni*

Le convenzioni stipulate dall'Italia sono, generalmente, conformi al modello Ocse.

L'art. 26 del modello Ocse del 1992 stabilisce che "Le autorità competenti degli Stati contraenti si scambiano le informazioni ...".

L'art. 3, par. 1, lettera e), prevede che venga identificata l'autorità competente di ciascuno Stato contraente.

Nella quasi totalità delle convenzioni stipulate dall'Italia, l'Autorità competente viene identificata nel Ministero delle finanze (per esempio la convenzione con l'Egitto indica, quale autorità competente, il Ministro delle finanze, la convenzione con il Giappone indica il Ministro delle finanze o un suo rappresentante autorizzato, eccetera).

Costituisce esempio di quanto sopra affermato, il contenuto di una recente circolare (17/8/1996, n. 201/E) nella quale la Direzione centrale degli affari giuridici e contenzioso tributario, che è parte del Ministero delle finanze, recependo la raccomandazione del Consiglio Ocse del 24 ottobre 1991 relativa al trattamento fiscale delle retribuzioni di lavoro dipendente, ha segnalato l'opportunità di ricorrere allo scambio di informazioni, previsto dalle convenzioni, con le autorità estere al fine di verificare la permanenza in Italia di lavoratori stranieri.

La circolare afferma che lo scambio di informazioni si attua nel modo seguente:

- gli uffici periferici dell'Amministrazione finanziaria (uffici delle imposte) segnalano la questione (per esempio: verifica della permanenza all'estero del lavoratore dipendente) alla Direzione centrale degli affari giuridici e contenzioso tributario;

- la Direzione centrale formula una specifica richiesta alle competenti Autorità fiscali estere.

Un caso particolare (Circolare del 30/9/1989, n. 9/12/020, Direzione generale imposte dirette) che è stato sollevato nell'applicazione delle convenzioni, in ordine all'individuazione dell'autorità competente, riguarda alcune lamentele avanzate da operatori economici per la mancata accettazione da parte delle Autorità fiscali straniere di certificazioni rilasciate dagli uffici periferici delle imposte dirette per l'ottenimento dei benefici fiscali previsto dalle convenzioni (esempio: per l'applicazione delle ritenute nella misura convenzionale anziché in quella prevista dalla legge interna). Nelle certificazioni rilasciate dagli uffici delle imposte non risultava evidente che esse provenivano dall'autorità competente individuata dalle convenzioni, vale a dire dal Ministero delle finanze. A questo scopo nella circolare il Ministero delle finanze ha inviato gli uffici delle imposte a intestare le certificazioni con la dicitura: "Repubblica italiana - Ministero delle finanze - Ufficio distrettuale delle imposte dirette di ...".

Un altro esempio di regolamentazione del flusso di informazioni da scambiare è contenuto nella Circolare 22/12/700 del 6 giugno 1981 dove il Ministero delle finanze, in attuazione delle disposizioni relative allo

scambio di informazioni contenute sia nelle convenzioni che nella direttiva n. 77/799/CEE (al tempo non ancora recepita in Italia), ha previsto la segnalazione alla Direzione generale per gli studi di legislazione comparata (Unità centrale per i non residenti), che era parte del Ministero delle finanze, dei compensi accreditati o corrisposti a soggetti non residenti (canoni di locazione, interessi, royalties, eccetera). Tale segnalazione deve essere effettuata dai soggetti che eseguono le verifiche e gli accertamenti.

2. *Direttiva n. 77/799/CEE*

L'art. 1 della Direttiva n. 77/799/CEE prevede che le autorità competenti si scambino le informazioni per una corretta determinazione delle imposte sul reddito e sul patrimonio.

Lo scambio avviene tra le autorità competenti e, per l'Italia, lo stesso art. 1 indica il Ministro delle finanze o un suo rappresentante autorizzato.

Il recepimento della direttiva n. 77/799 nell'ordinamento italiano è avvenuto inserendo una specifica disposizione nelle norme che regolano l'accertamento delle imposte sui redditi (art. 31, commi 3 e 4, D.P.R. n. 600/1973).

Queste disposizioni stabiliscono che "L'Amministrazione finanziaria provvede allo scambio, con le altre autorità competenti degli Stati membri della CEE, delle informazioni ...".

Quindi nel recepire le indicazioni della Direttiva la persona del Ministro delle finanze (o un suo rappresentante autorizzato) è stata sostituita con l'Amministrazione finanziaria (che equivale a dire: "il Ministero delle finanze").

L'art. 31 del D.P.R. n. 600/1973, nel quale, come si è detto, sono stati inseriti due commi per recepire la direttiva n. 77/799, disciplina i compiti degli uffici delle imposte e, nei primi due commi, menziona esplicitamente gli "uffici delle imposte". Il fatto che nei commi 3 e 4 il compito dello scambio delle informazioni sia attribuito all'Amministrazione finanziaria, conferma che tale scambio avviene sempre tramite il Ministero delle finanze, da intendersi come amministrazione centrale del Ministero e mai avviene direttamente tra i singoli uffici periferici delle imposte.

L'art. 9 della Direttiva n. 77/799/CEE stabilisce altresì che le autorità competenti (indicate nell'art. 1 della direttiva), oltre a potere comunicare direttamente fra loro, possono consentire ad altre autorità, da esse designate, di stabilire contatti diretti per casi specifici o per certe categorie di casi.

L'ufficio del Ministero delle finanze che si occupa dello scambio di informazioni è il Segretariato generale del Ministero delle finanze - Ufficio centrale per le Relazioni Internazionali.

Dal 1° marzo 1998 è competente allo scambio di informazioni anche la Guardia di finanza.

3. Altri casi

Gli accordi per l'esecuzione di verifiche simultanee costituiscono un'applicazione delle disposizioni sullo scambio di informazioni contenute nelle convenzioni contro la doppia imposizione.

Gli accordi conclusi dall'Italia (per esempio con Francia e Austria) poiché hanno fondamento nella convenzione bilaterale, prevedono espressamente che lo scambio delle informazioni che avviene in virtù dell'accordo stesso, rispetti le condizioni e i limiti previsti dall'articolo della convenzione che regola lo scambio di informazioni.

L'accordo con l'Austria, per esempio, prevede che i due rappresentanti delle amministrazioni finanziarie comunichino tra loro solamente per mezzo delle autorità competenti come individuate dalla convenzione (per l'Italia: il Ministero delle finanze).

Tuttavia le autorità competenti possono stabilire che i rappresentanti siano autorizzati ad agire come delegati dell'autorità competente del rispettivo paese. Questa delega permetterà loro di comunicare direttamente sia telefonicamente sia mediante consultazione diretta; tuttavia la comunicazione scritta deve essere sempre effettuata dall'intermediario delle proprie autorità competenti.

L'espressione "rappresentanti dell'Amministrazione fiscale" comprende, per quanto riguarda l'Italia, anche gli appartenenti al Corpo della Guardia di finanza.

Nell'accordo amministrativo con gli Stati Uniti è stabilito (art. 7, comma 5) che l'espressione "Autorità competente" designa, ai fini dell'accordo, per l'Italia, la "Direzione generale per gli studi di legislazione comparata e le relazioni internazionali".

IV. SOGGETTI PASSIVI E IMPOSTE CONSIDERATE

Si esaminano, di seguito, quali siano i soggetti passivi e le imposte interessate allo scambio di informazioni.

Anche in relazione a questi aspetti, è opportuno tenere distinta la disciplina interna unilaterale da quella convenzionale.

1

1. Contribuenti

1.1. *La Direttiva n. 77/799/CEE*

L'art. 31 del D.P.R. n. 600/1973, già interamente riportato in precedenza, è stato inserito nell'ordinamento italiano in attuazione della direttiva n. 77/799/CEE. Esso dispone che "L'Amministrazione finanziaria provvede allo scambio con le altre autorità competenti degli Stati membri della Comunità economica europea delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio. Essa, a tal fine, può autorizzare la presenza nel territorio dello Stato di funzionari delle amministrazioni fiscali degli altri Stati membri.

L'Amministrazione finanziaria provvede alla raccolta delle informazioni da fornire alle predette autorità con le modalità ed entro i limiti previsti per l'accertamento delle imposte sul reddito".

Il testo della direttiva n. 77/799/CEE non indica espressamente se lo scambio di informazioni riguardi solamente i soggetti residenti o anche quelli non residenti.

L'art. 1 stabilisce che le autorità competenti si scambino "ogni informazione atta a permettere loro una corretta determinazione delle imposte sul reddito e sul patrimonio"; non pare, quindi, che esistano limitazioni allo scambio di informazioni in relazione alla residenza o meno del soggetto passivo delle imposte suddette poiché se soggetti passivi sono anche i non residenti (come accade nell'ordinamento italiano) lo scambio di informazioni potrà riguardare anche questi affinché siano correttamente determinate le imposte. D'altro canto i poteri di accertamento dell'Amministrazione finanziaria non sono diversi a seconda che l'accertamento riguardi soggetti residenti o non residenti.

L'interpretazione accolta dal Ministero delle finanze italiano (contenuta nella circolare n. 22/12/700 del 6/6/1981) estende lo scambio delle informazioni, oltre che ai soggetti residenti, anche a quelli non residenti. Infatti, con la circolare suddetta sono state fornite istruzioni per la raccolta di informazioni, da comunicare alle autorità competenti degli Stati esteri, relative a redditi percepiti in Italia da soggetti non residenti.

1.2. *Tax treaties*

In ordine alle convenzioni stipulate dall'Italia esse si uniformano, generalmente, al modello Ocse del 1977 e prevedono, nell'articolo dedicato allo scambio di informazioni, che esso non viene limitato dall'art. 1. Questo stabilisce che la convenzione si applica alle persone che sono residen-

ti di uno o di entrambi gli Stati contraenti. Ne deriva che, nelle convenzioni conformi al modello Ocse del 1977, lo scambio di informazioni si applica sia nei confronti dei soggetti residenti che di quelli non residenti (35).

Per esempio sono conformi a questa impostazione le convenzioni stipulate dall'Italia con Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Spagna, Svezia, Stati Uniti.

Non contengono una previsione analoga a quella di cui sopra, per esempio, le convenzioni con l'Inghilterra, l'Irlanda, Portogallo, Svizzera (la convenzione con la Svizzera è del 1976 e quindi antecedente al modello Ocse 1977 che ha inserito la previsione di non limitazione dello scambio di informazioni da parte dell'art. 1).

In queste convenzioni, poiché l'art. 1 limita l'applicazione alle persone residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti, pare che lo scambio di informazioni non si estenda ai soggetti non residenti. Tuttavia, poiché la convenzione si applica ai residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti, non dovrebbero esistere limitazioni nello scambio di informazioni relative a un soggetto non residente nello Stato che fornisce le informazioni ma residente nell'altro Stato contraente.

Il fatto che la espressa esclusione della limitazione rappresentata dall'art. 1 non sia stata inserita nelle convenzioni con Inghilterra, Irlanda e Portogallo, che pure sono state recentemente stipulate (quelle con Inghilterra e Portogallo sono successive al modello Ocse 1977), fa dubitare della volontà di estendere lo scambio di informazioni anche oltre i limiti derivanti dall'art. 1 (36).

Ma su questo punto si deve osservare che l'esistenza della cosiddetta "extended clause", che dispone lo scambio delle informazioni necessarie

(35) VOGEL, *Double taxation conventions*, Deventer 1997, pag. 1413, sottolinea come la disposizione dell'art. 26, secondo la quale lo scambio di informazioni non è limitato dall'art. 1 del modello Ocse, renda autonomo lo scopo dell'art. 26 medesimo rispetto allo scopo di tutte le altre regole convenzionali. Infatti lo scambio di informazioni può essere finalizzato a determinare la situazione fiscale di un soggetto al fine di definirne la soggettività passiva tributaria - anche come soggetto non residente - nello Stato contraente che richiede le informazioni.

(36) Nello stesso senso B. GANGEMI, *International mutual assistance through exchange of information*, in "Cahiers de droit fiscal international", Kluwer, Deventer 1990, pag. 29, il quale dopo avere ricordato che il Commentario al modello Ocse del 1977 interpreta la modifica introdotta rispetto al modello del 1963 come mera esplicitazione di un'intenzione implicita, sottolinea che per quei paesi (esempio U.K.) dove alcuni trattati stipulati dopo il 1977 non contengono l'intera espressione del Modello del 1977, questo può significare che la modifica del 1977 non sia considerata come mera esplicitazione.

per applicare la convenzione "o" per applicare la legge interna (37), viene interpretata come elemento indipendente dalla residenza in uno dei due Stati contraenti del soggetto in relazione al quale vengono scambiate le informazioni; la frase secondo la quale lo scambio non è limitato dall'art. 1 del modello di convenzione costituirebbe una sorta di corollario di questo principio (38).

Quindi, in presenza della "extended clause" si ritiene che non sia necessaria la residenza, in uno degli Stati contraenti, del soggetto in relazione al quale si scambiano le informazioni. Come conseguenza, la mancanza dell'inciso secondo cui lo scambio di informazioni non è limitato dall'art. 1, non provocherebbe alcuna conseguenza in ordine al fatto che le informazioni possono essere scambiate relativamente ad ogni soggetto, anche non residente in nessuno degli Stati contraenti (39).

In relazione alle convenzioni sopra citate con Inghilterra, Irlanda e Portogallo, la prima prevede la extended clause (scambio delle informazioni per applicare le disposizioni della convenzione o quelle delle leggi interne) mentre la seconda e la terza contengono la limited clause. Per queste ultime due, dovrebbe valere la limitazione dello scambio di informazioni relativo a soggetti residenti di uno degli Stati contraenti.

126

2. Imposte

2.1. Il modello Ocse e i trattati

L'art. 26 del modello Ocse stabilisce che lo scambio di informazione avviene per applicare le disposizioni convenzionali o quelle delle leggi interne relative alle imposte previste dalla Convenzione.

(37) La extended clause è contenuta nel modello di convenzione Ocse del 1977 mentre il modello del 1963 prevedeva che lo scambio di informazioni avvenisse "for the carrying out of this Convention and of the domestic laws of the Contracting States".

(38) C. URTZ, *Exchange of information according to the EC Mutual Assistance Directive and Tax Treaties in Austria*, in W. Gassner - M. Lang - E. Lechner, *Tax treaties and EC law*, Kluwer, Deventer 1997, pag. 219; K. VOGEL, *Double taxation conventions*, Kluwer, Deventer 1997, pag. 1413, par. 45.

(39) La convenzione stipulata dall'Italia con il Pakistan (Legge 28 agosto 1989, n. 313) contiene la limited clause ma anche la disposizione secondo cui lo scambio di informazioni non è limitato dall'art. 1.

Il Commentario chiarisce, per esempio, che una richiesta per l'applicazione di un'imposta sulle vendite non deve essere soddisfatta dallo Stato interpellato poiché quell'imposta non è compresa nella Convenzione.

Le convenzioni stipulate dall'Italia sono conformi al modello Ocse e prevedono che lo scambio di informazioni avvenga in relazione alle imposte considerate dalla convenzione.

Le convenzioni prevedono, generalmente, che lo scambio di informazioni avvenga relativamente alle imposte considerate nella convenzione quando lo scambio è volto, non solo all'applicazione della convenzione (nel qual caso la materia è ovviamente circoscritta alle imposte considerate dalla convenzione), ma anche all'applicazione della legge interna del singolo Stato contraente.

Per un esempio in cui lo scambio di informazioni è volto esclusivamente all'applicazione della convenzione e quindi non è necessario specificare che esso è limitato alle imposte considerate "le autorità competenti degli Stati contraenti potranno scambiarsi le informazioni ... necessarie per una regolare applicazione della presente convenzione".

Invece l'art. 27 della convenzione Italia-Inghilterra stabilisce che: "Le Autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno le informazioni necessarie per applicare le disposizioni della presente Convenzione o quelle delle leggi interne degli Stati contraenti relative alle imposte previste dalla convenzione ...": in questo caso, poiché lo scambio è volto anche all'applicazione della legge interna dei due Stati contraenti viene specificato che queste ultime devono essere relative alle imposte considerate dalla convenzione.

Nel protocollo alla convenzione Italia-USA, par. 16, si afferma che ai fini dell'articolo 26 relativo allo scambio di informazioni, la convenzione si applica alle imposte di ogni genere prelevate da uno Stato contraente, ma soltanto nel caso in cui l'informazione abbia rilevanza per l'accertamento delle imposte considerate dall'articolo 2 della convenzione medesima. Quindi lo scambio delle informazioni non è circoscritto, nella convenzione Italia-USA, alle sole imposte considerate dalla convenzione ma può afferire anche ad altre imposte; tuttavia queste informazioni devono essere rilevanti per l'accertamento delle imposte considerate nella convenzione.

2.2. *La Direttiva n. 77/799 e le imposte di nuova istituzione*

Oggetto dello scambio di informazioni previsto dalla direttiva n. 77/799/CEE sono le imposte sul reddito e sul patrimonio. Lo scambio di informazioni finalizzato all'applicazione di altre imposte (imposta sul va-

lore aggiunto) è stato previsto successivamente modificando la direttiva n. 77/799.

Già si è osservato in precedenza che l'art. 1, par. 4, della direttiva afferma che il paragrafo 1 si applicherà a qualsiasi imposta di natura identica o analoga che sia successivamente introdotta nell'ordinamento, in aggiunta o in sostituzione delle imposte esemplificativamente elencate nel paragrafo 3, dell'art. 1.

Nell'ordinamento italiano è stata introdotta, per esempio, l'imposta sul patrimonio netto delle imprese (40): tale imposta appare ascrivibile alle imposte "sul capitale" di cui all'art. 1, par. 1, della direttiva, ed è stata successivamente introdotta nell'ordinamento italiano in aggiunta alle imposte indicate nell'art. 1, par. 3, della direttiva (41).

Tale imposta dovrebbe quindi essere automaticamente ricompresa nella previsione della direttiva in forza della definizione contenuta nell'art. 1, par. 1 (imposta sul patrimonio) (42).

Recentemente è stata inserita nell'ordinamento italiano l'imposta regionale sulle attività produttive (Irap) (43) che ha sostituito, tra le altre, l'imposta sul patrimonio netto delle imprese.

La legge istitutiva stabilisce che ai fini dell'applicazione dei trattati internazionali in materia tributaria, l'Irap è equiparata alle imposte sui redditi (44).

La novità dell'imposta non consente di definire con chiarezza se si tratti di un'imposta di natura identica o analoga alle imposte sui redditi nominate nell'art. 1, par. 3, della direttiva n. 77/799; tuttavia l'imposta non colpisce né il reddito, né il consumo e neppure il patrimonio per cui pare difficile affermare che essa abbia natura analoga alle imposte sui red-

(40) Legge 26 novembre 1992, n. 461.

(41) A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, UTET, Torino 1998, pag. 768, afferma che sebbene il carattere dell'imposta sia patrimoniale, gli aspetti sostanziali inducono ad inquadrarla tra le imposte sui redditi.

(42) In termini generali C. URTZ, *Exchange of information*, pag. 220, sembra accogliere la tesi secondo la quale le imposte di nuova introduzione possono essere incluse nella previsione della direttiva se soddisfano l'ampia definizione di "imposte sul reddito, sul profitto e sul capitale"; l'Autore cita il pensiero di MUUS, il quale ritiene necessario un atto supplementare per includere le nuove imposte nella previsione della direttiva.

(43) D.L. 15 dicembre 1997, n. 446. Presupposto dell'imposta è l'esercizio abituale di un'attività diretta alla produzione o allo scambio di beni o alla prestazione di servizi.

(44) Art. 44 del D.L., n. 446/1997.

diti (45) e possa perciò essere compresa nell'ambito di applicazione della direttiva.

Neppure pare sufficiente l'equiparazione alle imposte sui redditi contenuta nella legge istitutiva poiché tale equiparazione è finalizzata all'applicazione dei trattati internazionali in materia tributaria e la direttiva non è un trattato internazionale.

V. LIMITI ALL'OBBLIGO DI FORNIRE ASSISTENZA

1. Conformità dei trattati stipulati dall'Italia al modello Ocse

L'art. 26 del modello Ocse, paragrafo 2, lettera a), prevede che non sia possibile imporre a uno Stato di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione o alla propria prassi amministrativa o a quella dell'altro Stato contraente né [lettera b)] sia possibile fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria prassi amministrativa o di quella dell'altro Stato contraente.

La dottrina attribuisce all'espressione "provvedimenti amministrativi" il significato di "qualunque atto dello Stato richiesto che sia emesso in conseguenza della richiesta di informazioni" (46). Per esempio è un provvedimento amministrativo l'esecuzione di una verifica fiscale disposta nei confronti di un soggetto passivo (taxpayer) al fine di fornire informazioni richieste dall'altro Stato contraente.

Sono conformi al modello Ocse i trattati stipulati dall'Italia con i seguenti paesi: Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Grecia, Inghilterra, Irlanda, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia, Bulgaria, Israele, Mauritius, Messico, Bangladesh, Turchia, Kuwait, Corea del Sud, Venezuela, Federazione Russa, Indonesia, India, Filippine, Algeria, Stati Uniti, Brasile, eccetera.

Il trattato con la Svizzera appare, sotto il profilo in esame, sostanzialmente conforme al modello Ocse e stabilisce che non si possa imporre

(45) Cfr. G. FALSITTA, *Aspetti e problemi dell'Irap*, in "Rivista Dir. Trib.", 1997, pag. 495 e ss..

(46) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, pag. 1440, par. 101; conforme URTZ, *Exchange of information according to the EC mutual assistance directive and tax treaties in Austria*, in "Tax treaties and EC law", Kluwer 1996, pag. 234.

a uno Stato contraente di adottare misure amministrative in deroga alla sua regolamentazione o alla sua prassi amministrativa o contrarie alla sua sovranità oppure fornire informazioni che non possono essere ottenute in base alla sua propria legislazione o a quella dello Stato che le chiede.

La differenza, rispetto agli altri trattati, consiste nel fatto che le misure amministrative che lo Stato richiesto deve adottare nella procedura di scambio delle informazioni non devono essere contrarie alla sua prassi amministrativa, eccetera e non anche a quella dell'altro Stato.

Si può quindi affermare che nei trattati stipulati dall'Italia, sono previste entrambe le limitazioni e, quindi, essi sono conformi al modello Ocse. Ne deriva che, se le informazioni possono essere ottenute sia per la legge dello Stato richiedente che per quella dello Stato richiesto, quest'ultimo è tenuto a fornire tali informazioni così come è tenuto, per un obbligo internazionalmente rilevante, a rispettare le disposizioni del trattato a cui ha aderito.

2. Conseguenze del mancato adempimento, da parte di uno Stato contraente, all'obbligo di fornire le informazioni

130

Se, pur in presenza delle condizioni che consentono a uno Stato di fornire le informazioni, la richiesta non viene soddisfatta, si può ipotizzare una violazione del trattato. Infatti, l'art. 26 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati del 23 maggio 1969, stabilisce che "ogni trattato in vigore vincola le parti e deve essere eseguito in buona fede".

Poiché le disposizioni dei trattati che riproducono il contenuto dell'art. 27 del modello Ocse sullo scambio di informazioni, impongono uno specifico obbligo diretto agli Stati contraenti (quello di scambiare le informazioni in presenza dei requisiti indicati), quando uno degli Stati non rispetti tale obbligo potrebbe ritenersi verificata una violazione del trattato (47).

Dalla violazione sostanziale del trattato deriva una regola generale di diritto internazionale che consente alla parte non inadempiente di sciogliersi dal trattato (48). La convenzione di Vienna prevede che, nel caso

(47) C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Cedam, Padova 1990, pag. 499, il quale indica il caso dell'art. 27 e dell'art. 25 come eccezione nell'ambito delle convenzioni contro la doppia imposizione le quali, generalmente, non pongono obblighi precisi e diretti nei confronti degli Stati contraenti o dei contribuenti.

(48) M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Giuffrè, Milano 1991, pag. 383, i quali segnalano una conferma di questo principio nel parere consultivo reso dalla Corte Internazionale di giustizia il 21 giugno 1971.

di trattati bilaterali, la violazione sostanziale compiuta da una delle parti consenta all'altra di invocare la violazione come motivo per mettere fine al trattato o sospenderne in tutto o in parte la sua applicazione (49).

È però dubbio che la violazione dell'obbligo di fornire le informazioni costituisca una violazione sostanziale in quanto relativa a una clausola essenziale del trattato. È forse più ragionevole ritenere che la mancata trasmissione delle informazioni, da parte di uno Stato, determini l'assenza del principio di reciprocità e quindi non obblighi l'altro Stato a fornire, a sua volta, informazioni.

3. La trasmissione delle informazioni da parte di uno Stato che le abbia illegittimamente acquisite

Come è stato osservato, il paragrafo 2, dell'art. 26, si riferisce esclusivamente all'obbligo di diritto internazionale di fornire informazioni all'altro Stato cosicché, se si verificano le condizioni indicate nel paragrafo 2, non esiste più un obbligo internazionalmente rilevante e la trasmissione di informazioni diventa a discrezione dello Stato richiesto (50). D'altro canto, come rileva il Commentario al modello Ocse, se lo Stato richiesto decide di fornire comunque le informazioni, "esso rimane nell'ambito dell'accordo sullo scambio di informazioni che è sancito nella convenzione" (If the requested State gives the requested information, it remains within the framework of the agreement on the exchange of information which is laid down in the convention; consequently it cannot be objected that this State has failed to observe the obligation to secrecy) e non si può obiettare che tale Stato abbia mancato di osservare gli obblighi di segretezza (51).

È stato altresì osservato che la previsione della lettera *b*), del paragrafo 2, include anche quella della lettera *a*) e, in particolare quando, seb-

(49) M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, pag. 383, dove riportano il testo dell'art. 60, par. 1, della Convenzione di Vienna. Analogamente F. DURANTE, *Trattato (Dir. vig.)* (per la traduzione: la parte tra parentesi sta per "diritto vigente"), *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, pag. 1389, riferisce dell'art. 60, n. 1 delle Convenzioni di Vienna del 1969 e del 21 marzo 1986, precisando che la violazione relativa a "una clausola dichiarata essenziale dalle parti, od oggettivamente tale in relazione all'oggetto od alle finalità del trattato, consente all'altra parte di manifestare la volontà di non essere più vincolato dal trattato stesso". Si veda anche L. FERRARI BRAVO, *Accordi internazionali*, "Enciclopedia giuridica", Roma 1988, pag. 9.

(50) Si veda VOGEL, *Double Taxation Conventions*, pag. 1439.

(51) Così VOGEL, *Double Taxation Conventions*, pag. 1439.

bene la raccolta di informazioni non implichi l'adozione di provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione, tali informazioni non possano essere ottenute in base alla propria legislazione.

Connessa a questa ipotesi è l'altra in cui le informazioni già siano in possesso dell'amministrazione dello Stato richiesto (52).

Può tuttavia porsi il problema relativo alle informazioni che lo Stato richiesto abbia già acquisito in violazione della propria legislazione. Per esempio, nell'ordinamento italiano, le informazioni che l'amministrazione abbia acquisito mediante l'accesso nell'abitazione del contribuente senza la necessaria autorizzazione del Procuratore della Repubblica, sono informazioni acquisite violando le disposizioni di legge (53).

Il problema può derivare dal fatto che nella legislazione italiana si discute se sia ammessa una tutela preventiva per contrastare queste violazioni o la tutela sia rinviata alla fase dell'impugnazione dell'atto (avviso di accertamento) che potrà scaturire dall'attività istruttoria compiuta dall'Amministrazione finanziaria (54).

Così in questi casi le informazioni possono essere già in possesso dell'Amministrazione finanziaria e questa le potrà trasmettere allo Stato richiedente: il problema diviene, quindi, inerente alla tutela del contribuente contro gli atti che lo Stato richiedente potrà emanare contro di lui e che si fondino anche sulle informazioni illegittimamente acquisite dallo Stato richiesto (55). Comunque la lettera *b*), del paragrafo 2, dell'art. 26 attribuisce all'autorità dello Stato richiesto un potere discrezionale secondo il quale, se esso ritiene che le informazioni siano state illegittimamente acquisite secondo la propria legge, potrà rifiutarsi di trasmetterle allo Stato richiedente (56).

(52) Cfr. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, pag. 1441; si veda anche URTZ, *Exchange of information according to the EC mutual assistance directive and tax treaties in Austria*, in "Tax treaties and EC Law", Kluwer, 1996, pag. 234.

(53) Art. 52 del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 26/10/1972, n. 633 e art. 33 del D.P.R. 29/9/1973, n. 600.

(54) Su questo aspetto si veda la parte dedicata alla tutela del contribuente.

(55) Per ulteriori considerazioni su questo aspetto si rinvia al capitolo successivo.

(56) VOGEL, *Double Taxation Conventions*, pag. 1442, evidenzia il caso in cui nell'acquisire le informazioni l'amministrazione abbia violato disposizioni relative alla ricerca delle prove e la legge di questo Stato proibisca l'utilizzo delle prove illegittimamente acquisite: in questo caso la lettera *b*) del paragrafo 2 autorizza lo Stato richiesto a valutare discrezionalmente se trasmettere o meno le informazioni illegittimamente acquisite. Non pare, tuttavia, che l'esistenza di questo potere discrezionale costituisca una valida forma di tutela per il contribuente giacché, nell'ordinamento in

4. Il principio di reciprocità

Le lettere a) e b), del paragrafo 2, contengono il principio di reciprocità nel senso che uno Stato, non è obbligato a fornire le informazioni che, sebbene potrebbe legittimamente acquisire secondo la propria legge, l'altro Stato non può ottenere nel rispetto della propria legislazione.

Il principio di reciprocità mira a prevenire il flusso unidirezionale delle informazioni (solo da uno Stato verso l'altro e non viceversa) ma evita anche che uno Stato superi le limitazioni contenute nella propria legislazione ricorrendo ai poteri di indagine dell'altro Stato il cui ordinamento non contenga tali limitazioni.

La regola è dettata nell'ambito degli obblighi che gli Stati contraenti assumono aderendo al trattato internazionale; non paiono rilevanti, al riguardo, le posizioni soggettive dei singoli soggetti passivi. Tuttavia potrebbe trarsi un'ulteriore conseguenza dal principio di reciprocità. Il fatto che le informazioni che possono essere richieste all'altro Stato (e da questo trasmesse) siano solo quelle che lo Stato richiedente può acquisire secondo la propria legislazione, implica che il soggetto passivo che viene in contatto con un ordinamento giuridico sia soggetto solo alla disciplina di quell'ordinamento.

Questo aspetto può forse essere considerato una conseguenza del fatto che i soggetti dei trattati internazionali sono gli Stati contraenti dei trattati stessi (57).

13

cui le informazioni illegittimamente acquisite verranno utilizzate, esse potranno costituire, compatibilmente con le regole esistenti in questo ordinamento, validi elementi di prova, non "trascinando" alcuna illegittimità perché l'ordinamento violato non è lo stesso nel quale le prove vengono utilizzate. Ne deriva che il contribuente non potrà eccepire davanti al giudice dello Stato che utilizza le informazioni l'illegittimità delle prove.

(57) F. DURANTE, *Trattato (Dir. vig.)*, "Enciclopedia del diritto", vol. XLIV, Giuffrè, Milano 1992, pag. 1369, rileva come la Comunità internazionale sia formata da soggetti paritari cioè originari e sovrani, senza una presenza gerarchicamente superiore a nessuno di essi; ne deriva che l'unico procedimento per produrre regole precettive per i consociati è quello di avere la partecipazione di questi alla formazione delle norme vincolanti. M. GIULIANO, T. SCOVAZZI, T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, pag. 179, affermano che, con l'eccezione dei trattati internazionali in materia di diritti dell'uomo, non pare esista una personalità giuridica di diritto internazionale dell'individuo il quale, nella Comunità internazionale dove i soggetti sono gli Stati, originari e sovrano, non può disporre di alcuna autorità che si contrapponga a quella dei governi ai quali è sottoposto. T. BALLARINO, *Soggettività di diritto internazionale*, "Enciclopedia giuridica", Roma 1993, pag. 3, afferma che è fuori discussione che gli Stati siano i normali soggetti del diritto internazionale.

Ciascuno Stato è sovrano e quindi, in termini generali, i soggetti passivi d'imposta che presentino elementi di collegamento con esso saranno sottoposti al suo ordinamento (58); qualora nei confronti dello stesso soggetto esistano elementi di collegamento anche con un altro Stato, il soggetto sarà sottoposto anche all'ordinamento di quest'ultimo e i due ordinamenti, in quanto sovrani, non interferiscono l'uno con l'altro.

Le convenzioni contro la doppia imposizione hanno come funzione quella di regolare e delimitare il potere impositivo tra i due Stati contraenti per cui le disposizioni contenute nei trattati producono effetti anche nei confronti dei singoli, nel senso che tali norme diventano parte dell'ordinamento dei singoli Stati contraenti. Ma la situazione giuridicamente rilevante per l'individuo si instaura solamente tra lo Stato e l'individuo soggetto all'ordinamento di questo Stato e le norme che regolano tale rapporto sono quelle che compongono l'ordinamento di questo Stato.

In definitiva non accade né potrebbe accadere che nei confronti di un soggetto passivo d'imposta, per il rapporto che lo lega con uno Stato, possa essere applicata la disciplina di accertamento vigente in un altro Stato (con il quale, pure, il soggetto passivo possiede elementi di collegamento) poiché ciò equivarrebbe ad applicare nell'ordinamento dello Stato le norme di un altro ordinamento (il che contrasterebbe con i principi di autonomia, originarietà e universalità dell'ordinamento giuridico) senza che siano rispettati i vincoli e i procedimenti di formazione delle leggi (59) (60).

(58) C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano 1992, pag. 313, osserva come l'evoluzione della concezione di Stato come complesso di norme e, quindi, come ordinamento giuridico, abbia determinato lo svincolo dei criteri di collegamento del soggetto passivo, dal territorio a favore dello Stato; diventano rilevanti i criteri di collegamento personali come la nazionalità e, soprattutto, la residenza. Sulla configurabilità dello Stato come ordinamento giuridico, oltre alla dottrina citata da Sacchetto, pag. 313, nota n. 61, si veda anche E. TOSATO, *Stato (diritto costituzionale)*, "Enciclopedia del diritto", Giuffrè, Milano 1990, pag. 770, dove osserva che "lo stato si afferma ed esiste come stato in quanto si afferma contestualmente come ordinamento giuridico".

(59) Nell'ordinamento italiano il procedimento di formazione delle leggi è affidato al Parlamento, eletto dai cittadini. Inoltre, in materia tributaria vige la riserva di legge (principio di legalità) secondo la quale "nessuna prestazione ... patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge" (art. 23 della Costituzione).

(60) L'affermazione deve essere precisata per chiarire che negli ordinamenti esistono le norme di "diritto internazionale privato" che contengono criteri di collegamento per disciplinare fattispecie estranee a un ordinamento giuridico suscettibili di provocare un conflitto di leggi o di giurisdizioni. Il diritto internazionale privato italiano è stato recentemente modificato (legge 31 maggio 1995, n. 218) e non pare che

La lettura che è stata proposta sopra fornisce un'interpretazione dell'art. 26 forse non molto aderente con il testo letterale, nel senso che questo prevede che lo Stato richiesto *possa* rifiutare le informazioni se non ci sono le condizioni descritte evitando così che uno Stato violi il trattato non fornendo le informazioni quando mancano certi requisiti. D'altro canto anche il commentario al modello Ocse afferma che "uno Stato Contraente se è più esteso del proprio sistema" e questa affermazione pare coerente con il principio che sopra è stato delineato.

Tale principio ha, inoltre, delle conseguenze immediate poiché, quantomeno dal punto di vista del diritto italiano, non dovrebbero avere rilevanza probatoria gli elementi acquisiti dall'Amministrazione finanziaria utilizzando poteri istruttori di un altro Stato che siano più ampi di quelli previsti dall'ordinamento italiano.

5. *L'obbligo di acquisire e trasmettere informazioni nella Direttiva n. 77/799*

L'art. 8, par. 1, della direttiva n. 77/799 stabilisce che la direttiva non impone l'obbligo di effettuare ricerche o fornire informazioni quando la legislazione o la prassi amministrativa dello Stato a cui le informazioni sono richieste, non gli consentono di effettuare le ricerche o raccogliere o utilizzare dette informazioni per le sue necessità.

Poiché l'art. 8, par. 1, include anche l'utilizzo delle informazioni, ne deriva che, qualora tali informazioni siano state acquisite illegittimamente, lo Stato richiesto deve astenersi dal fornirle all'autorità competente dello Stato membro richiedente anche nel caso in cui le informazioni già siano in possesso dell'autorità competente richiedente e quindi nessuna ricerca debba essere effettuata.

L'espressione "pratica amministrativa" utilizzata dall'art. 8, include anche le istruzioni e le circolari dell'Amministrazione finanziaria che hanno valore vincolante solo nei confronti dei dipendenti dell'Amministrazione finanziaria ma non dei soggetti passivi.

esso abbia introdotto variazioni nella materia in esame. La dottrina che aveva verificato la possibilità di richiamare nell'ordinamento le norme di diritto tributario, tramite le norme di diritto internazionale privato, al fine di riconoscere il credito fiscale dello Stato estero, aveva raggiunto conclusioni negative: vd. C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova, pag. 151 e ss.. In definitiva le norme di diritto internazionale privato non pare abbiano alcun effetto sulla disciplina dell'accertamento applicabile nei confronti del contribuente; tale disciplina è quella dello Stato nell'ordinamento del quale si è verificato il presupposto d'imposta.

1.

In questo senso la previsione dell'art. 8 può essere considerata aderente ai principi, del diritto italiano, di economia ed efficienza dell'attività amministrativa (61): l'attività necessaria allo Stato richiesto per fornire le informazioni allo Stato richiedente deve avvenire nell'ambito della consueta prassi amministrativa del primo Stato senza che sia necessario il compimento di atti che esorbitano da tale prassi (62).

Quindi se il rispetto della legislazione dello Stato richiesto nel fornire le informazioni mira a evitare che uno Stato possa trarre vantaggio dalla meno rigorosa legislazione dell'altro Stato, il vincolo della "pratica amministrativa" ha per scopo quello di evitare allo Stato richiesto un'attività che differisca da quella normalmente esercitata nell'ambito dei propri poteri di indagine.

L'art. 8, par. 3, della direttiva prevede che l'autorità competente di uno Stato membro possa rifiutare di fornire informazioni quando, per motivi di fatto o di diritto, lo Stato interessato non è in grado di fornire informazioni equipollenti.

Questa previsione esprime il principio di reciprocità conformemente all'art. 26 del modello Ocse.

L'art. 26 si riferisce alle informazioni che possono essere ottenute secondo la legge o la normale prassi amministrativa di entrambi gli Stati.

Però l'ambito della direttiva appare leggermente diverso poiché si riferisce a motivi di diritto e di fatto che non consentono di "fornire" le informazioni richieste; l'art. 26 del modello Ocse, invece, si riferisce a limiti legislativi o amministrativi nella "raccolta" delle informazioni (63).

(61) Il principio di efficienza è contenuto nell'art. 97 della Costituzione italiana: la pubblica amministrazione deve seguire le regole di buona amministrazione dettate dalla tecnica e dalla scienza dell'amministrazione; sul punto si veda P. VIRGA, *Diritto amministrativo, I principi*, Giuffrè, Milano 1989, pag. 9, nonché M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1981, pag. 263.

(62) URTZ, *Exchange of information according to the EC mutual assistance directive and tax treaties in Austria*, pag. 234, evidenzia l'esistenza dei principi di economia, efficienza e utilità dell'attività amministrativa anche nel diritto austriaco.

(63) Secondo P. ADONNINO, *Cooperazione amministrativa e modalità di scambio di informazioni tra amministrazioni fiscali nazionali*, in "Tributi", 1995, pag. 59, l'espressione "per motivi di fatto e di diritto" sembra avere una portata più ampia di quella corrispondente contenuta nel modello Ocse; l'Autore osserva, tuttavia, che il riferimento alle "informazioni equipollenti" induce a ritenere che la Direttiva consideri il principio di reciprocità in senso più ampio.

Di conseguenza, secondo l'art. 8 della direttiva, pare che uno Stato possa rifiutare di fornire informazioni quando l'altro Stato abbia manifestato inefficienza amministrativa nel fornire informazioni equipollenti e perciò risulti non essere in grado per ragioni di fatto di fornire tali informazioni.

Per esempio quando uno Stato non riesca a rispettare il termine per la trasmissione delle informazioni indicato nell'art. 5 della direttiva ("con la massima sollecitudine") segnalerà le difficoltà all'altro Stato contraente il quale potrà valutare questa situazione come impossibilità di fatto dello Stato richiesto di fornire informazioni.

L'art. 8, par. 3, della direttiva si riferisce a "informazioni equipollenti". Risulta chiaro che non deve necessariamente trattarsi delle stesse informazioni ma di informazioni che siano equiparabili per qualità e, quindi, per contenuto.

Considerazioni analoghe possono essere fatte in relazione al principio di reciprocità contenuto nell'art. 26, par. 2, del modello Ocse (64).

6. La conoscenza della disciplina dell'altro Stato

Un ulteriore aspetto che merita di essere accennato, concerne la possibilità che gli Stati abbiano di conoscere se le informazioni che essi dovrebbero trasmettere all'altro Stato siano ottenibili secondo la legislazione di questo Stato.

È stato osservato che il comportamento delle amministrazioni può essere considerato "rigido" quando esse, prima di fornire le informazioni, controllano che le condizioni stabilite nell'art. 26, par. 2, siano rispettate in entrambi gli Stati, è considerato "flessibile" il comportamento delle amministrazioni che forniscono le informazioni purché le condizioni siano rispettate da entrambi gli Stati (65). Alcuni Stati chiedono conferma del rispetto delle condizioni allo Stato che richiede le informazioni (66).

(64) Si veda URTZ, *Exchange of information*, pag. 237.

(65) Vedi B. GANGEMI, *International mutual assistance through exchange of information*, "Châtier de droit fiscal international", Kluwer, Deventer 1990, pag. 31.

(66) B. GANGEMI, *International mutual assistance through exchange of information*, pag. 32.

VI. LIMITI ALL'UTILIZZO DI INFORMAZIONI RICEVUTE - CONFIDENZIALITÀ

La legge italiana in materia di accertamento delle imposte sui redditi impone ai funzionari dell'Amministrazione finanziaria l'obbligo del "segreto d'ufficio": non possono essere rivelate a terzi, fatte salve specifiche eccezioni, le informazioni relative all'accertamento (67).

Limitatamente all'ambito comunitario non è considerata violazione del segreto d'ufficio la comunicazione delle informazioni alle autorità competenti degli altri Stati membri della Comunità, in attuazione della direttiva n. 77/799 (68).

I funzionari di uno Stato che ricevano informazioni dall'autorità competente di un altro Stato possono farne usi diversi. In particolare le informazioni possono essere utilizzate nelle seguenti attività:

- solo per l'accertamento delle imposte coperte dal trattato;
- anche per la riscossione di tali imposte;
- anche per accertamento/riscossione di altre imposte;
- anche per accertamento/riscossione dei contributi sociali;
- anche nei procedimenti giudiziari;
- anche nei procedimenti penali.

Un ulteriore aspetto concerne la possibilità di trasmettere le informazioni ricevute anche a Stati terzi.

Di seguito viene riportata una tabella che riassume il tipo di utilizzo delle informazioni scambiate con riferimento alle principali convenzioni stipulate dall'Italia.

Convenzione	Solo accertamento imposte convenzionali	Anche riscossione di esse	Anche accertamento riscossione altre imposte	Anche accertamento riscossione contributi sociali	Anche nei procedimenti giudiziari	Anche nei procedimenti penali	Trasmissione a Stati terzi
Austria	si	si	no	no	si	(1)	no
Belgio	si	si	no	no	si	(1)	no
Danimarca	si	si	no	no	si	(1)	no
Finlandia	si	si	no	no	si	(1)	no
Francia	si	si	no	no	si	(1)	no
Germania	si	si	no	no	si	(1)	no
Grecia	si	si	no	no	si (7)	(1)	no
Inghilterra	si	si	no	no	si	(1)	no
Irlanda	si	si	no	no	(2)	(2)	no
Lussemburgo	si	si	no	no	si	(1)	no
Paesi Bassi	si	si	no	no	si	(1)	no
Portogallo	si	si	no	no	si	(3)	no
Spagna	si	si	no	no	si	(1)	no
Svezia	si	si	no	no	si	(1)	no
Svizzera	si	si	no	no	si	(4)	no
U.S.A.	si	si	no (5)	no	si	(1)	no
Australia	si	si	no	no	si (6)	(1)	no
Brasile	si	si	no	no	si	si	no
Canada	si	si	no	no	si	(1)	no
Cipro	si	si	no	no	si	(1)	no
Costa d'Avorio	si	si	no	no	si	(1)	no
Finlandia	si	si	no	no	si	(1)	no
Giappone	si	si	no	no	(2)	(2)	no
India	si	si	no	no	si	si	no
Israele	si	si	no	no	(2)	(2)	no
Kenya	si	si	no	no	(2)	(2)	no

(1) I procedimenti penali non sono espressamente previsti. Tuttavia i trattati indicano la possibilità di comunicare le informazioni alle persone e autorità incaricate dell'accertamento e della riscossione delle imposte convenzionali inclusa la possibilità di comunicare e utilizzare le informazioni, solo per questi fini, anche nei procedimenti giudiziari (tributari). Quando il procedimento penale si riferisca a tali imposte dovrebbe essere ammissibile l'utilizzo delle informazioni. La dottrina ha, osservato che le informazioni possono essere comunicate nelle udienze pubbliche dei tribunali e quindi o nell'ambito di tribunali fiscali o in procedimenti penali per frode o altre violazioni fiscali (69). Quindi dovrebbe essere ammesso l'utilizzo delle informazioni anche per gli aspetti penali sanzionatori relativi alle imposte coperte dalla convenzione. Conforme a questa interpretazione è anche il Commentario al modello 1977, par. 12, che esclude l'utilizzo delle informazioni ricevute nell'ambito dell'art. 26 per esempio per crimini non fiscali.

(2) Convenzione non conforme al modello Ocse del 1977 ma quello del 1963. Questo stabilisce che "le informazioni così scambiate saranno tenute segrete e non potranno essere comunicate che alle persone incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte che formano oggetto della presente convenzione". Il modello Ocse 1977 ha modificato quello del 1963 in relazione a questo aspetto ma, come afferma il commentario (par. 4, modello Ocse 1977), la modifica principale concerne la possibilità di rendere pubbliche le informazioni nei procedimenti giudiziari e nelle sentenze (70). Comunque la versione del 1963 non pare affermare espressamente la comunicabilità nell'ambito di procedimenti penali pur relativi a imposte considerate dalla convenzione.

(3) La formulazione differisce leggermente da quella del modello Ocse 1977 (il trattato è del 1980): è prevista la comunicazione alle persone o autorità incaricate dell'accertamento/riscossione delle imposte oggetto della convenzione, nonché all'Autorità Giudiziaria.

(67) Art. 68, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

(68) Art. 68, D.P.R. n. 600/1973, modificato in conseguenza del recepimento della Direttiva n. 77/799.

(69) K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer, pag. 1415.

(70) B. GANGEMI, *International mutual assistance through exchange of information*. "Chaier de droit fiscal international", Kluwer, Deventer 1990, pag. 41.

(4) La Convenzione con la Svizzera prevede espressamente la comunicazione delle informazioni alle persone che si occupano, oltre che dell'accertamento e della riscossione delle imposte considerate dalla Convenzione, anche della giurisdizione o delle azioni penali relativamente alle stesse imposte.

(5) Il protocollo alla Convenzione con gli Stati Uniti (art. 1, par. 16) stabilisce che, ai fini dello scambio di informazioni, la Convenzione si applica alle imposte di ogni genere prelevate da uno Stato contraente ma solo nel caso in cui l'informazione abbia rilevanza per l'accertamento delle imposte considerate dall'art. 2 della Convenzione. Inoltre le Congressional Committees degli U.S.A. e il General Accounting Office potranno avere accesso alle informazioni scambiate in base alla convenzione se questo accesso è necessario per attuare i propri compiti di sorveglianza (71).

(6) Il trattato con l'Australia non prevede la possibilità di utilizzare le informazioni in pubbliche udienze di tribunali o nei giudizi.

(7) L'utilizzo delle informazioni nelle pubbliche udienze dei tribunali o nei giudizi è subordinato alla condizione che l'autorità competente dell'altro Stato non vi si opponga.

Le altre convenzioni stipulate dall'Italia, che non sono state espressamente menzionate, non presentano difformità rilevanti rispetto ai modelli Ocse 1963 e 1977.

La possibilità di utilizzare le informazioni anche nei procedimenti penali (indicata nelle guidelines) è stata intesa con riferimento ai procedimenti penali afferenti le imposte oggetto delle Convenzioni in quanto solo per questi, nelle Convenzioni che seguono il modello Ocse 1977, esiste la possibilità di utilizzare le informazioni (72). Non si ritiene, invece, esista possibilità di utilizzo in procedimenti penali non afferenti alle imposte oggetto della convenzione dal momento che, il modello Ocse 1977, par. 1, quarto periodo, limita l'utilizzo delle informazioni solo per gli scopi indicati nel terzo periodo.

Nei trattati stipulati dall'Italia non si ritiene esista la possibilità di trasmettere le informazioni a un terzo Stato. Questo appare chiaro nei trattati conformi al modello Ocse del 1963 ma risulta altresì dal model-

(71) In senso analogo vedi K. VOGEL, *Double taxation conventions*, pag. 1415, per le convenzioni USA/Norvegia (imposte sui redditi) e USA/Germania (imposta sulle successioni).

(72) Si veda la nota (1) alla tabella che riporta le singole convenzioni.

lo Ocse 1977.

Infatti, come è stato osservato, lo Stato A non può ottenere informazioni dallo Stato C, con il quale non esiste convenzione, avvalendosi del trattato stipulato con lo Stato B (il quale ha un trattato con lo Stato C) poiché B, qualora trasmettesse informazioni ricevute da C ad A, non rispetterebbe le disposizioni della Convenzione o quelle delle leggi interne dei due Stati contraenti (infatti, le informazioni sarebbero trasmesse ad A perché questo Stato possa applicare la propria legge interna) (73).

Un caso recentemente verificatosi in Italia, che tuttavia non attiene al tema qui trattato, concerne l'assistenza giudiziaria con la Svizzera (rogatorie). Questa non consente l'utilizzo delle informazioni ottenute in base al trattato di assistenza giudiziaria, ai fini fiscali (riserva di specialità) (74).

Il Ministero delle finanze italiano aveva utilizzato informazioni contenute nelle rogatorie svizzere per accertare violazioni fiscali nei confronti di soggetti residenti in Italia e qui imputati di reati. È stata così eccepita la violazione del trattato di assistenza giudiziaria tra Italia e Svizzera e il Ministero delle finanze italiano ha annullato gli accertamenti fiscali, fondati sulle informazioni non utilizzabili in base alle rogatorie.

Una delle principali conseguenze del tipo di utilizzo che può essere fatto delle informazioni ricevute da un altro Stato, e che qui può essere solamente accennata, riguarda il valore probatorio che tali informazioni possono assumere nell'ambito dell'accertamento d'imposta.

(73) Cfr. K. VOGEL, *Double Taxation Conventions*, Kluwer, Deventer 1997, pag. 1413, il quale evidenzia anche come, in tal caso, risulterebbero violate anche i contenuti del terzo e quarto periodo dell'art. 26, par. 1, i quali consentono l'utilizzo delle informazioni solo nello Stato che le riceve. VOGEL osserva che la situazione potrebbe mutare se B richiedesse le informazioni a C per applicare il trattato tra B e C o per applicare la propria legge interna; ma anche in questo caso il terzo e il quarto periodo dell'art. 26, par. 1, impediscono la trasmissione delle informazioni senza la preventiva approvazione dello Stato C.

(74) La Svizzera si è riservata il diritto di non accordare l'assistenza di cui alla Convenzione europea di assistenza in materia penale (conclusa a Strasburgo il 20 aprile 1959) se non alla condizione espressa che i risultati delle inchieste fatte in Svizzera e le informazioni contenute nei documenti siano utilizzati esclusivamente in relazione alle infrazioni per le quali viene fornita l'assistenza. Secondo P. BERNASCONI, *Rogatorie penali italo-svizzere*, Giuffrè, Milano 1997, pag. 88, poiché la Svizzera rifiuta l'assistenza in materia fiscale e valutaria, i mezzi di prova trasmessi dalla Svizzera allo Stato richiedente non possono essere utilizzati per perseguire illeciti di questa natura.

Poiché la Direttiva n. 77/799 è stata attuata nell'ordinamento italiano con l'art. 31 del D.P.R. n. 600/1973 relativo all'accertamento delle imposte sui redditi, pare corretto ritenere che le informazioni ricevute da altri Stati membri, in applicazione della Direttiva, abbiano lo stesso valore probatorio delle informazioni che l'Amministrazione finanziaria può direttamente acquisire secondo la disciplina interna.

Per esempio l'amministrazione italiana, per verificare la correttezza dei ricavi dichiarati da un'impresa italiana che effettui esportazioni, potrebbe richiedere all'amministrazione estera, copia delle fatture ricevute dagli acquirenti esteri dell'impresa italiana e documentazione dei pagamenti effettuati.

In questo caso le prove sono formate da documenti che possono validamente costituire il fondamento dell'accertamento (75).

Qualora le informazioni siano scambiate in dipendenza di una convenzione contro la doppia imposizione, valgono le stesse osservazioni: la convenzione è introdotta nell'ordinamento italiano con legge ordinaria e le informazioni ricevute dall'Amministrazione italiana in esecuzione dello scambio di informazioni previsto dal trattato possono assumere il valore probatorio sempreché si tratti di informazioni che tale valore abbiano o possano avere secondo la legge italiana.

È opportuno ricordare che la prova testimoniale non è ammessa nel processo tributario italiano.

14

VII. PROTEZIONE DEL CONTRIBUENTE

1. *Informazioni del contribuente*

Nell'ordinamento italiano non è prevista alcuna informazione o comunicazione al soggetto passivo relativamente alle indagini (attività istruttoria) che l'Amministrazione finanziaria ha intrapreso nei suoi confronti.

Analogamente non è prevista alcuna comunicazione al soggetto passivo della richiesta di informazioni avanzata dall'autorità competente di un altro Stato.

Come si è illustrato in precedenza (76), con il D.M. 29 ottobre 1996, n. 603, il Ministero delle finanze italiano ha escluso l'accesso, ai sensi del-

(75) Eventualmente può porsi la necessità della traduzione di un documento redatto in lingua straniera.

la L. 7 agosto 1990, n. 241, alla documentazione relativa alla collaborazione internazionale. La legge n. 241/1990 (cosiddetta legge sulla "trasparenza amministrativa") disciplina la possibilità per i soggetti privati di avere accesso ai documenti detenuti dalla pubblica amministrazione.

Quindi, oltre a non essere prevista alcuna notifica o informazione sulla richiesta avanzata da un altro Stato, non è neppure possibile per il contribuente prendere visione dei documenti che riguardano la collaborazione internazionale.

2. *Strumenti di tutela del contribuente*

Qualora il contribuente venga a conoscenza della richiesta di informazioni avanzata da un altro Stato, la legislazione italiana non prevede la possibilità di opporsi (né in via amministrativa e neppure in via giurisdiziativa) alla trasmissione delle informazioni da parte dello Stato italiano richiesto.

Al di là di questa ipotesi, è opportuno accennare brevemente a quali siano gli strumenti di tutela del contribuente nei confronti dell'attività istruttoria compiuta dall'Amministrazione finanziaria, tenendo presente che, quando questa attività sia esperita dall'Amministrazione italiana a fronte di una richiesta dell'autorità competente di un altro Stato, può accadere che i poteri istruttori vengano esercitati nei riguardi di un contribuente italiano nei cui confronti non sarà notificato alcun atto impositivo (avviso di accertamento) da parte dell'Amministrazione italiana (77).

144

2.1. *La tutela del contribuente nell'ordinamento italiano*

L'esercizio del diritto di difesa, che è garantito dall'art. 24 della Costituzione italiana, può avvenire, in diritto tributario, solo nel momento in cui l'Amministrazione finanziaria ha ultimato l'attività istruttoria ed emette un atto (normalmente l'avviso di accertamento) contro il quale il contribuente può proporre ricorso (78). Questo principio deriva dal fatto

(76) Si rinvia alla parte I, *Strumenti legali*.

(77) Secondo C. SACCHETTO, *Indagini tributarie e legislazioni straniere sul segreto bancario*, in "il fisco", 1996, pag. 9303, il fatto che l'attività di accertamento sia internazionale può provocare alcune anomalie, come quella evidenziata nel testo, rispetto a procedimenti analoghi in cui l'attività istruttoria sia esclusivamente interna.

(78) Per esempio non rientra tra gli atti autonomamente impugnabili, davanti alle Commissioni tributarie, il processo verbale di constatazione che costituisce un at-

che gli atti impugnabili davanti al giudice tributario sono tassativamente indicati dalla legge e sono atti che, generalmente, l'Amministrazione finanziaria emette dopo aver compiuto l'attività istruttoria.

La tutela in materia tributaria è attribuita alle commissioni tributarie la cui giurisdizione è delimitata dal tipo di imposta e dal tipo di lite (79).

Al di fuori della giurisdizione delle commissioni tributarie valgono i criteri di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo: la giurisdizione in tema di diritti soggettivi è del giudice ordinario mentre quella che riguarda interessi legittimi è del giudice amministrativo (80).

La tutela viene distinta a seconda che essa sia immediata o differita. E' differita quando viene esercitata con l'impugnazione dell'atto (avviso di accertamento) per la cui emanazione l'attività istruttoria dell'amministrazione finanziaria sia stata illegittima; è immediata quando è volta a esperire una tutela diretta contro l'atto istruttorio illegittimo (81).

Una conseguenza di particolare importanza derivante dall'illegittimità dell'attività istruttoria consiste, con riferimento alla tutela differita, agli effetti che tale illegittimità produce sull'atto di accertamento emanato dall'amministrazione una volta compiuta l'attività istruttoria. Come è stato osservato, le prove assunte illegittimamente perchè in violazione di un diritto, a volte costituzionalmente garantito, sono inammissibili (82) e quin-

1.

to prodromico all'atto impugnabile, e con il quale vengono acquisiti elementi di fatto utili per l'accertamento e per l'applicazione di sanzioni tributarie: sul punto vedi A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, UTET, Torino 1998, pag. 550.

(79) F. TESAURO, *Processo tributario*, Digesto, vol. XI Commerciale, UTET, Torino, 1995, p. 1 dell'estratto; i due criteri sono indicati, rispettivamente, nell'art. 1 e 19 del D. Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

(80) F. TESAURO, *Processo tributario*, p. 5 dell'estratto. Sulla giurisdizione del giudice amministrativo P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 486.

(81) Per esempio quando l'attività istruttoria sia subordinata all'esistenza di determinate condizioni il cui accertamento sia rimesso a un'autorizzazione, questa può essere sindacata sotto il profilo della legittimità davanti al giudice amministrativo a cui si chiederà di sospendere gli effetti dell'atto autorizzatorio facendo così cessare l'attività lesiva degli interessi del singolo; così L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, p. 358-359.

(82) Così P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, p. 248; I. MANZONI, *Potere di accertamento e tutela del contribuente*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 213 ss.; LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, Milano, 1996, p. 140; Si veda anche L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, p. 358, nota n. 87, la quale rileva che la pos-

di non possono essere considerate dal giudice tributario a fondamento della pretesa dell'amministrazione finanziaria. In questo caso, dunque, l'illegittimità dell'attività istruttoria dovrà essere contestata nel ricorso contro l'avviso di accertamento e potrà costituirne motivo di annullamento.

Come si è accennato sopra, nella prospettiva dello scambio di informazioni, questa forma di tutela opera solo nel caso in cui l'attività istruttoria sia stata compiuta dall'amministrazione italiana e l'accertamento sia stato emesso dalla stessa amministrazione, poichè sugli aspetti di illegittimità che rendono annullabile l'accertamento può pronunciarsi solamente il giudice tributario italiano. Ne deriva che questa tutela difficilmente potrà trovare pratica applicazione quando i poteri istruttori vengano esercitati dall'amministrazione italiana, nei confronti di un contribuente, allo scopo di trasmettere le informazioni all'amministrazione di uno Stato estero.

L'esercizio di poteri istruttori nella fase delle indagini da parte dell'amministrazione finanziaria può avvenire in violazione di disposizioni di legge e così incidendo su posizioni giuridicamente rilevanti del privato (83).

Se l'amministrazione finanziaria ha compiuto un atto istruttorio illegittimo, la dottrina italiana ritiene che sia esperibile una forma di tutela immediata (84).

146

sibilità di esperire una tutela immediata contro gli atti istruttori illegittimi, qualora non sia esercitata, non preclude la possibilità di far valere tale illegittimità in sede di impugnazione dell'avviso di accertamento.

(83) L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, p. 349, qualifica come interesse legittimo la posizione del privato nei confronti dell'attività amministrativa poichè a fronte di diritti soggettivi dell'individuo, l'amministrazione ha il potere di comprimere tali diritti per il perseguimento di un interesse pubblico preminente rispetto alla posizione individuale. P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, p. 247, ritiene che la violazione di un diritto della persona (segreto professionale, inviolabilità del domicilio, ecc.) derivante dall'illegittimità dei poteri istruttori dell'amministrazione finanziaria trovi tutela davanti al giudice ordinario non valendo, in materia di poteri istruttori (aventi portata strumentale e non sostanziale), la teoria dell'affievolimento dei diritti soggettivi in interessi legittimi ad opera del provvedimento dell'amministrazione finanziaria.

(84) M. BASILAVECCHIA, *Il riparto di giurisdizione tra Commissioni tributarie e giudice amministrativo ordinario*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 1990, p. 813-814, osserva che l'esigenza di tutela è particolarmente sentita nel caso in cui destinatario dell'attività istruttoria sia un soggetto diverso da quello legittimato all'impugnazione dell'accertamento; il problema si pone per quegli atti che siano immediatamente lesivi di diritti e interessi particolarmente qualificati del soggetto. Secondo Basilavecchia la tutela differita mira ad annullare l'accertamento ma non tutela la sfera del-

Questa situazione può verificarsi quando, per esempio, l'attività istruttoria dell'amministrazione finanziaria sia compiuta in violazione di alcuni diritti fondamentali di rilevanza costituzionale quali l'inviolabilità del domicilio, l'integrità della corrispondenza e il segreto professionale.

L'interesse dello Stato alla corretta applicazione delle imposte giustifica la riduzione dei diritti dell'individuo, sopra menzionati, ma proprio perchè si tratta di diritti di particolare rilevanza, la loro "compressione" (per la traduzione: compressione nel senso di riduzione del diritto) è subordinata, generalmente, ad autorizzazioni preventive (85).

Così avviene, per esempio, per l'accesso in luoghi adibiti ad abitazione del contribuente per il quale è necessaria l'autorizzazione del procuratore della repubblica (86).

Come è stato osservato, tuttavia, la tutela rinviata alla fase del ricorso contro l'avviso di accertamento si rivela insufficiente contro la violazione dei diritti personali sopra ricordati (87).

la riservatezza immediatamente violata dal compimento dell'atto istruttorio. Inoltre si deve distinguere se il procedimento preveda atti autoritativi (esempio: le autorizzazioni alle deroghe al segreto bancario) che riducano i diritti ad interessi legittimi: se si tratta di interessi legittimi è corretta la giurisdizione del giudice amministrativo altrimenti la tutela è affidata al giudice ordinario. Secondo R. LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, p. 142, la possibilità di esperire una tutela immediata contro attività istruttorie illegittime, davanti al giudice amministrativo, è dubbia.

14

(85) Osserva L. SALVINI, *La partecipazione del privato all'accertamento*, Cedam, Padova, 1990, p. 351, che in molte ipotesi in cui esiste un interesse del privato meritevole di tutela, i funzionari che eseguono l'attività di indagine debbano ottenere, a tal fine, specifiche autorizzazioni. Queste hanno una funzione, almeno formale, di tutela dei diritti del privato e la loro mancanza determina l'illegittimità dell'attività istruttoria. Tuttavia si deve osservare che queste autorizzazioni sono spesso emanate non da un organo estraneo rispetto a chi esegue i controlli ma da un ente gerarchicamente superiore al funzionario che esegue il controllo: questo avviene, ad esempio, per gli accessi nei locali adibiti all'esercizio dell'impresa.

(86) Art. 52 D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

(87) LUPI, *Diritto tributario. Parte generale*, p. 140, il quale indica il caso dei poteri istruttori esercitati nei confronti di terzi che, evidentemente, non hanno nessun ristoro alla violazione subita dal fatto che il contribuente abbia ottenuto l'annullamento dell'accertamento. Sull'imposizione di obblighi fiscali nei confronti di soggetti diversi da quelli titolari di capacità contributiva si veda D. COPPA, *Gli obblighi fiscali dei terzi*, Cedam, Padova, p. 81 e seguenti. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 1997, p. 301, afferma che sono impugnabili davanti al giudice amministrativo gli atti istruttori che hanno come destinatario un soggetto diverso da quello inquisito. Si pensi ad atti istruttori compiuti dall'amministrazione finanziaria italiana nei confronti di un soggetto residente in Italia in esecuzione di una richiesta di infor-

La dottrina italiana, discute su quale sia la tutela contro gli atti istruttori dell'amministrazione finanziaria che il privato ritenga illegittimi.

Una parte della dottrina ritiene che la tutela contro l'attività istruttoria dell'amministrazione che il privato ritenga illegittima e ne leda interessi legittimi, sia affidata al giudice amministrativo (88).

Altra parte della dottrina, con particolare riferimento a quei diritti costituzionalmente garantiti quali l'inviolabilità del domicilio, ecc., afferma la competenza del giudice ordinario (89).

Ma, come è stato osservato, i precedenti giurisprudenziali e le posizioni assunte dal Consiglio di Stato fanno ritenere la materia ancora priva di punti fermi (90).

2.2. La tutela del contribuente nel diritto dei trattati e in quello comunitario.

Il diritto internazionale e quello dei trattati, che ad esso appartiene,

148

mazioni proveniente dall'autorità competente di un altro Stato che indaga nei confronti di un proprio soggetto passivo; come si è accennato nel testo, il soggetto passivo italiano destinatario di tale attività istruttoria, qualora questa presenti aspetti di illegittimità, non avrà una tutela differita affidata al giudice tributario italiano (perchè non sarà l'amministrazione italiana a emettere un atto impugnabile); la tutela contro l'illegittimità dagli atti istruttori è affidata, secondo Tesaurò, al giudice amministrativo.

(88) F. TESAURÒ, *Istituzioni di diritto tributario*, p. 301.

(89) P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 247.

(90) Così A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, UTET, Torino, 1998, p. 325, con i riferimenti alla giurisprudenza e al Consiglio di Stato. In particolare si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 26 settembre 1995, n. 982, in *Rivista di diritto tributario*, 1996, II, p. 1109, con nota di S. LA ROSA; il Consiglio di Stato ha negato l'accesso del contribuente, sottoposto a indagini bancarie, agli atti in base ai quali la verifica è stata eseguita rinviando tale accesso solo dopo la notifica dell'avviso di accertamento, una volta conclusa l'attività istruttoria. Si veda anche Consiglio di Stato, sez. IV, 28 gennaio 1991, n. 43, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1991, II, 29, con nota di R. SCHIAVOLIN, il quale, a pagina 39, osserva come le argomentazioni del Consiglio di Stato non appaiano idonee a superare la posizione della dottrina che ammette "in generale una tutela autonoma nei confronti degli atti di indagine tributaria, davanti al giudice ordinario o amministrativo, secondo le regole generali sul riparto delle giurisdizioni".

hanno come soggetti gli Stati e non le singole persone che agli Stati appartengono (91).

Generalmente, quindi, non è prevista in tale ambito una rilevanza dell'individuo o una posizione soggettiva di questo, portatrice di interessi tutelati in quella sede. E' sufficiente richiamare l'istituto della procedura amichevole (art. 25 modello OCSE) dove al singolo è attribuita la possibilità di sottoporre all'autorità competente del proprio Stato contraente il caso da cui deriva la imposizione non conforme al trattato senza che però a questo diritto corrisponda un obbligo di risultato da parte dell'amministrazione (che dovrà fare "del proprio meglio").

Così, per lo scambio di informazioni che sia lesivo di interessi del singolo in relazione al quale le informazioni sono scambiate, le disposizioni convenzionali nulla dispongono essendo la tutela affidata agli strumenti unilaterali dei singoli Stati contraenti.

Nell'ambito comunitario, sebbene per altre materie esista un diritto immediatamente esercitabile dal singolo cittadino di Stati membri, la disciplina dello scambio di informazioni è finalizzata alla tutela degli interessi degli Stati membri e della Comunità contro le evasioni e le frodi fiscali e questi scopi risultano evidenti nella Direttiva 77/799; questa non contiene perciò disposizioni che siano rivolte ad assicurare il rispetto dei diritti dei singoli cittadini della Comunità e nessuna forma di tutela è prevista nei confronti di questi (92).

In questo senso la disciplina introdotta dalla Direttiva appare inidonea a garantire la tutela del contribuente (93).

(91) T. BALLARINO, *Soggetti di diritto internazionale*, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1993, p. 3, afferma che gli Stati sono i normali soggetti del diritto internazionale.

(92) D'altro canto, mentre il regolamento è diretto a tutti gli individui degli Stati membri, la Direttiva si rivolge alle Istituzioni degli Stati membri indicando un risultato da raggiungere; sul punto v. P. SELICATO, *Effetti delle direttive comunitarie sulla normativa tributaria italiana*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1990, II, p. 67.

(93) In senso conforme si veda A. FEDELE, *Scambio delle informazioni, Relazione tenuta alla Conferenza interuniversitaria su L'unione economica, monetaria, finanziaria e sociale europea: procedure operative e tempi di attuazione*, Caserta, 9-14 giugno 1996, p. 9 del dattiloscritto, che evidenzia decisamente l'esigenza di garantire un'adeguata tutela anche giurisdizionale al contribuente soprattutto nel caso in cui si ritenga di ridurre i poteri discrezionali degli Stati nell'attività di scambio delle informazioni.

2.3. *Ulteriori aspetti di tutela connessi allo scambio di informazioni.*

I profili che attengono alla "protezione del soggetto passivo" non si esauriscono nella indicata inesistenza di una forma di tutela preventiva rispetto all'avviso di accertamento.

La dottrina italiana ha evidenziato che i diritti personali costituzionalmente garantiti possono essere attenuati in funzione del generale interesse affinché tutti concorrano alle spese pubbliche dello Stato in ragione della propria capacità contributiva e quindi la ripartizione del carico tributario, tra i consociati, avvenga secondo equità il che costituisce un interesse riferibile a tutta la comunità organizzata (94). Ma questo principio si rivela inadeguato a giustificare l'indagine attuata (con accesso presso il domicilio, ecc.) dall'amministrazione italiana a fronte di una richiesta di informazioni da parte di uno Stato estero, nell'ambito di una procedura di scambio di informazioni prevista da un trattato bilaterale. In questo caso l'attenuazione delle libertà individuali non è giustificata dall'interesse di cui si è detto sopra ma da quello della corretta applicazione del sistema tributario di un altro Stato (95); viene così a mancare quell'equilibrio derivante dal contemperamento di diversi interessi e libertà costituzionalmente rilevanti nell'ambito dell'ordinamento dei singoli Stati.

In questa prospettiva, benchè l'assistenza in materia tributaria costituisca indubbiamente uno strumento per contrastare l'evasione internazionale (96), appare fondamentale l'esistenza di forme di tutela dei diritti dei singoli garantiti dalla Costituzione.

Diversamente dai trattati, le direttive comunitarie e i regolamenti costituiscono gli strumenti più idonei per consentire l'inserimento, nei singoli ordinamenti, del principio della corretta applicazione dei sistemi tri-

(94) A. FEDELE, *Scambio delle informazioni*, Relazione tenuta alla Conferenza interuniversitaria su L'unione economica, monetaria, finanziaria e sociale europea: procedure operative e tempi di attuazione, Caserta, 9-14 giugno 1996, p. 4-5 del dattiloscritto; l'Autore cita il principio costituzionale dell'inviolabilità del domicilio che può subire limitazioni per finalità fiscali.

(95) A. Fedele, *Scambio di informazioni*, p. 5 del dattiloscritto.

(96) Sul punto si veda C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Cedam, Padova, 1977, p. 6, il quale individua la causa dell'evasione fiscale internazionale nell'esistenza di Stati sovrani e nell'assenza di un potere legislativo, esecutivo e giudiziario sovranazionali.

butari di tutti gli Stati (97). Infatti nell'ambito della Comunità quale ordinamento giuridico sovranazionale (98) con proprie finalità e con specifica attenzione alla fiscalità può trovare giustificazione tale principio (99). Tuttavia, come già si è rilevato in precedenza e come la dottrina ha osservato (100), la Direttiva 77/799 ha come immediati destinatari gli Stati membri e non prevede forme di tutela di diritti dei singoli che subiscano limitazioni nell'attività di scambio delle informazioni.

Marco Barassi

(97) Infatti quando le informazioni vengano raccolte e scambiate sulla base di una convenzione contro la doppia imposizione, questa è ratificata nell'ordinamento nazionale con legge ordinaria e quindi, sebbene disciplina "speciale", è gerarchicamente subordinata ai precetti costituzionali; diversamente, quando lo scambio avviene in base a fonti di natura comunitaria, i vincoli costituzionali sono superati della disposizione contenuta nell'art. 11 della Costituzione che ammette la limitazione alla sovranità in funzione di un ordinamento sovranazionale.

(98) La Comunità è riconosciuta come ordinamento giuridico del quale ha tutti gli elementi essenziali: i soggetti, la struttura istituzionale e le funzioni. Così R. MONACO, *Comunità economica europea*, Enciclopedia Giuridica, Roma, 1988, p. 5.

(99) A. FEDELE, *Scambio di informazioni*, p. 6 del dattiloscritto. Si veda anche il preambolo della Direttiva 77/799: "visto il trattato che istituisce la Comunità economica europea, in particolare l'art. 100", "considerando che la pratica della frode e dell'evasione fiscale al di là dei confini degli Stati membri conduce a perdite di bilancio e all'inosservanza del principio della giustizia fiscale e può provocare distorsioni dei movimenti di capitali e delle condizioni di concorrenza, pregiudicando quindi il funzionamento del mercato comune".

(100) A. FEDELE, *Scambio di informazioni*, p. 7 del dattiloscritto.

Aspects of commercial and tax law linked to the formation of a *joint venture* corporation in Poland by an Italian enterprise

di Alfredo Pozzo

SUMMARY: 1. Foreign investment law in Poland. General rules of reference; 1.1 State authorisation; 1.2 Raising of capital; 1.3 Guarantees in relation to expropriating measures; 1.4 Repatriation of capital and profits; 2. 'Joint ventures'. J *Joint venture* as a notion; Joint venture corporations in the Polish system; 3.1 Limited liability companies (Sp. Zo.o); 3.2 Joint-stock companies (S.A.); 3.3 Activities subject to authorisation; 4. Tax regime; 4. 1. Corporate income tax; 4.1.1 Taxable subjects; 4.1.2. Determining the taxable basis. General principles. Proceeds; 4.1.3 (continued) Determining the taxable basis. Costs; 4.1.4. (continued) Determining the taxable basis. Writing-down allowances; 4.1.5. (continued) Determining the taxable basis. Evaluating stocks; 4.1.6 (continued) Determining the taxable basis. Earmarking; 4.1.7. Tax rate and period; 4.1.8. Withholding taxes; 4.1.9 Taxation of non-residents; 4.1.10. Tax relief; 4.1.11 Transfer pricing; 4.1.12 Thin capitalization; 4.1.13. Conventional law; 4.2. Personal income tax; 4.2.1. Taxable subjects; 4.2.2. Rate; 4.2.3. Income from employment; 4.2.4. Income from employment in conventional law; 4.3. VAT; 4.4. Consumption surcharge ; 4.5. Customs duties; 4.6. Customs system; 4.6.1. Certification mark; 4.7 The stamp duty; 4.8 Formation tax; 4.9 Tax on agriculture; 4.10 Tax on forests; 4.11 Local taxes. Tax on urban property; 5. Protection of industrial and intellectual property; 5.1 Patents; 5.2 Utility patterns; 5.3 Ornamental patterns; 5.4 Enterprise marks (trade and merchandise marks); 5.5 The firm; 5.6 The protection of intellectual property.

15

1. FOREIGN INVESTMENT LAW IN POLAND. GENERAL RULES OF REFERENCE

Foreign investment in Poland is regulated by the law on Companies with Foreign Participation issued June 14th 1991 (enforced July 4th 1991), (1) with the numerous amendments following its issue. (2, 3)

(1) On the law on companies with foreign participation, June 14th 1991, see: B.I. Jostmeier, *Poland*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1991, C-120, C-123; D.J. Franklin - J.T. Murphy, in *International Company and Commercial Law Review*, 1991, 277; Frankowska-Gronet, *Poland: Law on Companies with Foreign Participation - Introductory Note*, in *ILM*, 1991, 871; P. Mazur, *Poland: New Foreign Investment Law*, in *International Business Lawyer*, 1991, 460; Orzelsky-Marszalek, *Pologne*,: *Le régime des investissements étrangers*, in *C.J.F.E.*, 1992, 535; J. Rajskey, *New Polish Investment Legal Framework*, in *International Business Law Journal*, 1991, 1015 ff.; R.L. Drake, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, in *The International Lawyer*, 1992, no.2, 525 ff.; C. Banasinski, *Regional Development*

Art. 1, subsection 1, of the law above mentioned expressly states the conditions for foreign subjects' participation in the profits derived from the activities of enterprises on the Polish Republic's territory.

(Poland), in *The International Lawyer*, 1992, no. 1, 244; A. Tomaszek-R. Poplawky, *Sources of Polish Business Law*, in *International Business Lawyer*, 1992, no.7, 361; C. Costa, *Investimenti di imprese italiane in Polonia*, in *Comm. int.*, 1993, 668; Gide-Loyrette-Nouel, *Investir en Europe central, Hongrie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie*, Editions G.L.N. Joly, 1992; Z. M. Czarny, *Privatisation of State Industries in Poland*, in *International Business Lawyer*, 1992, 153; Nabarro, Nathanson and Weil - Gotshal & Manges, *Legal Aspects of Doing Business in Poland*, Longman Law, Tax and Finance, 1993, 384.

See also Instytut Koniunktur i Cen Handku Zagranicznego, *Polonia il tuo partner economico*, Varsavia, Istituto Poligrafico di Niepokalanów, 1996. And G.F. Borio, *Gli investimenti Italiani nell'est europeo*, in *Studi e note di economia*, 1998, Supplement to no. 1, 33.

(2) See Law March 29th 1996, published in the *Gazzetta ufficiale* of April 19th 1996 and enforced in May 4th 1996.

(3) Bibliography on the system of foreign investments in Poland preceding the law on companies with foreign participation of June 14th 1991:

a) on the regime previous to law December 23rd 1988 see: J.G. Scriven, *Joint Venture Legislation in eastern Europe: A Practical Guide*, in *Harvard International Law Journal*, 1980, no.3, 633; D. Campbell, *Legal Aspects of Joint Ventures in Eastern Europe*, Deventer - Boston, Kluwer, 1981; P. Buzescu, *Joint Ventures in Eastern Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, no. 3, 407 ff., espec. 441, 1984; W. G. Kuiper, *(East-West) Joint Ventures: a special phenomenon in international tax law?*, Amsterdam, IBFD, 127; J. Rajskey, *Aspetti legali degli investimenti esteri in Polonia*, in *Gazz. val. comm. int.*, 1986, 1370; *id.*, *Evolution of Polish Foreign Investment legislation*, in *International Business Law Journal*, 1988, no.4, 481; *id.*, *Legal Problems Relating to east-West Joint ventures*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1989, 533.

b) On legislation introduced with law December 23rd 1988 (published in its Italian translation in *Comm. int.*, 1990, 275): F. Annunziata, *Imprese a capitale misto: la disciplina polacca*, in *Gazz. val. e del comm.int.*, 1988, 439; P. Pennetta, *La nuova disciplina polacca e ungherese in materia di investimenti stranieri*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 1989, 665; P. A. Cocino, *Joint ventures nei Paesi dell'Est Europeo*, Rome, ICE, 1990, updated note, 1991; F. Giuliani, *'Joint Ventures' societarie in Polonia*, in *Giur. Comm.*, 1991, 318; V. Kurdkdjian, *Legge polacca del dicembre 1988 sugli investimenti stranieri*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, no. 1 and 2, 1991; D. Monaco, *Le joint ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, in *Le Joint Ventures. Profili giuridici e modelli contrattuali*, various authors, Milan, Egea, 1997, 415.

See also M. Ronconi, *La nuova Polonia verso un'economia di mercato: Trasformazioni strutturali, opportunità per gli investimenti stranieri, e aiuti strutturali*, in *Investire all'Est*, various authors, Maurizio Guendalini ed., Milan, Franco Angeli, 70 ff.

International publications on the subject include: G.N. Boukaouris, *Joint Ventures in the USSR, Czechoslovakia and Poland*, in *Case Western Reserve Journal of International Law*, 1989, 47; A. Burzynsky, *Comments on foreign investment law of 23rd*

Art. 2 of the law in question, however, states that these legislative provisions do not depart from other laws concerning conditions with respect to foreign subjects' participation in the profits derived from the activities of enterprises present on the Polish Republic's territory. (4)

Under Art. 3 of the law in question foreign subjects are to be intended as:

- a) natural persons residing abroad;
- b) legal persons with their base abroad;
- c) companies without corporate status formed by natural or legal persons as in a) and b) formed according to the legislation of a foreign country.

Under art. 1, subsection 2, foreign subjects in order to carry on a business may either form a limited company (*Spółka z ograniczona odpowiedzialnością* - Sp. Zo.o.) or a stock company (*Spółka akcyjna* - SA), and of course they can form companies by joining with local partners or

December 1988, Warsaw, 1989; Z. Czubinsky, *Poland: A Potential Paradise for Western Investors? Brief Analysis of the New Economic reforms*, in *European taxation*, 1990, 151-153; J. Fiszer, *The New Polish Foreign Investment Law*, in *Tax Notes International*, 1990, 905 ff.; J. Rajski, *New Law to Encourage Foreign Investment in Poland*, in *International Business Law Review*, 1990, no. 1, 29; *id.*, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, in *International Business Law Journal*, 1990, no 4-5, 531; Z. M. Slupinsky, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, in *International Business Lawyer*, 1990, 401 ff.; A. Tomaszek-R. Poplawky, *Sources of Polish Business Law*, in the work cited, 360.

c) with reference to amendments brought in December 1989 to law December 23rd 1988 see: D. Gordon, *the Polish Foreign Investment Law of 1990*, in *The International lawyer*, no. 2, 1990, 335 ff; Z.M. Slupinsky, *The New Polish Joint Venture Law*, 3 *Transnational Law*, 1, 1990; J. Rajska, *The New Legal Framework of the economic Activity of Foreigners in Poland*, in the work cited 531; Z. M. Slupinsky, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, in the work cited, 401 ff.; *id.*, *Foreign Investment in the Banking Sector and emergence of the Financial Market in Poland*, in *The International Lawyer*, no. 1, 1991, 127 ff.

(4) There are, for example, limits regarding the formation of public limited companies the activity of which relates to sectors of national interest and public utility as defined by an apposite decree of the Council of Ministers (for example, banking, insurance and telecommunications. See on this point, art. 310 Cod. Comm.)

These companies can be formed only after obtaining an authorisation of the Minister for Industry and Commerce who approves the articles of association by assessing whether they complies with the law.

The articles of association of a public limited company destined to work in the banking and insurance sectors are also subject to the approval of the Minister of Finance. See D. Monaco in *Le joint-ventures nella repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, in the work cited, 418 ff.

receive or purchase quotas or shares in already existing Polish companies with the aforementioned juridical forms.

No limit is stated with regard to the percentage of quota that foreign investors may possess.

Art. 1, subsection 3 of the law in question also states that companies with foreign participation will be subject to provisions as defined in the commercial code, provided that said law does not state otherwise.

1.1 State authorisation

The law on companies with foreign participation, according to art. 1, subsection 2 states the requisites for a public corporation to acquire quotas or shares in a company with foreign participation where said public corporation brings a contribution to the stock not in money, but in the form of a business, a branch of a business or immovable property that can be used in the running of a business.

In respect of the above, art. 6, subsection 1 of the law in question lays down state authorisation for a number of acts, authorisation which, under art.8, is issued by the Minister of privatisation.

The acts to be authorised are as follows:

A) stipulation by the public corporation of a contract or contracts with the company with foreign participation the object of which being:

a) the use of a business, of a branch of a business or of immovable property belonging to said public corporation, on the Polish territory, for a period over six months; (5)

b) the transfer of property of said assets;

B) acquisition by a public corporation of quotas or shares in the company with foreign participation where said public corporation contributes to the capital with a business, a branch of a business or immovable property that can be used for specific economic purposes. (6)

The above mentioned authorisations are concerned with relations between public corporations and companies qualifying as companies

(5) This provision, by the just mentioned art. 6 subsection 2, departs from the rules where the Treasury should contribute property of a liquidated state enterprise according to art. 37, subsection 1, point 2 of law July 13th 1990 on the privatisation of state enterprises (as with the numerous amendments that followed).

(6) On the authorisation system see legislation contained in Law July 13th 1990 on the privatisation of state enterprises and especially art.1 (defining the concept of 'privatisation') and the laws contained in Head II, titled 'transformation of a state enterprise in company', regulating in detail the process of privatisation of a state enterprise.

with foreign participation; for the purposes of identifying the latter group, one considers foreign partners also legal persons incorporated in Poland and 'under' a foreign partner (art. 7, subsection 1, of the law in question).

In this respect, subsections 2 and 3 of the above mentioned art. 7 state that a legal person is considered as being 'dependent on' a foreign partner in the following instances:

a) when a foreign subject directly or indirectly holds the majority vote in members' or shareholders' meetings (as established also by agreements with other members);

b) when this foreign subject has the power to elect or dismiss the majority of management members of the above mentioned public corporation;

c) or, when more than half of the public corporation's management are at the same time directors of the foreign entity or at any rate individuals carrying out management functions in the legal entity in question or in another which is under the foreign entity.

The absence of a state authorisation brings about the nullity of the acts above mentioned (art. 9 of the law on companies with foreign participation).

Under art. 8, this authorisation must be requested by the public corporation.

Under art. 12, the request to obtain authorisation to implement the acts considered in art. 6, subsection 1, should state the parties in the agreement, the object of the same and its value.

In the case previously mentioned, where the public corporation through a contribution in kind consisting in a business, a branch of a business or in immovable property, intends to acquire a quota or shares in the company with foreign participation, the request should also contain:

a) the members of the company with foreign participation;

b) the company name and legal address;

c) the object of its business;

d) the type and value of contributions in kind;

e) the number, type and value of quotas or shares acquired against the contribution;

Attached to the request there should also be the draft of the deed of formation and of the by-laws or memorandum, alternatively, the by-laws and the memorandum.

The request and the papers that pertain to it should be drawn up in Polish or at any rate submitted together with an authenticated translation in Polish (art. 15).

Under art. 18, the decision regarding the granting of the authorisation is communicated within 2 months of the date in which the request was submitted.

Within 30 days from the date in which the request was submitted, the Minister for privatisation may invite the requesting parties to supply at their expense the following:

a) the papers documenting the financial situation of the parties;

b) the opinion regarding the requesting parties, the company and the object of the agreement as expressed by the experts indicates by the requesting parties with the consensus by the Minister for privatisation (art. 14). (7)

Art. 17 of the law in question provides that the Minister for privatisation shall refuse to grant authorisation if the implementation of acts as in art. 6 should compromise the economic interests of the state, public safety and defence, or the State secret. (8)

The authorisation states the information concerning the parties, the object of the agreement, its characteristics and also the term of validity of the authorisation itself (art. 16, subsection 1).

Subsection 2 of art. 16 lays down that, with reference to the acts stated in art. 6, subsection 1, and having considered the interests of the State, the Minister for privatisation may set down, in his authorisation, the requisites concerning in detail what the Polish and foreign subjects' share in the stock should be and the proportion of votes in the meetings that the company is obliged to keep to. In addition, art. 19, subsection 1 of the law in question confers upon the Minister for Privatisation the power to request of the company with foreign participation the necessary documents so that an assessment can be made to the effect that the conditions stated in the authorisation have been fulfilled.

Should the requisites contained in the authorisation not be satisfied, art. 19, subsection 2, provides that the Minister of privatisation shall enjoin on the company to eliminate irregularities within a date established by the same Minister.

Should they still not be eliminated the authorisation may be revoked.

Under art. 20, revoking the authorisation leads to the break-up of the company.

(7) Art. 17 states that refusing to grant the authorisation for the above mentioned reasons does not require a justification .

(8) Subsection 2 of article 14 of the law on companies with foreign participation states that with the request of the above mentioned documents, the procedure for the granting of authorisation is suspended till the day the same documents are submitted.

Should the authorisation be revoked then the Minister for privatisation will refer to the competent tribunal for the break up of the company, declared with an apposite decision. (9)

1.2 Contributions

Under art. 10 of the law on companies with foreign participation, foreign subjects' contributions to the capital of said companies can be in the following:

a) money, currency in an open foreign account or in convertible currency transferred from abroad via a foreign bank or in Polish currency from the selling of convertible currencies in a bank authorised to purchase said currencies;

b) in kind, on condition that the transfer of the contribution in kind from abroad or the purchase of the object of the contribution in kind by a national natural or legal person is through the currencies as in the previous point *a)* or through inheritance.

Contributions to the capital of companies can also take place using:

a) income deriving from quotas or shares;

b) sums from the sale or redemption of quotas or shares;

c) sums due to the foreign subject as a member, from the sharing out of the assets following liquidation, once creditors have been satisfied or their credits guaranteed;

15

(9) On the subject of authorisations, it should also be noted that under law March 24 1920 on the purchase of real assets by foreign subjects (as amended after its issue, its last amendment being that of law March 15 1996) joint ventures with foreign majority participation cannot own the land without special authorisation by the Minister of the Interior, subject to authorisation by the Minister for Defence.

If the real assets have a special function, due to their intrinsic qualities, it is also necessary to obtain other Ministers' authorisations (for example, with regard to agricultural land, the Minister of Agriculture should supply the necessary authorisation).

For the purposes of the law just mentioned and differently to the concept contained in the law on companies with foreign participation of June 14th 1991, 'foreign' companies are considered those formed and with their domicile abroad and Polish companies directly or indirectly controlled, for at least 50% of the stock, by foreign subjects.

The following are cases in which the authorisation by the Minister of the Interior is not required: where the purchase of real assets is by foreign individuals; where a legal person incorporated in Poland, but controlled by foreign entities, acquires plots of non-built land up to hectares 0.4 in the city and up to 1 hectare in the country and that said immovables are destined to the corporation's own use, as established in the by-laws.

The Minister of Finance on the foreign subject's request may authorise a money contribution in Polish currency or a contribution in kind deriving from securities that are different to the ones mentioned.

In giving consent, the Minister of Finance may decide on the conditions that the foreign partner should satisfy when paying his contribution.

For the purposes of the acts concerning contributions no currency licence is needed.

1.3 Guarantees in connection with expropriation measures

Art. 22, subsection 1 of the law on companies with foreign participation states that, with expropriation acts or the application of other measures with a similar function, the foreign entity, subject to reciprocity, is guaranteed payment of compensation of a sum equivalent to the share of net assets that is due.

Under subsection 2, regulations and procedures for compensation are remitted to apposite laws.

The Minister of Finance, in the name of the Treasury, may on the foreign subject's request concede the latter a guarantee of payment of the compensation.

160

1.4 Return of capital and profits

Under art. 26 of the law at issue, the foreign subject has a right, after taxes due have been paid, to acquire foreign currency in a bank authorised to purchase it and to have it transferred abroad without there being a need for an additional authorisation, on condition, however, that said currency is from:

a) sums received in connection with sharing in the profits of the company in which it participates and that this provenance is backed up by a document issued by the same company after the approval of the financial statement;

b) from sums received in connection with the sale or redemption of the quotas or shares of the company, received or purchased in accordance with art. 10 (please refer to previous paragraph);

c) sums received from the liquidation;

d) sums received as compensation following expropriation or the application of measures producing similar effects.

Moreover, to protect the Italian investor, also applicable are the rules contained in the Agreement for the promotion and protection of

investments signed in Warsaw on May 10th 1989 between Italy and Poland, coming into force in Italy with law January 7th 1992, no. 30 (10).

Art. 6 of this Agreement sanctions the freedom for the foreign operator, his fiscal duties having been discharged, to transfer in convertible currency the capital invested, dividends and additional amounts to maintain and increase investments.

2 JOINT VENTURES. THE NOTION OF JOINT VENTURE

From a juridical point of view, the expression joint venture defines a contractual situation originating in the Anglo-Saxon system and later received into the US system. Its object is that of regulating co-operation agreements between different enterprises.

Strictly speaking, the expression 'joint venture' (11) does not refer to

(10) See C. Costa, *Investimenti di imprese italiane in Polonia*, 668; D. Monaco, *Investimenti all'estero: accordi con l'Italia al 31 gennaio 1997*, in *Commercio internazionale*, 1997, no. 7.

(11) For Italian legal literature on joint ventures please refer to D. Bonvicini, *Le joint ventures: tecnica giuridica e prassi societaria* 1977, and A. Astolfi, *Il contratto di joint venture*.

See also: U. Morello, *Società atipiche e ordine pubblico economico: evoluzione della prassi civile e prospettive*, in *Riv. not.*, 1973, 746 ff.; A. Astolfi, *Il contratto internazionale di joint venture*, in the work cited, 809 ff.; H.P.Fargosi- M.G.C. De Romisier, *Riflessioni in tema di joint venture*, in *Riv. soc.*, 1978, 1342 - 1352; F. Benatti, under 'Associazioni temporanee di imprese', in *Dizionari del diritto privato*, edited by N. Irti, vol. I, *Diritto civile*, 73 ff.; F. Bortolotti - R. M. Morresi, under 'Joint ventures', in *Nov. Mo Digesto, Appendice*, Turin, Utet, 1983, 535 ff.; A. Astolfi, *Contratto di joint venture*, in *Dizionari di diritto privato*, ed. N. Irti, vol. 3, *Diritto commerciale e industriale*, ed. U. Carnevali, Milan, Giuffrè, 1981, 403 ff.; G. Tabegna, *le associazioni temporanee di imprese, dalla 'joint venture' americana alle esperienze europee*, Rome, 1981; D. Corapi, *le associazioni temporanee di imprese*, Milan, Giuffrè, 1983; U. Morello, *le società atipiche*, Milan, 1983; A. Propersi, *Riflessioni aziendali in tema di joint venture*, cit., 1089; U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali*, II, *La cooperazione tra imprese*, Padua, Cedam, 1985, especially page 75 ff.; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Contratti di cooperazione e responsabilità delle imprese, (la pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano)*, in *Giur. Comm.*, 1984, 378; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Dequalificazione e fonti normative di disciplina del contratto di cooperazione tra imprese*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 41 ff.; D. Corapi - A. Saravalle, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in *Dir. comm. int.*, 1988, 15; F. Bortolotti, *Le joint ventures internazionali: profili giuridici*, various authors in *Joint ventures multinazionali. Alleanze tra imprese, competizione e potere di mercato nell'economia mondiale*, G. Balcet ed., Milan, Etaslibri, 1990, 271 ff.; B.S. Donno, *La partecipazione di imprese italiane in joint ventures in paesi in via di sviluppo*, in *Rass. Dir. civ.*, 1988, 824; D. Corapi, *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società: i*

a legal institute or relation; it refers more appropriately to the object of a legal relation entered into with a view to carrying out co-operation agreements. (12)

consorzi senza attività esterna, le associazioni temporanee di imprese ed il G.E.I.E., in *Riv. not.*, 1989, I, 747 and in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 67 ff.; A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, editor F. Galgano, vol. XII, Padua, Cedam 1990; G. Schiano Di Pepe, *Il gruppo di imprese*, Milan, Giuffrè, 1990; A. Piras, *Nuove forme di organizzazione dell'attività d'impresa*, in *Giur. Comm.*, 1980, 70; G. Balcet, *joint venture ed accordi internazionali*, in *Dir. ed economia*, 1991, 479; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1991; G. Sicchiero, *l'engineering, la joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, in *Giur. Sistematica di dir. civ. e comm.*, Turin, Utet, 1991, 38 ff.; D. Corapi, under 'joint venture (aspetti societari)' in *Digesto delle discipline privatistiche*, comm. section, vol. VII, Turin, Utet, 1992, 74 ff.; M. Tanini, *La Joint Venture*, in *Nuova. Giur. Civ. comm.*, 1992, II, 129; C. Vaccà, under 'joint venture (aspetti contrattuali)', in *Digesto delle discipline privatistiche*, comm. section, Vol. VII, Turin, Utet, 1992, 50 ff.; M. C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, trattato dir. da F. Galgano, Tome 2, Turin, Utet, 1995, 1441 ff.; M. Gasparini, *Joint venture ed altre forme di investimenti diretti esteri*, Padua, cedam, 1996; *Le Joint ventures. Profili giuridici e modelli contrattuali*, various authors, Milan, Egea, 1997.

US legal writings on joint ventures are overflowing. See: G. W. Miller, *The joint venture: problem child of partnership*, in *California L.R.*, 1950, 860; H.W. Nichols, *Joint Ventures*, in *36 Virginia L.R.*, 1950, 425 ff.; B. west, *The business joint venture in Louisiana*, in *Tul. L.R.*, 1951, 382; J. Taubman, *What constitutes a joint venture*, in *Cor. L. R.*, 1956, 640; W. H. E. Jaeger, *Joint Ventures: Membership, Types and Termination*, in *9 American University L. R.*, 1960, 111 ff.; W.H. E. Jaeger, *Joint Ventures: Origins, Nature and Development*, in the work cited, 1ff.; W. Friedman - G. Kalmanoff ed., *Joint International Business Ventures*, new York- London, 1961; W.H. E. Jaeger, *Joint Ventures, Recent Developments*, in *Washburn Law Journal*, vol. 4, no. 1, 9-44; R. Backman, *Joint Ventures and the Antitrust Laws*, in *40 New York University L. R.*, 1965, 507; J. Bivens - K. Lovell, *Joint Ventures with foreign partners*, New York, 1966; S. Maynen - W. Friedman, *Joint Ventures Revisited*, in *1 Columbia Journal of World Business*, 1966, 19 ff.; W. Friedman - R. Beguin, *Joint International Business Ventures under the Antitrust laws: A Summary Assessment*, in *Antitrust Bulletin*, 1976, 453; H. Herzfeld, *Co-operation Agreements in Corporate Joint Ventures in Journal of Business Law*, 1983, 121 ff.; K. R. Harrigan, *Joint Venture. Managing for Joint Venture Success*, Lexington, Mass., 1986, (Corno ed.); *Year-book on corporate mergers, joint venture and corporate policy*, various authors, Boston, Ma, 1980-1993; J. A. Bobkin - J. A. Kurt, *Joint venture with international partners*, Stoneham (Ma), Butterworth, 1989; K. Goldsweig - A. Cummings editors, *International joint ventures: a practical approach to working with foreign institutes: corporate joint ventures*, Clifton, N. J., Law & Business, 1991.

On joint ventures in British legal literature: T. M. Brown, *International joint venture contract in English law*, in *Droit prat. comm. int.*, 1979, 193; J. Herzfeld, *Joint Ventures*, Bristol, 1983, 121; R. P. Casna - J. E. Mc Dermott jr., *International joint ventures: the legal and tax issues*, London, Eurostudy Publishing Company Ltd., 1991; J. Abhyankar - S. I. Bijwadia ed., *Maritime Joint Ventures*, I.C.C., Centre for Maritime Co-operation, 1994.

It is common, however, to find the expression being used to refer to the legal relation or the contractual model concerning the economic deal that is the joint venture.

The contractual scheme of a joint venture, once corresponding to limited liability, was later to adopt the legal structure of a partnership, a special form of partnership, (13) and then went back not only to be used

On joint ventures in French legal literature: B. Mercadal - P. Janin, *Les contrats de coopération inter- entreprises*, Paris, 1974, 309 ff.; J. A. Boon, *Les associations momentanées d'entreprises pour la réalisation d'un ouvrage*, in *DPCI*, 1975, 204; M. Dubison, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, 1979; M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy, 1989; L. O. Baptista - P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprises (Joint ventures) dans le commerce international*, 2A ed., Paris, Forum Européen de la Communication, - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991.

On joint ventures in German legal literature refer to: K. Zweigert - J. Von Hoffman, *Zur International joint venture*, in *Festschrift für Martin Luther*, München, 1976, 205; K. Langefeld - Wirth, *Joint Ventures in Internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft verlag, 1990 (this work also appeared in a french translation edited by A. Garcia, Paris, GLN Joly éditions, 1992); *id.*, *Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmens - Joint venture*, in *RIW*, 1990, 1.

See also U. Morello, *Società atipiche...*, on joint ventures in the German experience.

(12) D. Corapi in *Le associazioni temporanee di imprese*, 66, underlines that joint ventures consist in the business or enterprise for the realisation of which a legal relation of co-operation between enterprises comes into being. See also M. C. Andriani in *Associazioni temporanee di imprese*, 1461, on this same point.

(13) For a detailed historical reconstruction of the origins and evolution of the joint venture see (and compare) D. Bonvicini, *Le 'joint ventures'...*, *cit.*, 3-10, and A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, *cit.*, 4 and 47; *id.*, *Il contratto internazionale di 'joint venture'*, *cit.*, 812 and 847 ff., and the bibliography concerning Anglo-Saxon legal literature contained therein.

Bonvicini states how the term joint venture was used in English company law in the Middle Ages to refer to traders in commerce overseas. Moreover, the UK of the XVIIth century, used this expression to refer to the temporary association of individual merchants to effect a single shipment.

These temporary associations, once with limited responsibility later lost this benefice and consequently in the UK the joint venture gradually started to take on the qualities of a partnership (characteristics it still has today, granted that, as stated in the text, in the British system joint ventures are considered a special form of partnership). The term was then received into the US commercial practice that attributed a specific technical meaning that departs from the original meaning of the UK system.

On historical aspects concerning the joint venture contract, see also: A. Astolfi, *Il contratto internazionalae di 'joint venture'*, *cit.*, 812 and 847 ff; F. Bortolotti, *le joint venture internazionali...*, *cit.*, 2 ff.; D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, *cit.*, 63 ff.; *id.*, under *'joint venture (aspetti societari)'*, *cit.*, 74 ff.; C. Vaccà, under *'joint*

with reference to exclusively contractual cases, but also in co-operation agreements the realisation of which required the formation of a stock company. (14)

The object of joint venture agreements, in other words, was transposed to company agreements the object of which being the formation of a joint-stock company.

These observations serve to show that the term joint venture concerns a phenomenon that from a legal point of view does not appear to be unitary, but which may acquire said unitary quality from an economic point of view. (15)

The indeterminacy surrounding the notion here considered has increased with the joint venture being used in international agreements. This has meant that the notion has taken on different connotations compared with the original model belonging to the Anglo-Saxon system. (16)

venture (aspetti contrattuali), cit., 50; M. C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1447.

On the partnership contract and its correlation with the legal institute of joint venture see A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, cit., 6, 50 and especially 85 ff.; *id.*, *Il contratto internazionale di 'joint venture'*, 813 ff. and 849 ff.; *id.*, *Contratto di Joint Venture*, cit., 407-408; D. Bonvicini, *Le 'joint ventures'...*, cit., 136 ff., 565 ff., C. Vaccà, under *joint venture (aspetti contrattuali)*, cit., 52 ff.; M. C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1453. See also notes footnotes between 10 and 13.

As for American legal literature see W. H. E. Jaeger, *Partnerships or Joint Ventures*, in *Notre Dame Lawyer*, 1962, 141 ff.

(14) A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, cit., 50 ff.; *Il contratto internazionale di 'joint venture'*, cit., 850 ff. (see the American cases the author cites); D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, cit., 68; *id.*, under *'joint venture' (aspetti societari)*, cit., 75-76; U. Morello, *Società atipiche...*, cit., 748.

(15) D. Bonvicini, *Le 'joint ventures'...*, cit., 14.

(16) Besides, as already noted in paragraph no. 1, the locution 'joint venture', in relation to the recent developments in our economy, has been used to refer to international co-operation agreements and in particular to those cases where enterprises of developed countries, by collaborating with local enterprises, proceed with investing capital and contributing technology in both developing countries or in the so-called post communist countries.

On this matter see : A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, cit., 1 in footnote 1 and 109; *id.*, *Il contratto internazionale di joint venture*, cit., 810 in footnote 1; D. Bonvicini, *Le 'joint ventures'...*, cit., 17 ff. and 75 ff.; F. Bortolotti - R.M.Morresi, under *'joint ventures'*, cit., 536, 538 and especially 545 ff..

As an example, and supplying a purely empirical observation, see *Il Sole-24 Ore* of January 27 1996, where on page 10 there appears a notice for the formation of a joint venture corporation between Iveco and Yuejin Motor for the production of industrial vehicles; the *Sole-24 Ore* of February 22, 1996 where on page 27 where

These observations are even more significant when referred to systems that are different to those in which the legal institute of joint venture originated, seen that the transposition of this institute outside the Anglo-Saxon legal systems has come about with the application (and rather more often with the adaptation of) similar institutes, not exactly matching the original model. (17)

In the current commercial practice, therefore, it is increasingly more frequent to find the expression joint venture being used in a non-technical sense, as a 'formula' (18) which can illustrate different forms of industrial collaboration independently from the contents of these agreements, their objectives, terms, sectors in which the agreements are destined to operate and also independently from the type of legal structures being used. (19)

The object of the co-operation can in fact vary considerably, being that it is generally destined to the concentration and integration of different and complementary resources (thus it may concern R&D, the employment and the transfer of new technology, marketing the products of the participating enterprises, the mutual use of business structures or the joint participation to tenders for the carrying out of public works). (20)

notice is given of an imminent agreement - presumably - of a contractual joint venture between Basf and Shell Chemicals Europe for the construction of chemicals works (for the production of chemicals such as monomer and propylene oxide); *Il Sole 24 Ore* of April 4 1996 where there is news of the start of the marketing of the first car produced by Nedcar, joint venture corporation between Volvo, Mitsubishi and the Dutch state; *Il Sole - 24 Ore* of April 7 1996 announcing a joint venture corporation (Diavia Brasil Air Condicionado) and Mc Quay do Brasil.

(17) See U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali*, cit., 150 and C. Vaccà under 'joint venture (aspetti contrattuali)', cit., 56-57. The authors observe how in its international transposition the joint venture has taken characteristics that have made it totally different from the US model from which it derives.

(18) A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, cit., id., *Il contratto internazionale di 'joint venture'*, cit., 810.

(19) On this point see F. Bortolotti, R. M. Morresi, under 'joint ventures', cit., 535 and 537; D. Corapi, *le associazioni temporanee di imprese*, cit., 64; id., under 'joint venture (aspetti societari)', cit., 74; U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali...*, cit., 153.

See also F. Bortolotti, *Joint venture: i vantaggi di una scelta*, in *Comm int.*, 1990, 710.

(20) For a criticism of the expression 'co-operation between enterprises' which is deemed exceedingly generic, please refer to G. Cottino in *Diritto commerciale*, Padova, Cedam, 1987, vol.I, 57.

The terms through which the co-operation is realised, especially its legal framework, will again be variable.

In this respect, we should note the most important division which is made in matter of joint ventures. This classification is based on the different legal structure the joint venture may take on: there are joint venture corporations (also referred to as 'corporated' or 'incorporated' joint ventures) and contractual joint ventures (also referred to as unincorporated or unincorporated joint ventures). (21)

The former group is when co-operation between enterprises is realised through the forming of a stock corporation (joint venture corporation, subsidiary or company) jointly controlled by the *venturer companies* (basically, the latter take on the role of parent companies). (22)

(21) On this distinction see A. Astolfi, *Il contratto di joint venture*, cit., 45; *id.*, *Il contratto internazionale di 'joint venture'*, cit., 847 ff.; D. Bonvicini, *Le 'joint ventures'...*, cit., 75 and 181; F. Bortolotti - R. M. Morresi, under 'joint ventures', cit., 535 and 537; F. Bortolotti, *Le joint ventures internazionali...cit.*, 277 ff.

As regards American legal literature see *Corporate joint ventures in action*, various authors, 41 *Bus. Law* 285 (1959); R.P.Barle, *developments in Pattern of Corporate Joint Enterprises*, 14 *Bus. Law*, 309 (1959).

166

(22) This form of joint venture includes what in Italian are called '**società (o imprese) miste**', companies or enterprises formed by foreign investors with local enterprises (the latter more often being public, but sometimes private). These joint venture often represent the only way in which investments can be made in developing countries or state-planned economies.

In our legal system the notion of 'impresa mista' is used in law February 26 1987, no. 49 (New policy of Italian co-operation with developing countries) - enacted with d.p.r. April 12 1988, no. 177. Art 7 (the title being 'Imprese miste in paesi in via di sviluppo') provides for the granting of subsidised credit and for the partial funding of the risk capital share to Italian enterprises taking part in joint ventures to be realised in developing countries with the participation of investors, public or private, of the benefiting country and of other countries.

In the text of this law the concept of 'impresa mista' also appears in relation to contractual joint ventures.

On this point (and generally with regard to law no. 49 of 1987) see D. Corapi - D. Sarravalle, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, cit., 15 ff and especially 30-31; S. M. Carbone, *Quota di capitale di rischio e disciplina applicabile alle imprese miste per l'attuazione di progetti industriali verso Paesi in via di sviluppo*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1988, 5; M. C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1445; See also S. Cassese and C. Franchini, *La nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo: il quadro generale*, in *Dir. e società*, 1989, 333; E. Del Casale, *La nuova disciplina della cooperazione allo sviluppo in Politica del diritto*, 1989, 99.

The company is simply the operational tool for the joint venture agreement. (23)

Therefore the regulation of a joint venture agreement does not exhausts itself with the contract; the contents of the agreement are further detailed in the preliminary terms and clauses that are paramount when compared with the company instrument containing the economic objectives the venturers have set down. (24)

The joint venture agreement also contains details on: the procedure to follow with investments; contributions by shareholders; activities the implementation of which is assigned to them pro quota; the clauses (to be inserted in the by-laws) with which the personal and fiduciary relationship between the partners is regulated.

Contractual joint ventures (25) refer instead to those cases that do not necessitate the formation of an agency which is separate from the 'co-venturers' and therefore independently incorporated (26), or endowed with its own organ (27) and with the advantage of limited liability.

(23) D. Corapi, under 'joint venture' (*aspetti societari*) *cit.*, 76.

The formation of a joint venture corporation brings about a larger economic transaction than simply the creation of a subsidiary, a joint venture agreement is not only meant for the carrying out of a direct investment, there are a series of agreements to regulate the relationship between the venturers (draft agreement, agreements on supplies, licence to produce etc.)

(24) D. Corapi, *le associazioni temporanee di imprese, cit.*, 10.

As previously mentioned, these objectives can be various. They may consist in the realisation of a real partial concentration or in the carrying out of special tasks concerning parent companies, such as R&D for new productive activities, the marketing of products of companies taking part in the agreement, the use of patents and technological know how or the transfer of these, or again in the exploitation of natural resources. F. Bortolotti - R. M. Morresi, under *joint ventures, cit.*, 536.

(25) The contractual joint venture is defined as 'the contractual agreement between two or more parties to share on the terms agreed upon expenses and profits of an activity that is determined in terms of time and objective.' (B. West, *Thinking ahead: the jointly owned subsidiary*, in *Harvard Business Review*, July-August 1951, 31) or again as 'an association between two or more parties based on a contract which combines their financial assets, property, know how, means, experience, time and resources for the pursuit of a particular project, generally by agreeing to split profit and loss and each holding some degree of control on the venture.' (K. Willinston, *A treatise on the law of contracts*, Mount Kisco, New York, 1959, Vol. II, chapter 13, 544).

It emerges clearly how in these cases also definitions are extremely general.

(26) In this respect, it should be noted how a part of the Anglo-Saxon legal literature and especially of the British legal writings (to the British legal system a joint venture is a kind of partnership) point out that to establish a relationship of joint venture in practice one also resorts to forms and structures that are in between a stock

In this respect, and especially with reference to cases of international co-operation for contracts concerning the realisation of great public works, part of the literature (28) has highlighted how in practice, with contracts, the expression 'joint venture' is increasingly being referred to relations where there is joint management of accounts through the attribution to a single accounts centre of profits and costs sustained for the execution of the corresponding obligations, and where the final result (whether positive or negative) is split according to pre-determined shares not necessarily established on the basis of the work actually carried out by the various companies. (29)

In the contractual practice above mentioned, the characteristics that traditionally refer to a contractual joint venture are attributed to what is called an 'international consortium' (the enterprises operating together each take on the responsibility corresponding to a part of the work, imputing proceeds and costs concerning the performances carried out

company and a merely contractual relationship, it is the case of a partnership or other cases which in the different legal systems may be considered equivalent.

This situation is especially true when the joint venture is to be established where the participation of stock companies in partnerships is permitted. See T.M. Brown in *International joint venture contract in English Law, cit.*, 195.

168

(27) Contractual joint ventures also have a minimum level of organisation that guarantees the co-ordination of the partners' activities, that regulates the allocation of authority and responsibility of the partners and is concerned with the administration of the mutual fund.

There is normally a co-ordinating board made up of the members of the executive bodies of the participating enterprises.

(28) U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali, cit.*, 73 ff.; *id.*, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitario e del diritto internazionale comparato*, in *Il Geie*, various authors, Records of the congress held in Rome on October 12 1989, 38; S.M.Carbone - A. D'Angelo, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale, cit.*, 17 (see also footnote 17); *id.*, *Contratti di cooperazione e la responsabilità delle imprese...*, *cit.*, 403; C. Vaccà under *joint venture (aspetti contrattuali), cit.*, 60.

(29) It has also been noted how in these cases 'even when the companies themselves carry out part of the works, they do so as subcontractors of the group of companies co-operating, so that the cost of these works, that is the remuneration for the company that has carried them out, is debited to a single accounting centre making it a cost for the ensemble of enterprises co-operating. The result, in this case is....that, once the contract is carried out, the enterprises will all have made a profit or a loss which will be shared out according to pre-determined shares.' U. Draetta, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitario e del diritto internazionale comparato, cit.*, 38.

and consequently each sustaining independently the economic risk in connection with the contract). (30)

3. JOINT VENTURE CORPORATIONS IN THE POLISH SYSTEM

As previously noted in paragraph 1, the law on companies with foreign participation of June 14th 1991 states that foreign investors may form business associations in Poland independently or together with Polish partners or that they can acquire quotas or shares in already existing Polish companies.

Specifically, this law provides in subsection 2 of art. 1 that foreign subjects in order to carry on a business may *exclusively* (31) form either limited companies or stock companies or acquire quotas or shares in already existing Polish companies having the previously mentioned legal structure. This provision clearly lends itself to the regulation of those cases concerned with the formation in Poland of a joint venture which, therefore, according to the Polish system needs to have corporate status, that is, it should be a joint venture corporation formed with local partners (32) or even with (further) foreign partners.

Art. 3 of the law cited states also, as a general rule, that with the exceptions of a derogation explicitly provided for by the same law, companies with foreign participation see the application of the provisions

16

(30) Moreover, the above mentioned legal writings recognise how there is no univocal interpretation with regard to the use of the different expressions detailed above.

See U. Draetta, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitarie e del diritto internazionale comparato*, cit., 38.

(31) A contractual joint venture can also be formed using the contractual schemes that the parties deem the most opportune in relation to the type of economic and entrepreneurial collaboration they intend to pursuing.

On this point, see J. Rajskey, *Legal problems Relating to the East-West Joint Ventures*, cit., 539 ff.. The author also mentioned the possibility of resorting to the *civil law or commercial law partnership*, the former being regulated by the Civil Code, the latter by the Commercial Code (the author, however, stresses how already the law on companies with foreign participation of April 23 1986 did not allow foreigners to resort to the *general partnership*. See page 546 of the contribution just mentioned).

It is still possible, however, to form joint ventures between private enterprises and state-owned enterprises (to refer to this case, in the past, the expression 'società mista' was often used).

(32) Polish partners can now be Polish commercial law partnerships formed following the privatisation process.

of the Commercial Code (issued with d.p.r. June 27th 1934 and amended and integrated by the civil Code introduced with law April 23rd 1964, become effective January 1st 1965, compared to which the provisions contained in the Commercial Code are considered as special rules). (33)

Said code therefore together with the Civil Code (and the rules contained in the preliminary Provisions of the Civil Code), regulate the formation, the operating and the liquidation of a corporation. (34)

Consequently, as already shown in this discussion, since foreign subjects may operate in Poland only through limited companies (Sp.zo.o.) and stock companies (S.A.), a joint venture relationship (35) in Poland

(33) On the Polish commercial code and on amendments and addition brought to it see C. Brzezinski, *The EC-Poland Association Agreement: Harmonization of an Aspiring member State's Company Law*, in *Harvard International Law Journal*, 1993, 107 ff.; A. Tomaszek - R. Poplawky, *Sources of Polish Business Law*, cit., 360.

See also J. Rajski, *The commercial laws of Poland*, cit.; S. Soltysinski - A. Szaykowski - J. Szwajch, *Code de Commerce polonais*, commentaire, t. 1, Munich, ed. C.H. Beck, 1994; G.F.Borio, *Gli investimenti italiani nell'est europeo*, cit., 26.

See also, for a more general outline, P.H.Rubin, *Growing a Legal System in the Post Communist Economies*, in *Cornell International Law Journal*, 1994, no. 1, 1ff., especially 26.

(34) As for violations of provisions concerning the formation and management of a joint venture in Poland see: J. Rdo - S. Redo, *Making the Debtor Pay: Financial Liability and Claims in the Polish Law*, in *International Business Lawyer*, 1993, 521.

(35) On joint ventures in Polish law see F. Giuliani, *Joint ventures societarie in Polonia*, cit., 318 ff.; *id.*, *Profili comparatistici in tema di joint ventures nei paesi ad 'economia pianificata'*, in *Giur. Comm.*, 1991, 1208-1209; M. Barbier, *Joint ventures in Poland*, in *International Business Lawyer*, 1994, 206; G. Ghersina, *Aspetti fiscali del mercato Polonia*, in *Quaderni europei*, 1994, 56; D. Monaco, *Le joint ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, cit., 393.

For a wider civil outlook see A.L. Malatesta, *Rapporti fra fonti normative negli accordi di joint venture con particolare riferimento ai Paesi europei (già) socialisti*, in *Riv. dir. internaz. Priv. e proc.*, 1991, 925.

On the regime for companies with foreign participation before 1991 see Tiefenbaum, *Joint ventures in the USSR, Eastern Europe and the People's republic of China as of December 1989*, in *New York Un. Journal Int. Law and Pol.*, 1989, 667 ff.; J. Rajski, *Legal Problems Relating to the East-West Joint Ventures (Polish Law and Practice)*, in *Dir. comm. int.*, 1989, 533; Z. M. Slupinsky, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, cit., 401 ff.; L. Migliorino, *Le leggi degli Stati Socialisti sulle joint ventures: aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. int. Priv. e proc.*, 1990, 599 and 600; *Eastern Bloc Joint Ventures*, various authors, London, Winter, 1990; *Joint Ventures in Eastern Europe*, various authors, London, Herlach Barale, 1990.

For an economic overview see N. Kochan, *Rough Ride Ahead as Poland Starts to Pay Off its Debts*, in *Multinational Business*, no. 4, 1992-93, 45.

More generally, on the law on privatisation July 13 1990, no. 51 and on the process of privatisation that started in Poland at the end of the 80s see R. Frydman -

must come about in the form of a corporate joint venture using the company structures listed above. (36)

3.1 The limited company (Sp. zo.o.)

The limited company is regulated by articles 158 to 306 of the Commercial Code. It is a business corporation and therefore the company is liable with its assets for its obligations. This company may be formed by one or more individuals.

Its formation requires paying up a minimum of 4,000 Plz. The company capital is divided into quotas the value of each being 50 Plz.

The foreign partner's contributions may be in money or kind, that is they may constitute machinery, equipment or know how.

A. Rapaczynski - J. S. Earle, *The Privatisation Process in Central Europe*, Budapest-London-New York, Ceu Press, 1990, 148; Z.M. Slupinsky, *Poland: Law on Privatization of State-Owned Enterprises*, in *ILM*, 1990, 1226; *id.*, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, *cit.*, 403 ff.; J. Raysky, *Privatization of State-Owned Enterprises in Poland: New Opportunities for Foreign Investment*, in *International Business Law Journal*, no.2, 1991, 213 ff.; J. Raysky, *Quelques aspects juridiques du passage de l'économie d'état planifiée à l'économie de marché en Pologne*, in *Revue internationale du droit comparé*, 1991, 119; C. Banasinski, *Regional Development (Poland)*, *cit.*, 243; R.L. Drake, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, *cit.*, 522; Z. M. Czarny, *Privatization of State Industries in Poland*, *cit.*, 151 ff.; various authors, *Le droit aux transformations économiques en Pologne et en France* (Actes du colloque organisé à Varsovie, 1990) coll. 'Publications de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers', t. 22, Paris, P.U.F., 1992; T.D. Herman - L.M. Levy, *Doing Business in Central & Eastern Europe: recent developments*, in *IBL*, 1992, no.4, 187; various authors, (Parker School of Foreign and Comparative Law - Columbia University), *Privatization in Eastern Europe: Legal, Economic and Social Aspects*, New York - Dordrecht, Transnational Juris Martinus Nijhoff, 1993, 177 ff.; W.K. Sievers - K. Buschardt Pisarczyk, *privatization in Poland*, *International Company and Commercial Law*, 1994, 128; *id.*, *Setting Up a Business in Poland*, Supplement, ii.

Still more on the economic aspects see J. Rato, *Ownership transformations in Poland: Implications for Foreign Investors*, in *International Business Lawyer*, 1994, 307.

See also G.F. Borio, *Gli investimenti italiani nell'est europeo*, in *studi e note di economia*, *cit.*, 28.

(36) On Polish commercial law for a limited company and for a joint-stock company see: J. Rajsky, *The New Legal framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, *cit.*, 536 ff.; R.L. Drake, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, *cit.*, 522 ff.; A. Tomaszek - R. Poplawky, *Sources of Polish Business Law*, *cit.*, 360; T.J. Kwiecinski, *General Introduction to Polish Commercial Law: Types of Business Organisations*, in *International Company and Commercial Law Review*, 1995, 99; W. K. Sievers - K. Buschardt Pisarczyk, *Setting Up a Business in Poland*, *cit.*, i; D. Monaco, *le joint ventures nella Repubblica ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, *cit.*, 405 ff.

Under art. 160 of the Commercial Code, the formation of said company requires the drawing up of the articles of association (that according to art. 162 Comm. Cod. must be a document under seal) the subscription and the total paying up of the capital, an indication of the status of limited liability company and an indication of the directors (in other words, the formation of the board), the registration in the registry for enterprises of the competent Commercial Court, the request for a REGON at the Statistics Office (GUS).

The following are the documents needed to form a limited company:

- a) Articles of association;
- b) statement of the directors that contribution quotas have been paid up and that those in kind will definitely will transferred to the company once registered;
- c) the list of members signed by the board of directors indicating the corporate name and the amount of each contribution;
- d) certification of the creation of the organ of the corporation with the names of each director, where the creation of this is not already detailed in the articles of association or in the contract.

The fulfilling of these procedures conditions the possibility of operating lawfully; the company will be considered established upon registration, therefore, the company acquires autonomous legal status and can start operating only upon registration.

The regime concerning the quotas is very similar to the Italian one; it is also possible to set down in the articles clauses to limit the liberty of contract in relation to the transfer of quotas, by attributing pre-existing members a pre-emption right on the purchase of the quotas.

The limited company may also deliberate on 'additional pay ups', a form of credit supplied by members, in order to increase the capital and offset losses.

Should there be no losses, what has been paid up will be reimbursed. The organs of the limited company are:

- a) the meeting which decides on the more important issues regarding the life of the company. The following constitute some of them:
 - amendments to the articles;
 - increase or decrease of the company capital;
 - election of directors and of other bodies where these apply;
 - approval of the balance sheet;
 - sharing of profits.

In this respect, art. 205 of the Commercial Code provides that each member has the right to inspect accounts and the company's documents,

to draw up a balance sheet for its own ends and to call on the board of directors for any explanation.

b) the board of directors, formed by one or two members, who do not necessarily have to be members of the company, elected by the meeting.

The management of the company may be given to only one person or to more people that will have the power to represent the company.

Powers and liability of the management are decided in the articles.

c) the board of auditors, who, in accordance with art. 208 of the Commercial Code will be made up of at least 3 people elected by the meeting, if not otherwise stated in the articles.

d) Art. 209 of the Commercial Code lays down the board of auditors' task to last a year, if not otherwise stated in the articles.

e) Under art. 212 of the Commercial Code the board of auditors check on the company's activity. The articles, however, may confer upon the board of auditors wide powers, by establishing that the directors, before deciding on particular subjects included in the articles, be authorised by the auditors.

Art. 213 of the same code may confer upon the board of auditors the power to suspend one or more members of the board.

d) the auditing committee which in accordance with art. 210 of the same code will be made up of at least three members elected and removed with the same terms as the board of auditors.

The auditing committee must check on the balance sheet, and then inform the meeting of the results of their review.

The articles of association may establish the creation of a board of auditors or of an auditing committee or of both.

However, in companies the capital of which is over Plz. 25,000 and with more than 50 employees the creation of at least one of the above mentioned organs is compulsory.

Moreover, in accordance with art. 206 of the Comm. code, where the articles provide for the creation either of the board of auditors or of the auditing committee, the right for the single members to inspect books may be excluded.

The articles may be added to using the rules of the Commercial Code even though the articles of association themselves may not provide for this.

In this respect, one should point out that in the absence of exceptions, the company is represented with the joint signature of two members of the board of directors or of one member and a legal representative. Members are only liable for the capital paid up with the exception of fiscal debts.

Members are liable for all fiscal debts in proportion to their quotas of participation in the profits.

3.2 The stock company (S.A.)

The stock company is regulated by the Commercial Code, articles 307 to 497. (37)

This company, as stock company, has corporate status and therefore it answers with its assets for company obligations.

The procedures for the formation of this company are substantially the same as the limited company ones.

A stock company needs at least three members, except when one of these is the State.

The memorandum, drawn up in the form of a notarial act, will contain name and legal address, the indication of joint stock company status, object, duration if applicable, starting capital, type of shares, corporation's organs.

To register the company the following documents need to be submitted:

a) Constituent instrument or in any case the documents relating to the creation of the company and subscription of shares;

b) by-laws;

c) a statement by the board of directors that all the contributions that the by-laws provide for the purchase of subscribed shares have been paid up and that contributions in kind have been transferred to the company at the moment of registration;

d) the constituent document of the corporate organs with the names of their members;

e) a document by the competent body authorising and approving the by-laws where this certification is required for the formation of the company (art. 331 Comm. Code);

Similarly to the limited company, the stock company acquires corporate status with registration in the registry for enterprises (art. 335 Comm. Code).

The creation of a stock company requires the paying up of a minimum capital of Plz. 100,000 (art. 311 Comm. Code).

Also required is that the stock be paid up for at least a 25% before the company is registered.

The nominal value of shares cannot be under Plz. 1 (art. 340 Comm. Code).

(37) See J. Rajska, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland, cit.*, 538 ff.

Under art. 345 Comm. Code, shares can be registered or to bearer.
(38)

Foreign partners' contributions in stock companies may also be in money or kind; in the latter case, the value of the contribution should be assessed by an auditor entrusted with the task by the body where the company is registered.

This company's organs are the following:

a) the meeting of members, the tasks of which substantially coincide with those examined in respect of limited companies;

b) the board of directors that represents the company with third parties and may be one or more and not necessarily chosen among the members. Directors are elected by the general meeting, if not stated otherwise in the by-laws (art. 336 Comm. Code);

c) the board of auditors, elected by the general meeting and made up of at least 5 members.

d) The board of auditors' tasks consist in checking the management, that the accounts are kept according to regulations and that the balance and the profit and loss account tallies with results from book entries.

Art. 383 of the Comm. Code establishes that the board of auditors may also be given the power to suspend one or more members of the board of directors from their assignment, the board of auditors itself taking over the latter task temporarily.

In addition, according to art. 384 of the Comm. Code, by-laws may extend the board of auditors' powers to the effect that certain functions and activities of the board of directors be subject to the auditors' authorisation.

e) the auditing committee, elected by the general meeting is made up of at least five members.

The Committee is assigned the task to examine the balance sheet and it may be stated that the Committee is obliged to submit to the meeting a report concerning the results of their audits.

The stock company the stock of which is over Pzl. 500,000 must form either a board of auditors or an auditing Committee, or both.

(38) Preference shares the special rights of which will be detailed in the by-laws may also be issued. According to art. 357 of the Comm. Code these rights may concern voting, dividends, the sharing of assets in case of liquidation.

Furthermore, shares issued in relation to contributions in kind must be paid up before registration, whereas shares in connection with money contributions must be paid up for a fourth of their nominal value (art. 311 Comm. Code).

On this point, see D. Monaco, *Le joint ventures nelle Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, cit., 407 ff.

In accordance with art. 385, Comm. Code, if a company has not instituted a board of directors the memorandum of association may assign to the auditing Committee further powers compared to what is usual, by explicitly providing that it exercise permanent control over management.

3.3 Activities subject to authorisation

Apart from the Commercial and Civil Code rules, the activity of companies are also regulated by the law on economic activity of December 23 1988.

This law regulates all activities not already dealt with by special rules.

An economic subject according to the law being examined are all natural and legal persons, or organised units without corporate status running a building, commercial or productive activity or even providing services for profit and in their own name.

The economic activity begins at the moment when the natural person or person without legal status informs the competent body in the public authority.

Certain activities (for example mining, alcohol and tobacco production, construction of great infrastructures for transport) require an apposite licence granted by the competent sectors in the Public Authority.

The licence is given for an indefinite period with the issuing body checking on its use.

With regard to activities consisting in or implicating import-export, one refers to the decree of the Ministry for economic co-operation with foreign countries, December 29 1991.

In the Polish system alongside the law on economic activity, there are other laws establishing that certain sectors are obliged to obtain a licence (for example, insurance and banking and pharmaceutical companies). (39)

4. TAX REGIME

As to the tax regime applicable to a corporate joint venture we should point out that in Poland a company is liable for taxes administered both centrally and locally. (40)

(39) See footnote 3 on activities needing a licence

(40) On the fiscal reform introduced in Poland in the 90s see B. Brzezinski - G. Stefani, *Prospettive della tassazione del reddito nella nuova Polonia*, in *Boll. Trib.*, 1991, 421 ff.

See also M. C. Ciarchi - G. P. Giannini, *Polonia: una 'guida' alla tassazione*, in *Comm.int.*, 1991, 231.

As for the procedural aspect one should note that enterprises now need to register at the Offices for local taxation within 30 days of starting activity.

In what follows we look at the main state and local taxes the levying of which is directly connected with the running of a joint venture. (41)

4.1 Corporate income tax

Corporate income tax was introduced by law February 15 1992 (with retrospective effect at January 1st 1992) and since then it has received numerous amendments.

4.1.1 Taxable subjects

All state enterprises, co-operatives and businesses with legal status (42) (including companies with foreign participation, foundations and institutions (43) are levied this tax.

Resident enterprises, (that is, the wording of the Polish law is as follows: 'enterprises domiciled or with head office in the territory of the Republic of Poland') are subject to this tax according to the world wide principle (art. 3, subsection 1), whereas, non-resident enterprises (in other words those that under subsection 2 of the cited article are neither: 'domiciled nor with head office in the territory of the Republic of

1

(41) On tax liability, with specific reference to members of a limited company, see J. Redo - S. Redo, *Making the Debtor Pay: Financial Liability and Claims in Polish Law*, *cit.*, 522.

Following the reform above mentioned, members of a limited company are fully liable with respect to taxes the obligations for which arose before January 1st 1998.

Responsibility is joint and several and is in proportion to the share in the profits.

As from January 1st 1998 members of a limited company are no longer responsible for taxes due by this same company following the above date.

In the current system this liability falls on directors.

In order not to incur liability, governing directors must prove that they have moved in time to ask for bankruptcy or for the 'restructuring' of the company.

Alongside civil liability there is also criminal liability.

(42) Instead, according to art. 5, income deriving from participation in a enterprise without corporate status are taxed individually for each member in relation to interest.

(43) Following amendments brought in by law October 15th 1995 there is corporate income taxation also for those groups called 'groups of capitals subject to the tax' made up of 'at least two commercial law companies with legal status maintaining a link in terms of capital'.

Poland'), are subject to corporate income tax only for income produced in Poland.

An enterprise is then considered resident if its domicile or head office is in Poland.

The 1992 law, moreover, does not supply legal details as to the criteria used for determining fiscal domicile in Poland.

In this respect, one needs to refer to the legislation contained in the civil code and in the commercial code, according to which the domicile is the place where the governing body of the enterprise has its office or the place where, as set down in the articles of association, the management have their office or again the place where the board of directors/managing directors meet.

If one considers that a corporate joint venture constituted in Poland between a foreign entity and a Polish law enterprise has in Poland the place of the organs or the management of the enterprise and that said corporation is defined in Polish Law as a company with foreign participation, it emerges clearly that said joint venture is to be considered as fiscally resident in Poland and therefore subject to the tax legislation of resident bodies, save for special relief granted (see par. 4.1.11).

4.1.2 Determining the taxable basis. General principles. Profits

The taxable basis for this tax is made up of the net income emerging from the tax return and determined according to the tax legislation in force (articles 18 and ff. of law February 15th 1992).

Payment in kind for property or services are included in the taxable basis and their worth is assessed on the basis of their normal value.

Profits are taxed according to accruals basis accounting, whereas with interests the method is cash basis accounting.

Losses may be deducted (that is, brought forward) from the taxable basis for the year in which they occurred and, in case of excess profit, as from the year 1999, in the following three tax periods.

The deduction of a loss that may be offset in a tax period cannot however be over 50% of the total amount of the loss.

This regime, applied on losses occurred as from 1999, allows the taxpayer to choose the tax period in which to offset losses and the amount to offset.

Moreover, losses of companies that have transformed their structure, or bodies that have been merged or split, or again losses of state enterprises that have been sold or privatised cannot be used by those companies emerging from these operations, except when the losses belong to bodies that have become limited companies or stock companies

according to what is prescribed in the Commercial Code.

All income is taxable except where they benefit from a special law of exemption.

What follows constitutes exemption (44):

- dividends received by a resident company on condition that they are reinvested in the purchase of shares;

- income from agricultural activities with the exception of that deriving from specialised cultivation;

- income from forestry;

- income from scientific, didactic, cultural, religious, political, welfare, charity and environmental protection activities;

- income derived from selling agricultural or forest land;

- income deriving from international activities and exempt according to international agreements;

- income of private schools;

- income of political parties, trade unions, employers' associations operating under specific provisions for expenses of the tax period being taxed or in that which follows in compliance with the institutions' objectives;

- income deriving from activities carried out by employing staff with a handicap, according to the law on the disabled;

- sums received as compensation;

- compensation for expropriation;

- welfare payments;

- income of religious associations deriving from non-economic activities;

- income of building co-operatives for the part distributed in compliance with the statutory objects with the exception of income deriving from economic activities;

- income of state investment funds created according to law April 30 1993 on state investment funds and their privatization and deriving from investments in securities concerning corporation incorporated in Poland;

- income from the transfer of shares with public marketing through non-resident legal bodies.

4.1.3 Determining the taxable basis. Costs

Generally, all costs supported for the production of income may be deducted if the law does not otherwise provide. The law also provides for special deductions from the taxable basis and these include:

(44) See art. 17 of the law on corporate income tax.

- a) depreciation;
- b) the value as from the balance sheet of industrial goods not entirely amortised;
- c) damage of industrial goods for the part which is not insured;
- d) R&D expenses;
- e) Royalties paid in respect of contracts for the licence of trademarks, patents and know-how;
- f) Interests paid except for interest on taxes to be paid;
- g) rents on state property and social security contributions;
- h) expenses supported by employers indirectly for the benefit of their staff;
- i) losses from previous accounting periods;
- j) earmarking for bad debts;
- k) membership fees;
- l) losses on exchange rates.

Some expenses are deductible only for the part expressly prescribed by law. Of these, we can mention:

- a) social security contributions and those for council-house building;
- b) grants for scientific, technological, didactic, religious, sport, environment, urban purposes which are deductible for up to 15% of the taxable basis;
- c) publicity and entertaining expenses up to 0.25% of the taxable basis (except for expenses for the use of mass media).

Losses can be deducted from the basis corresponding to the following five tax periods in which they occurred.

4.1.4 Determining the taxable basis. Writing-down allowance

Writing-down allowances on capital goods are deductible from the taxable basis in the percentage as from apposite tables approved by law.

The allowance rate goes from 1.5% and 50%.

The law is based on straight-line depreciation.

In some cases, however, it is possible to use accelerated depreciation and graduated allowances.

4.1.5. Determining the taxable basis. Evaluating stocks

Evaluation of stocks can be carried out either by historical cost or by market value: the market value method, however, may be inferior to the acquisition or production cost.

The law allows for different methods (standard cost, average cost, LIFO, FIFO) on condition that the method used is not changed.

All international bonds must be converted in *Zloty* at the rate of the Polish national Bank.

4.1.6. *Determining the taxable basis. Earmarking*

The law provides for compulsory earmarking and also earmarking for credit risks.

4.1.7 *Tax rate and tax period*

The rate applicable as from January 1st 1999 is equivalent to 34% of the taxable income.

The law on corporate income tax also provides that said rate be reduced to 32% in the year 2000.

The tax period generally coincides with the solar year, except when the articles state differently in which case the revenue authorities should be officially informed.

4.1.8 *Withholding taxes*

Dividends, royalties and interests are subject to a 20% withholding tax for income received by both resident and non-residents.

The withholding tax imposed on residents' income is by way of advance while non-residents pay it as a tax.

Where there are conventions against double taxation in place the above mentioned regime for non-residents is of course derogated.

4.1.9 *Taxation of non-residents*

With regard to taxation of non-residents (45) in Poland one should first of all point out that non-residents are only taxed on income received in the territory of the Polish State.

In par. 4.1.1. it was underlined that on a tax level a corporate joint venture formed in Poland between a foreign subject and a Polish law enterprise is to be considered as fiscally residing in Poland.

Therefore, to identify the tax treatment of a joint venture, legislation concerning non-resident taxation is considered not in relation to the

(45) See J. Fiszer, *Poland: Taxation of Foreign Investment and Income Tax treaties*, in *Intertax*, 1991, 221.

taxation of a company structure representing the joint venture (qualifying as a resident), but in relation to the income that the foreign partner receives once the income produced by the company has undergone the ordinary taxation for resident subjects.

In this respect, picking up again what was observed in the previous paragraph, one should note how, lacking conventional legislation, the Polish tax system provides for taxation at source to be paid as a tax for the following incomes received by non-residents:

- a) 20% withholding on dividends paid to non-resident shareholders;
- b) 20% withholding on interests relating to loans received;
- c) 20% withholding on royalties deriving from the use of trade marks, know how, copyrights, etc.;
- d) 20% withholding on licence fees;
- e) 10% withholding on income from the transportation of passengers and goods from Poland carried out by foreign enterprises;
- f) 10% withholding on income produced in Poland by air transport enterprises.

If the accounting books of a non-resident subject producing income in Poland do not allow for income to be determined in accordance with the provisions of the law on corporate income tax then, the income to be imputed to said subjects will be determined by using presumptive percentages of profitability calculated according to types of activity (however, this regime is not applied where there is in place a treaty against double taxation which provides otherwise). (46)

182

4.1.10 Tax relief

The Polish tax system provides for tax relief (47) destined to both national investors and companies with foreign participation.

A) The main category of relief allows deductions form the taxable basis of all or part of investments made following the terms and criteria

-
- (46) Percentages of profitability, to refer to the overall value of operations:
- 5% for wholesale and retail commercial activities;
 - 10% for building and installation activities and for transport services;
 - 60% for intermediary activities if payments are in the form of commissions;
 - 80% for legal services or in any case of a professional kind;
 - 20% for all other activities.

(47) See A. Easson, *Tax Competition Heats Up in Central Europe*, in *Bulletin IBFD*, 1998, 192, especially page 194.

set down in the decree of the Ministers' Council, May 25th 1994 (as amended following its entry into force).

The following benefit from tax relief: (48)

a) enterprises that in the preceding year attained a percentage of net income not inferior to 8% of the overall gross income (this percentage is reduced to 4% for enterprises working in the agro-industrial sector and in housing, and reduced to 2% for enterprises working in the sectors for the collection and recycling. For these enterprises relief consists in deducting investment expenses for 15% max. of the taxable basis for the year 1998; this limit has been reduced to 10% for 1999 and the year 2000);

b) enterprises where the sales includes proceeds over half of which derive from exports or are equivalent to 8 million ECU (in this case, the deduction of investment expenses is for 1998 a maximum of 15% of the taxable basis. This limit has been further reduced to 10% for the years 1999 and 2000.

c) enterprises which sustained costs to apply and develop licences, patents and research carried out in Poland (in this case, deduction is admitted for a maximum of 35% of the taxable basis for the year 1998, but for the following years, 1999 and 2000, it has been reduced to 30% and 25% respectively);

d) enterprises that before starting their activity invested no less than 2 million ECU or purchased stakes for a value not inferior to said amount (in this case, the deduction is granted during the first tax period in which the investment took place and in the following three tax periods. For 1998, the limit to the deduction corresponds to 15% of the taxable basis; it is reduced to 10% for the years 1999 and 2000).

e) Where the taxpayer makes use of various forms of tax relief (satisfying the prerequisites that are prescribed by law) deductions for investments made cannot in any case exceed 35% of the taxable basis for the years 1998 and 1999. This limit is reduced to 25% for the year 2000.

E) A further type of relief concerns investments made where unemployment rates are very high. It consists in the right to deduce from the taxable income 50% of investments made in towns with high structural unemployment following the procedure in the decree of the

(48) This relief is granted on condition that the enterprise has no outstanding tax debts or outstanding debts deriving from obligations that can be considered equivalent to tax ones (for example, obligations connected with the payment of social security contributions). Relief may be revoked where the benefiting party submits to the revenue authorities a statement for taxes it owes for over 3% of the amount corresponding to each tax liability.

1

Council of Ministers of June 22 1993 and that came into force on July 5th 1993. The relief is specifically designed to create new jobs (49).

F) There is then specific relief for certain productive sectors (fish products, treated fish and medical equipment), relief on investment in territories already used by the armed forces of the Russian Federation or again there is relief for those operating in special economic Zones (for example the area of Mielec, Katowice, Lodz). (50)

Still on the subject of tax relief, one should mention the abrogation of art. 23 of the law on companies with foreign participation, June 14th 1991 (51) under which the minister of Finance, on a company's request and subject to the competent minister's favourable opinion, has the power to exempt the company from paying income tax if:

a) foreign partners' contributions to the stock exceed the 2 million ECU, calculated according to the National Bank of Poland exchange rate on the day of formation or on the day of underwriting quotas or shares;

b) the company's activity is carried out in areas particularly threatened by high structural unemployment; or it ensures that new technological solutions are introduced in the national economy; or again when at least 20% of the company's total sales are for goods and services exported.

184

(49) This relief, save for extensions, has been abrogated as from January 1st 1999.

(50) Main relief given is generally consists in:

a) total exemption from income taxes for a period equivalent to half the years for which the special economic zone was created (generally, the exemption is for 10 years);

b) 50% exemption from income taxes for the second half of the above mentioned period;

c) introduction of simplified procedures to buy property;

d) exemption for 10 years from real estate tax and Vat for goods produced in the special economic Zone and sold in the internal market.

Enterprises operating in these special economic Zones may benefit from this relief when investments are for a certain minimum amount (that varies from zone to zone) and/or when they have ensured a certain minimum level of employment (again varying according to the zone considered).

See A. Easson, *Tax Competition Heats Up in Central Europe*, cit., 194.

(51) The abrogation of art. 23 cited in the text was introduced when the law on companies with foreign participation was amended on March 29th 1996.

With regard to this provision see L. Migliorino, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, cit., 24.

4.1.11. Transfer pricing

Transfer pricing in the Polish system concerns transactions between related companies.

This concept may be extended to cover both controlling situations and cases where there is an 'economic relation' between two parties.

More in detail, companies are considered as related through a controlling situation when:

- a company resident in Poland manages, or directly or indirectly controls a non-resident company or when it is a shareholder of said company;
- a non-resident company manages, or directly or indirectly controls a company resident in Poland or when it is a shareholder of said company;
- the same legal or natural person manages, or controls directly or indirectly both the company which is resident in Poland and the non-resident one, or when it is a shareholder of both companies.

In the Polish system transfer pricing legislation is based on the arm's length principle, and more precisely on CUP, cost-plus method, resale price method, or subordinately on further alternative criteria identified by the OECD (profit-split method, CPM, CAT, CPI).

18

On the procedural level, as from January 1st 1998 (52) companies liable for corporate income tax, and subject to an apposite request by the tax office, need to inform said office of transactions with other companies where a controlling situation exists if the total amount of these transactions, in the tax period, exceeds ECU 10,000 and if these same transactions have an effect in terms of the companies' liability for tax obligations.

Moreover, whether or not there is a request on the part of the tax office, companies resident in Poland need to submit to the revenue offices prospectuses on the transactions carried out with non-resident companies if said transactions have an effect on the Polish company's liability for tax obligations and if one of the following conditions subsists:

a) the non-resident company (company A) holds a direct or indirect stake in a company residing in Poland representing more than 5% of the latter's voting rights;

b) another non-resident company (company B) holds directly or indirectly stakes that represent more than 5% of voting rights both in the

(52) D. Wasylkowski - K. Miller, *Poland - The Changing tax Regime*, in *Tax Planning International Review*, 1998, 12.

resident and non-resident company (that is company A) both being part of substantial transactions.

In relation to the latter hypothesis, the obligation concerning the forwarding of the above mentioned information to the revenue offices will be required if these further conditions subsist:

- the company resident in Poland is cognisant of the fact or should be that the non-resident company (B) has the above mentioned stake in the non-resident company (A);

- the overall transactions between the company resident in Poland and the non-resident one in which the former has shares exceeds ECU 300,000.

c) The non-resident company has an office or a permanent establishment in Poland and the value of each transaction between the company residing in Poland and the non-resident company exceeds ECU 5,000.

The information previously mentioned must be submitted to the revenue offices within the end of the third month following the end of the tax period. (53)

Where the offices assess that there have been transactions carried out in violation of transfer pricing legislation an annual interest that can reach 48% of the sum which failed to be taxed is applied starting from the tax period in which the transaction being considered took place. (54)

186

4.1.12 Thin capitalization

The amendments to corporate income tax of November 20th 1998, and more specifically amendments to art. 16, subsection 1 of the law February 15th 1992, established that interest on loans or credits paid to the company's own shareholders are deductible within the limit corresponding to the amount of interest owed on an amount equivalent to three times the stock.

In detail:

- if a loan or credit has been provided to a company by one of its shareholders or by a group of shareholders holding at least 25% of shares and

(53) A. Casley - J. Hansen, *Poland*, in *Tax Planning International review*, 1998, 31-32; D. Walsylkowski - K. Miller, *Poland - The Changing Tax Regime*, cit., 12.

(54) On issues linked to the application of transfer pricing legislation in Poland see *Taxpayers Surprised When Authorities Began Aggressive Transfer Pricing Review*, in *Transfer Pricing*, 1998, 421 ff.

- if the value of the debt emerging from said loan or credit owed to the shareholders is over three times the amount of share capital at the date of the corresponding interest payment,

the interest deduction will be within the limit corresponding to the amount of the loan or of credit not exceeding three times the stock.

In other words, what has been disallowed is the deduction of that part of interest paid to shareholders or groups of shareholders deriving from debts that are over at least three times the stock.

There is a similar regime when a loan or credit has been provided to a company by another when these two companies are controlled by the same shareholder holding at least 25% of shares in each of the two companies. (55)

Legislation on thin capitalization came into force on January 1st 1999 and it is believed that it should be applied in respect of loan contracts or credit agreements concluded following this date.

Moreover, as for the above mentioned contracts or agreements concluded previously to the entry into force of the regime being discussed, it is provided that taxpayers submit to their local tax office a list of said contracts within January 31st 1999.

This list should contain information regarding the parties in the legal transactions, the amount of interest owed, guarantees on the loan or credit and the duration of the transactions in question.

Failing to submit this statement within the term listed above will entail the application of presumption whereby said contracts will be regarded as having been concluded following the entry into force of thin capitalization legislation and will therefore be treated for tax accordingly. (56)

18

4.1.12 Conventional law

Where the Polish State and the State of residence of the non-resident

(55) for the purposes of thin capitalization law the percentage of shares should be calculated on shares with voting rights. J. Fiszer, *Poland - 1998 Tax Year in Review*, in *Tax International Notes*, 1999, 52 ff.

(56) Legal writings on the subject have underlined that because of the lacunae in the legislative text, it is not clear whether the fulfilling of the formal obligation as above (that is, submitting a statement as highlighted in the text) translates into total deduction of interest for transactions concluded before the entry into force of the legislation on thin capitalization. J. Fiszer, *Poland-1998 Tax Year in Review*, cit., 53.

The Polish revenue authorities on December 21st 1998, supplied an official interpretation (no. PB4/AK-802-552/98) in which it is stated that the new regime on thin capitalization is not applied in respect of financing operations taking place before January 1st 1999.

subject have concluded a convention against double taxation on income, (57) tax treatment will of course be different.

Particularly important is the convention against double taxation concluded between Poland and Italy on June 21st 1985.

Art. 10 of this Convention establishes that dividends paid by a company of a contracting state to the resident of another contracting state are taxable in this latter state.

However, the above rule states in paragraph 2 that said dividends may also be taxed in the contracting state where the company paying the dividends is resident and in compliance with the legislation of this same contracting state, but if the person receiving the dividends is the real beneficiary, the tax thus applied cannot exceed 10% of the gross dividend.

It follows that dividends distributed by a stock company residing in Poland to members or shareholders resident in Italy (being the real beneficiaries of this income) are subject in Poland to a 10% withholding.

Articles 11 and 12 of the Convention being discussed dictates similar provisions in respect of interest and royalties paid on trade marks, designs and models, projects, formulae or secret processes, for the use or concession of industrial, commercial or scientific equipment, or for information concerning industrial, commercial, scientific expertise.

Interest and royalties paid by a company residing in Poland to a subject resident in Italy (the latter being the real beneficiary of said income) are also subject to a 10% withholding.

Art. 23 of the Convention, in order to eliminate double taxation, also provides that if a subject resident in Italy receives income taxable in Poland, Italy, in computing its income taxes may include in the taxable basis of these taxes this income (where the Convention does not establish otherwise).

In this case, the income tax paid in Poland (the withholding) may be deducted from the taxes due in Italy and determined in accordance with the above mentioned criteria, but the deduction cannot exceed the share of Italian tax to be attributed to these elements of income for the

(57) See F. Giuliani, *Joint ventures societarie in Polonia*, cit., 318 ff.; id., *Profili comparatistici in tema di joint ventures nei Paesi ad 'economia pianificata'*, in *Giur. Comm.*, 1991, 1208-1209; J. Fiszer, *Poland: Taxation of Foreign Investment and Income Tax Treaties*, cit., 225; L. Migliorino, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, in *Dir. comm. int.*, 1992, 28.

For a more general analysis of conventions against double taxation on income concluded by Poland see W.G. Kuiper, *(East-West) Joint Ventures: a special phenomenon in international tax law?*, cit., 210 ff.; J. Fiszer, *International Double Taxation Relief, in European taxation*, 1995, 78.

proportion in which these contribute to the formation of the global income.

As for conventional legislation, it should also be noted that art. 9 of the Convention being examined, and with reference to the practice of transfer pricing, states that when:

a) an enterprise of a contracting state participates, either directly or indirectly, to the management, control or to the capital of an enterprise of the other contracting state, or when

b) the same persons participate, directly or indirectly, to the management, control or to the capital of an enterprise of a contracting state and of an enterprise of the other contracting state,

and in both cases, the two enterprises, in their commercial or financial relations, are related in terms accepted or imposed conditions that are different to those that would have been agreed upon had the enterprises been independent, then the profits that, in the absence of said conditions, would be realized by one of the enterprises, but which because of these conditions were not, the same profits may be added to the profits of this enterprise and be subject to taxation accordingly.

4.2 Personal income tax

18

This tax was introduced with law July 26th 1991 entering into force on January 1st 1992. (58)

This progressive tax is levied on all incomes received by natural persons.

4.2.1 Taxable subjects

Residents are subject to this income tax irrespective of where the income is produced, whereas non-residents are taxed only on income produced in Poland.

Individuals are considered resident when registered, domiciled in Poland or when they have resided here for over 183 of the tax period.

However, all foreign citizens employed by companies with foreign participation even if residing for more than 183 days in the year in Poland

(58) See P. Maiorano, *L'imposta personale sul reddito nei Paesi dell'Est*, in *Problemi di finanza pubblica*, Roma, Ed. Laurus Robuffo, 1991, 81.

See J. Fiszer, *Poland-1998 Tax Year in Review*, cit., 50, on personal income tax and its reform proposed by the Polish Ministry of Finance with the white paper of August 31, 1998.

are considered non-resident, on condition that their stay in Poland, however long, be temporary.

4.2.2 Rate

The rate is progressive and the following are the income brackets (starting from January 1st 1999):

- a) 19% up to Pzl. 29,624 (by subtracting from the amount an allowance of Pzl.394,90);
- b) 30% from Pzl. 29,624 to Pzl. 59,248;
- c) 40% for the taxable part over Pzl. 59,248.

Some types of income, however, have to be a withholding at source by way of tax, as is the case with interest from loans and dividends and other income from shares.

4.2.3 Income from employment

When identifying the fiscal treatment in connection with the formation of a corporate joint venture in Poland it is important to examine the tax regime of income from employment, seen that normally, for the foreign partner, the establishment of an international joint venture entails sending abroad staff (59) (temporarily or on mission) to carry out the necessary connecting administrative, technical and management functions. (60)

In the previous paragraph it was stressed that according to the Polish tax system (and therefore irrespective of whether conventions against double taxation are applied) foreign citizens employed by companies with foreign participation even if residing in Poland for over 183 days a year are considered non-residents and therefore taxable only for income produced in Poland (art.3 (2) of law July 26th 1991).

Income from employment received in Poland are therefore taxable therein. (61)

(59) For a far-reaching discussion of dependent income received in Poland by non-residents see J.R. Saffell - C. Bowman, *The Taxation of Expatriate Employees*, in *European taxation*, 1995, 286.

(60) On legislation relating to the entry, transit and stay of foreigners in Poland see the law on foreigners June 25th 1997.

(61) According to provision issued by the Ministry of Finance exemption from personal income tax is established on income received temporarily in Poland and paid out of non-refundable funds of an international financial institution or by a foreign country.

Non-residents have the right to transfer their net income abroad, in convertible currency without individual authorisation, but on the basis of the nominal certificate stating the payment made by the company. (62)

4.2.4 Income from employment in the conventional system

Art. 4 of the Convention against double taxation concluded between Italy and Poland states that for the purposes of the Convention, the expression 'resident of a contracting state' refers to persons that by virtue of the legislation of said state are taxed in the same state because of having there domicile, residence, centre of management or because of other similar criteria.

The above mentioned expression does not include persons that are taxed in this state only for the income received from sources situated in said other state.

In the light of the above mentioned legislation, and since, as earlier underlined, the Polish tax system does not consider as resident foreign citizens employed in companies with foreign participation even if residing in Poland for over 183 days in the year, Italian citizens employed by the joint venture formed in Poland qualify as fiscally resident only in Italy. (63)

(62) In the Polish tax system, employers pay the ZUS high social security contributions that are owed both when the employee is Polish and when he is foreign; the rate is 45% of the employee's gross income.

There is also a 3% contribution destined to the unemployment fund and a contribution of 0.15% for a special fund for services guaranteed to employees, used in case of the employer's bankruptcy.

The total rate for social security contributions then amounts to 48.15%.

Employers employing over 50 people must also, save when the law provides differently, pay monthly contributions to the state fund to rehabilitate the disabled (however, exempt are those enterprises with at least 7% handicapped employees).

There are no contributions to be paid by foreign employees that have no formal employment contract with a Polish law company or with a representative office located in Poland.

There is a proposal for a radical reform of the social security system that should come into force in 1999 (see on this *Bullettin IBFD*, 1998, 30) which provides that contributions to this system be destined to four different funds corresponding to four separate categories identified on the basis of the insurance risk attributable to each.

The four funds for which contributions will be split will include a pension fund, a relief fund, a sickness fund and one for industrial injuries.

Contributions destined to the ZUS will be payable on all the income produced on the basis of an employment contract for dependent work.

Contributions will instead be voluntary in respect of work relations different from dependent work.

(63) This of course finds application when the Italian citizen results as being also fiscally 'resident' in Italy.

Moreover, one should note that foreign employees have a right to transfer abroad payments received in convertible currency without individual currency authorisation, being sufficient to have a nominal certificate stating the payment received.

Instead, when the Italian company, partner of a joint venture formed in Poland sends here its staff on mission, there will be the problem of evaluating, according to the Polish system criteria of residence and later according to the connecting conventional criteria of art. 4, paragraph 2 of the Convention between Italy and Poland, whether said subjects are to be considered fiscally resident in Italy or in Poland.

With this premise in terms of the ensuing problem of attribution of fiscal residence, one should consider from another angle that art. 15, paragraph 1 of the Convention against double taxation concluded between Italy and Poland states that wages, stipends and similar payments that a resident of a contracting state receives for dependent work can only be taxed in that state, except when this activity is carried out in the other contracting state.

If the activity is carried out in the latter state, payments received for dependent work can be taxed only in this other state.

The second paragraph, lett. a) of the article just mentioned establishes, however, that notwithstanding the provisions of paragraph 1 reported above, payments that a resident of a contracting state receives for dependent work carried out in the other contracting state are taxable only in the former state if the beneficiary stays in the other state for a period or periods that do not go over a total of 183 days during the solar year being considered.

Consequently, in the light of the above provision, payments that a resident in Italy receives for dependent work carried out in Poland will be taxable in Italy if the dependent worker stays in Poland for a period or periods the total duration of which is not superior to 183 days of the year. (64)

4.3 VAT

Vat, introduced with law January 8th 1993 with entry into force July 5th 1993 is applied on goods and services and on the surtax, shares similar characteristics to Vat in the European Union. (65)

(64) See L. Migliorino, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, cit., 36-37.

(65) On aspect linked to the application of Vat on foreign investors see M. O' Shaughnessy - P. Kowalski, *VAT in Poland- Implications for the Foreign Investor*, in *Bullettin IBFD*, 1994, 123.

The mechanism of application of this tax coincides with that of VAT in EU countries and is based on the institute of recovery. (66)

The tax is also applied on the sale of goods and supply of services carried out through running a business activity, on arts and professions and on imports by whomsoever carried out. (67)

For the sale of goods and the supply of services, the taxable basis is made up of the value of the good sold or of the service supplied.

If the good is also subject to excise then the latter will be added to the taxable basis.

Goods sold or services supplied gratis, at a promotional price or destined to autoconsumption are subject to the tax in relation to their market value.

As for VAT on imports, the taxable basis is made up of the goods customs value, plus the collected customs duties and import excise.

If the object of the imports are goods subject to the surtax (68) to the customs value there will be added this surtax, plus the customs duties and import excise.

Services supplied in Poland by foreign subjects (directly or through an agent, a dependent worker, or a permanent establishment) payable abroad are treated as imports and as such are subject to VAT.

Basic rate is 22%. Then there are two reduced rates, 7% and a zero rate applied on goods sold and services supplied expressly listed in tables.

19.

As for the procedural aspects, VAT statements must be submitted monthly.

Small businesses are not subject to VAT, a small business being one the turnover of which does not exceed Pzl. 80,000.

Businesses the turnover of which is between Pzl. 80,000 and 400,000 can demand exemption to the Ministry of Finance.

4.4 Consumption surcharge

The consumption surcharge was introduced with law January 8th

(66) See *Value- Added Taxes in Central and Eastern European Countries*, various authors, Paris, OECD, 1998

(67) Non-residents also running a business, supplying services or importing must fulfil the obligation concerning registration for Vat purposes. In this respect, the revenue authorities need to be informed of the registration number (REGON), an account number that the non-resident has in Poland, the address where the accounting books for the activity are kept.

(68) The surtax is dealt with in the following paragraph 4.4.

1993, that is the same law introducing VAT, and becoming effective from July 5 1995. (69)

It is an additional indirect tax of taxing consumption.

This extra tax hits transfers of selective goods expressly stated by law and among which there are fuels, alcohol, tobacco, electronic equipment, boats and yachts, motor vehicles.

The tariff cannot exceed, on the majority of products, 25% of the producer's sale price and 40% of the customs value increased by the customs duties paid by the importer.

Where goods subject to the surcharge are imported, the taxable basis is made up of the customs value of these goods increased by the customs duties (determined according to a basic tariff, or if the latter has not been defined, then it will be an independent tariff) and by the import tax .

The principle mentioned above for determining the taxable basis finds application also in those cases where goods imported, according to what is prescribed by law, are totally or partly exempt from the application of customs duties or where the application of customs duties has been suspended or, again, where a preferential customs duty has been applied.

4.5 Import tax

The import tax has not been effective since January 1st 1997. (70)

It had been passed with the approved law December 17 1992 and become effective on November 25th 1993.

According to this law, goods imported were subject to a 3% collection on customs value, increased by the duty also when, on the basis of other laws, the goods had been totally or partly been exonerated from customs or when the payment of the tariff had been suspended or when a preferential customs tariff had been applied.

The import tax used to constitute a component of the taxable basis on which VAT was calculated, and also of the taxable basis on which to apply the consumption surcharge. (71)

(69) See also implementing provisions contained in the decree of the Ministry of Finance, November 10th 1995.

(70) The tax in question has not, strictly speaking, been abrogated, seen that the limited temporal effectiveness of said tax had been established through apposite amendments brought to the organic statute.

(71) In case of imports, therefore (except for specific exemptions), the contractual value of imported goods increased by transport and insurance costs is subject to the application of the customs tariff.

4.6 The customs regime

Customs law is regulated by the Customs Code of January 9, 1997 (72) which adapting the customs regime to the principles contained in the customs legislation of EU countries, substituted law December 28th 1989 (as amended following its issue), which established the general rules on foreign trade, obligations and customs procedures, and the structure of the customs organs. (73)

The new code has 11 titles and is made up of 294 articles.

Titles I, II, III and V state all the customs tools and the economic procedures, such as tariffs or the determination of the customs value of goods.

Title IV concerns treatment for goods imported in Poland, including procedures and provisions for duty free zones. (74)

Titles VI to XI concern all subjects relating to the payment of customs duties, to the ensuing indebtedness situation, and to petitions filed to the customs authorities.

One of the main novelties introduced by the new code is the introduction of a document, the compulsory tariff statement, regarding tariff classification for goods imported into Poland, to be issued in writing by the president of the general customs office.

Consequently, importers supplying the customs authorities with said statement for imported goods will have the certainty that said goods are classified for customs purposes according to the tariffs code.

Rules for the evaluation of imported goods conform to those drawn up by the WTO to which Poland has adhered. (75)

The taxable basis thus formed and made up of the contractual value of the goods plus transport and insurance plus the customs tariff is then subject to import tax and then one calculates the surcharge.

Finally, on the taxable basis thus formed one applies VAT.

(72) More details on the customs code in A. Kolinski, *Poland: Indirect Taxes in a Cross-Border Context*, in *European taxation*, 1995, 282-286.

(73) See A. Kolinski - C. Templeman, *Poland: Indirect Taxes in a Cross Border Context*, *European taxation*, 1995, 282-286 on the practical problems created by the previous customs legislation.

(74) It should be noted that Polish customs law provides for the possibility of creating in Polish territory duty free zones or warehousing (the previous legislation similarly provided).

(75) See H. Jadrzyk, *Customs Value of Goods in Transactions between Related Parties*, in *European taxation*, 1997, 259 ff..

As for the most important aspects of customs law in relation to the formation of a joint venture in Poland, it should be noted that the recently introduced customs regime (see in particular art. 190, point 34) provides that contributions in kind to companies under Polish law made by non-resident shareholders are exempted from payment of customs duties, (76) even though in these cases the procedure to make contributions in kind is somewhat complex. (77)

In detail, for exemption to be applied, imported goods should:

- qualify as contributions in kind to the capital of a Polish law company;
- constitute an ensemble of goods objectively determined;
- be listed in the articles or in a decision the object of which is the increase of capital;
- not be the object of a transfer by the company to which they are conferred in the three years from the date they were cleared.

Moreover, in order to be exonerated from customs duties, imported goods must be contributions meant for a company which is about to be formed or a company that has already formed but for which an increase of capital has been decided on.

In the presence of the above prerequisites, to make use of provisions relating to exemption from customs duties, it is prescribed that the

196

(76) The previous regime also provided for exemption from customs duties for contributions of non-resident shareholders in Polish law companies.

Said regime was specifically meant for companies formed by non-resident subjects with Polish partners according to the law June 14th 1991 on companies with foreign participation.

This relief could be quite substantial (entailing for example exemption from import tax, consumption surcharge and VAT) in respect of foreign companies belonging to states with which the reciprocity principle may be applied (for example: Australia, Hong Kong, ex Comecon countries).

Products exonerated from customs collection did not benefit from further exoneration from tax (consumption surcharge, VAT).

(77) Basically, for the purposes of the above customs relief, contributions in kind are understood as being those contributions of goods declared in the articles of the company at the moment of formation or when the capital is being increased. To be more precise, the articles should contain the name of the shareholder of the company receiving the contribution in kind and a detailed description of said contributions, together with their value and the value of quotas or shares to which they correspond.

When the company is recorded in the registry for enterprises a document should also be registered in guarantee of the transfer of said contribution, guarantee supplied by all the members of the board of directors.

Products purchased through money participation to the stock will not be regarded as contributions in kind.

customs administration be sent, on first delivery at the latest, the summary from the registry of enterprises listing the goods transferred and a further document with a detailed description of said goods, including the customs tariff code, the value and name of the supplier. (78)

Further procedures must be performed at the actual clearance of the goods. (79)

The Polish customs code also provides a temporary clearance, without application of duties, or, depending on the particular case, application of particularly modest duties, where for example industrial equipment is imported to be used temporarily or to be tested in Poland. (80)

4.6.1

Imported goods need to be attributed a certification mark (a document that can be compared to a certification of quality practised in the EU) without which marketing the products is forbidden.

It is compulsory that all products should bear this 'mark' if there is potential hazard to health, life and the environment.

Thus, before marketing the products in Poland, this procedure should be fulfilled.

To obtain said attribution takes quite a long time (up to nine months) and costs are steep (an official tariffs list is lacking).

19

4.7 Stamp duty

The stamp duty (regulated by the apposite law of 1989) is applied to certain legal transactions of civil law such as transfers of property.

Rates are 2% on goods and chattels, 5% on real estate, and 2% on all other rights of ownership.

The stamp duty is also applied on other administrative or judicial acts, and on the granting of loans. (81)

(78) If the contribution in kind is for increase of the capital the document concerning the decision should also be forwarded.

(79) For a more detailed discussion of this legislation please refer to H. Jadrzyk, *Bringing Investment to Poland. Customs Implications, cit.*, 343 ff..

(80) Alongside the Polish tax system, we should also mention the legislation contained in the currency law December 31st 1994 substituting law February 15th 1989. This law provides for the free transfer abroad and free re-entry in Poland of the zloty.

(81) We should note that with reference to indirect taxation, though for the purposes of a joint venture its importance is somewhat limited, there is the inheritance tax and gift tax applied by using different rates according to the degree of kindred, on the net value of the hereditament.

Non-residents are also subject to this tax if the ownership rights from inheritance are the object of transfer in Poland.

4.8 Formation tax

The formation tax is applied through regressive rates (82) on the initial stock of incorporated companies upon registration.

4.9 Taxation of agriculture

This tax was introduced with the law on agriculture tax of November 15th 1984, a tax levied on land used for agricultural purposes, with a distinction made according to whether the land is for the running of common agricultural activities or for specialised agriculture.

Taxable subjects are agricultural co-operatives, state agricultural concerns, and natural persons running agricultural activities. (83)

As for the taxable basis it should be noted that the tax on common agricultural activities is determined according to the cultivated hectares and applied according to a conventional measure of hectare, that takes into consideration the quality, the economic, climactic/productive conditions, and the use of the land. (84)

The tax on specialised agricultural activities is instead determined according to criteria listed in an apposite ministerial decree which makes reference to various types of production.

198

Then there are exemptions (for land occupied by non-agricultural activities) and special relief consisting in temporary suspension from payment of tax (from 1 to 15 years) or in the reduction of the rate (for example for enterprises located in hilly or mountainous areas).

4.10 Tax on forests

This tax was introduced with the law on forests of 1991. Taxable subjects are the owners of forests (natural persons, authorities with or without corporate status) and leaseholders of state or town forests.

(82) The rates are the following:

- a) 2% up to Plz. 10,000 of stock;
- b) 1% from Plz. 10,000 to Plz. 20,000;
- c) 0.5% from Plz. 20,000 to Plz. 30,000;
- d) 0.1% on stock exceeding Plz. 30,000.

(83) Income from specialised agricultural activities is subject to personal income tax; co-operatives and state agricultural concerns, however, are only subject to the tax on agriculture.

(84) The agricultural tax is only due by agricultural concerns with over a hectare of surface and with a productive area superior to a conventional hectare.

Taxation here also is determined according to the conventional hectare, unit/parameters of calculation that take into account the quality of the land and the main species of trees growing in the woods area.

4.11 Local taxation. Tax on urban property

The tax on urban property is a local tax and is regulated by the 1991 laws on local taxes.

Taxation is on urban property (that is buildings or parts of buildings not used in connection with agricultural activities), constructions or fixed installations in connection with an economic activity and land not used for agriculture).

The scope of application of these taxes is established by the law on local taxes (where land does not result as being subject to provisions of the law on the agricultural tax or on the tax on forests then the tax discussed in this paragraph will find application).

Taxable subjects of the tax in question are natural persons, legal persons and authorities without corporate status and owners of buildings, parts of buildings and land not used for agricultural purposes (gardens or industrial estates).

The taxable basis is constituted by the surface of the urban property. The tax is to be paid every semester.

The rates on urban property are established by the Ministry of Finance, but cannot exceed in a year 0.1% of the value of dwellings, 2% of the value of inhabitable buildings and it also cannot exceed certain limitations fixed for square metres. (85)

There are then exemptions that are to do with edifices used for public purposes.

15

5 THE PROTECTION OF INDUSTRIAL AND INTELLECTUAL PROPERTY

Poland has seen in this last decade considerable changes with regard to the legal protection of patent rights and these changes have been

(85) Limitations for square metres, January 1st 1998, cannot exceed:

- a) Plz.0.33 per sq.m. on dwellings;
- b) Plz.11.95 per sq.m. on houses used for economic activities;
- c) Plz.3.98 per sq.m. on other building and their parts;
- d) 2% of the value for fixed premises;
- e) Plz. 0.40 per sq.m. on land used for economic activities;
- f) Plz. 0.05 per sq.m. for all other types of land not subject to the tax on agriculture.

directed towards adapting the legislation to world standards; to the provisions of international agreements signed by the Polish State and to the up-dating of the legislation in the light of the political and economic change post 1989.

Among the most important legislative acts to have become effective in recent years, we should note the amendment of the law on invention, October 19th 1972 (amendment with law October 30th 1992) and the introduction of law February 4th 1994 on copyrights and equivalent rights.

Industrial property (patents, utility and ornamental patterns, trademarks and merchandise marks) is therefore protected by apposite laws.

Consequently, foreigners industrial property, under the legislation contained in the law on invention of October 19th 1972, is protected according to the international agreements signed by Poland or according to the reciprocity principle.

In this respect it should also be noted that Poland has signed the following international agreements in matter of protection of patent rights:

a) Berna Convention on the protection of works of literature and art (since 1971);

b) Convention on the World Organization for Intellectual Property (since 1974);

c) Paris Convention on the protection of industrial property (since 1976);

d) General Convention on copyrights (since 1976);

e) Madrid Agreement on international registration of trademarks (since 1991);

f) Treaty on commercial and economic relations between Poland and the USA (1991).

5.1 Patents

Under the law on invention of October 19th 1972 as amended by the law in 1992, the patent confers the exclusive right on the application of an invention for a period of twenty years. (86)

Patent rights and patents are transferable and hereditary.

The party entitled may confer to another the licence to apply the invention.

In order to obtain a patent one needs to submit a request to the Patents Office with attached a description of the invention.

(86) For a more accurate analysis of the Polish law in matter of patents see E. Vasco, *La Polonia brevetta l'economia di mercato*, in *Comm. int.*, 1998, 124.

A tax is collected on the protection of inventions, a fixed amount, and then periodical taxes are collected for the duration of the protection. (87)

5.2 Utility patterns

The protection of a utility pattern is subordinated to a request to the Patents Office which confers the corresponding rights and issues a certificate for protection.

The party entitled can exploit himself the pattern protected in the Polish territory.

The right is effective for 5 years from the request to the Patents Office and its validity may be prolonged for a further 5 years.

A fixed sum is paid as tax on the protection of utility patterns and then there are periodical taxes to be paid for the duration of protection.

5.3 Ornamental patterns

An apposite request needs to be made to the Patents Office to have ornamental patterns (88) protected.

The certificate issued by this Office contains the name of the party entitled to exploit the model.

Ornamental patterns with a certificate of protection are recorded in an apposite registry.

The right to exclusively exploit the model is valid for 5 years from when the request was made for its protection and it may be prolonged for another 5 years.

Certificates are not issued when the use ornamental patterns would clash with existing laws or with public order.

There is a fixed sum to be collected as a tax and then periodical taxes for the duration of protection.

5.4 Enterprises marks

Enterprises marks (trademarks and merchandise marks) are protected by the law on enterprises marks, January 31st 1985.

An enterprise mark may be registered and protected only when it distinguishes goods or services produced and marketed by an enterprise

(87) The table for enforced taxes has been published in the Gazz. Uff. no. 36, May 6th 1993.

(88) See decree of the Council of Ministers, January 29th 1963.

from goods and services of the same kind produced and marketed by other enterprises.

The trademark is protected upon registration with the patents Office.

Each trademark universally known enjoys protection (even if not registered) if for a substantial part of potential purchasers it is associated directly to goods or services of that kind.

When the mark has been registered, a certificate of protection is issued.

The right to a trademark is valid for 10 years and can be prolonged for an equivalent number of years; also it can be transferred.

If not used for three consecutive years then one loses the right to the protection of the mark

The use of the trademark may be the object of a licence agreement.

Lodging the request for registration is subject to the application of a tax as is obtaining the protection of the mark for a period of ten years.

5.5 The firm

The firm is protected by specific laws of the Civil Code (art. 23) and of the Commercial Code (art. 26 to 38).

Auxiliary rules in matter of protection of industrial property are also to be found in law April 16th 1993 with the regime on unfair competition.

5.6 The protection of intellectual property

Intellectual property is protected by the laws on copyright and equivalent issued on February 4th 1994 which has been effective since May 23rd 1994. (89)

This law regulates a truly vast area of creative activities among which (apart from literary, journalism writing, scientific, musical, dramatic, choreographic audio-visual, software programming, artistic works and photography) there is protection for industrial architectural and urban designs.

The law, moreover, covers works the protection of which is contained in international conventions (art. 4, no. 4) under the personal and income aspects of copyright.

(89) On the regime previous to law February 4th 1994, refer to the law on copyright of July 10th 1952 as amended by law May 30th 1989) in G. Ricci, *Copyright Protection in Poland, Czech and Slovak Republics and in Hungary*, in *International Business Law Journal*, 1994, no. 1, 83 ff.; W. K. Sievers - K. Buschardt Pisarczyk, *Setting Up a Business in Poland*, cit., vii.

The law, in other words, distinguishes between two types of copyright: the former is of a personal nature, protecting the relationship between author and his work.

The latter, instead, is of a patrimonial nature attributing the author, where it is not otherwise prescribed by the legal system, the exclusive right to use his own work, to check all sectors in which it is applied and to receive compensation for its use.

The personal rights described above cannot be transferred or inherited and are subject to a temporally unlimited protection.

Patrimonial rights are instead transferable and can be the object of a licensing agreement.

They lapse after 50 years from the death of the author or, if the author is unknown or if the party entitled to the rights is a different person to the author, the 50 years go from the date they were first issued. (90)

Alfredo Pozzo

(90) See decree of the Council of Ministers, April 28th 1993 on disputes, petitions and taxes concerning the protection of inventions, utility and ornamental models.

Profili di diritto commerciale e tributario connessi alla costituzione di una *joint venture* societaria in Polonia da parte di un'impresa italiana.

di Alfredo Pozzo

SOMMARIO: 1. La disciplina degli investimenti esteri in Polonia. Normativa generale di riferimento; 1.1. Autorizzazione statale; 1.2. Conferimenti; 1.3. Garanzie in relazione a provvedimenti espropriativi; 1.4. Rimpatrio del capitale e degli utili - 2. Le "joint ventures". La nozione di *joint venture*; 3. Le *joint ventures* societarie nell'ordinamento polacco; 3.1. La società a responsabilità limitata (Sp. z o.o.); 3.2. La società per azioni (S.A.); 3.3. Attività soggette ad autorizzazione - 4. Regime fiscale; 4.1 L'imposta sul reddito delle persone giuridiche; 4.1.1. Soggetti passivi; 4.1.2. La determinazione della base imponibile. Principi generali. I ricavi; 4.1.3. (segue) La determinazione della base imponibile. I costi; 4.1.4. (segue) La determinazione della base imponibile. L'ammortamento; 4.1.5. (segue) La determinazione della base imponibile. La valutazione delle rimanenze; 4.1.6. (segue) La determinazione della base imponibile. Gli accantonamenti; 4.1.7. Aliquota e periodo d'imposta; 4.1.8. Le ritenute; 4.1.9. L'imposizione dei soggetti non residenti; 4.1.10. Le agevolazioni fiscali; 4.1.11. Il *transfer pricing*; 4.1.12. La *thin capitalization*; 4.1.13. La normativa convenzionale; 4.2. L'imposta sul reddito delle persone fisiche; 4.2.1. Soggetti passivi; 4.2.2. Aliquota; 4.2.3. I redditi di lavoro dipendente; 4.2.4. I redditi di lavoro dipendente nel regime convenzionale; 4.3. L'imposta sul valore aggiunto; 4.4. La sovrainposta di consumo; 4.5. L'imposta sulle importazioni; 4.6. Il regime doganale; 4.6.1 Il marchio di sicurezza; 4.7. L'imposta di bollo; 4.8. L'imposta sul capitale sociale; 4.9. L'imposta agricola; 4.10. L'imposta sulle foreste; 4.11. Le imposte locali. L'imposta sulla proprietà urbana; 5. La tutela della proprietà industriale ed intellettuale; 5.1. I brevetti; 5.2. I modelli di utilità; 5.3. I modelli ornamentali; 5.4. I marchi di impresa; 5.5. La ditta; 5.6. La tutela della proprietà intellettuale.

204

1. LA DISCIPLINA DEGLI INVESTIMENTI ESTERI IN POLONIA. NORMATIVA GENERALE DI RIFERIMENTO

Gli investimenti stranieri in Polonia sono disciplinati dalla Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero emanata il 14 giugno 1991 (ed entrata in vigore il 4 luglio 1991) (1), così come emendata dal-

(1) Sulla legge sulle società a partecipazione di capitale straniero del 14 giugno 1991 si vedano: B.I. JOSTMEIER, *Poland*, in "International Company and Commercial Law Review", 1991, C-120, c-123; D.J. FRANKLIN - J.T. MURPHY, in *International Company and Commercial Law Review*, 1991, 277; FRANKOWSKA-GRONET, *Poland: Law on Companies with Foreign Participation- Introductory Note*, in *ILM*, 1991, 871; P. Mazur, *Poland: New Foreign Investment Law*, in "International Business Lawyer", 1991, 460; ORZELSKY-MAR-

le ripetute modificazioni intervenute successivamente alla sua pubblicazione (2, 3).

SZALEK, *Pologne: Le régime des investissements étrangers*, in "C.J.F.E.", 1992, 535; J. RAJSKY, *New Polish Investment Legal Framework*, in "International Business Law Journal", 1991, 1015 ss.; R.L. DRAKE, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, in "The International Lawyer", 1992, n. 2, 525 ss.; C. BANASINKI, *Regional Development (Poland)*, in "The International Lawyer", 1992, n. 1, 244; A. TOMASZEK-R. POPLAWKY, *Sources of Polish Business Law*, in "International Business Lawyer", 1992, n. 7, 361; C. COSTA, *Investimenti di imprese italiane in Polonia*, in "Comm. int.", 1993, 668; GIDE-LOYRETTE-NOUEL, *Investir en Europe central Hon-grie, Pologne, Roumanie, Tchécoslovaquie*, Editions G.L.N. Joly, 1992; Z.M. CZARNY, *Privatisation of State Industries in Poland*, in "International Business Lawyer", 1992, 153; NABARRO, NATHANSON and WEIL - GOTSHAL & MANGES, *Legal Aspects of Doing Business in Poland*, "Longman Law, Tax and Finance", 1993, 384.

Si veda anche Instytut Koniunktur i Cen Handku Zagranicznego, *Polonia il tuo partner economico*, Varsavia, Istituto Poligrafico di Niepokalanów, 1996.

Cfr. anche G.F. Borio, *Gli investimenti italiani nell'est europeo*, in "Studi e note di economia", 1998, Supplemento al n. 1, 33.

(2) Da ultimo si veda la legge 29 marzo 1996, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 19 aprile 1996 ed entrata in vigore il 4 maggio 1996.

(3) Sul regime degli investimenti esteri in Polonia antecedentemente alla legge sulle società a capitale straniero del 14 giugno 1991 si vedano:

a) sul regime anteriore alla legge 23 dicembre 1988 si vedano: J.G. SCRIVEN, *Joint Venture Legislation in Eastern Europe: A Practical Guide*, in "Harvard International Law Journal", 1980, n. 3, 633; D. CAMPBELL, *Legal Aspects of Joint Ventures in Eastern Europe*, Deventer - Boston, Kluwer, 1981; P. BUZESCU, *Joint Ventures in Eastern Europe*, in "The American Journal of Comparative Law", n. 3, 407 e ss., spec. 441, 1984; W.G. KUIPER, *(East-West) Joint Ventures: a special phenomenon in international tax law?*, Amsterdam, IBFD, 127; J. RAJSKY, *Aspetti legali degli investimenti esteri in Polonia*, in "Gazz. val. comm. int.", 1986, 1370; *id.*, *The Commercial Laws of Poland (Digest of Commercial Laws of the World Series)*, Ocean Publications inc., DOBBS FERRY, New York, 1987, 49 ss.; *id.*, *Evolution of Polish Foreign Investment Legislation*, in "International Business Law Journal", 1988, n. 4, 481; *id.*, *Legal Problems Relating to the East-West Joint Ventures*, in "Diritto del commercio internazionale", 1989, 533.

b) sul regime introdotto dalla legge 23 dicembre 1988 (pubblicata nella traduzione italiana in *Comm. int.*, 1990, 275): F. ANNUNZIATA, *Imprese a capitale misto: la disciplina polacca*, in "Gazz. val. e del comm. int.", 1988, 439; P. PENNETTA, *La nuova disciplina polacca e ungherese in materia di investimenti stranieri*, in "Diritto del Commercio internazionale", 1989, 665; P.A. COCINO, *Joint Ventures nei Paesi dell'Est Europeo*, Roma, ICE, 1990, nota di aggiornamento, 1991; F. GIULIANI, *"Joint ventures" societarie in Polonia*, in "Giur. comm.", 1991, 318; V. KURDKJIAN, *Legge polacca del dicembre 1988 sugli investimenti stranieri*, in "Diritto comunitario e degli scambi internazionali", n. 1 e 2 1991; D. MONACO, *Le joint-ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, in AA.VV., "Le Joint-ventures. Profili giuridici e modelli contrattuali", Milano, Egea, 1997, 415.

Cfr. anche M. RONCONI, *La nuova Polonia verso un'economia di mercato: Trsfor-*

La legge dinanzi citata stabilisce espressamente all'art. 1, 1° comma che essa dispone le condizioni alle quali i soggetti stranieri possono partecipare agli utili derivanti dalle attività delle imprese sul territorio della Repubblica Polacca.

L'art. 2 della legge in esame precisa tuttavia che le disposizioni della legge medesima non derogano ad altre leggi riguardanti le condizioni per la partecipazione dei soggetti stranieri derivanti dall'attività delle imprese sul territorio della Repubblica Polacca (4).

L'art. 3 della legge in esame chiarisce che per soggetti stranieri si intendono:

- a) le persone fisiche che hanno la residenza all'estero;
- b) le persone giuridiche che hanno sede all'estero;

mazioni strutturali, opportunità per gli investimenti stranieri, e aiuti strutturali, in AA.VV. (a cura di Maurizio Guendalini), "Investire all'Est", Milano, Franco Angeli, 70 ss..

Nell'ambito di pubblicazioni di carattere internazionale: G.N. BOUKAOURIS, *Joint Ventures in the USSR, Czechoslovakia and Poland*, in "Case Western Reserve Journal of International Law", 1989, 47; A. BURZYNSKY, *Comments on foreign investment law of 23rd December 1988*, Warsaw, 1989; Z. CZUBINSKY, *Poland: A Potential Paradise for Western Inventors? Brief Analysis of the New Economic reforms*, in "European Taxation", 1990, 151-153; J. FISZER, *The New Polish Foreign Investment Law*, in "Tax Notes International", 1990, 905 ss.; J. RAJSKI, *New Law to Encourage Foreign Investment in Poland*, in "International Business Law Review", 1990, n. 1, 29; *id.*, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, in "International Business Law Journal", 1990, n. 4-5, 531; Z.M. SLUPINSKY, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, in "International Business Lawyer", 1990, 401 ss.; A. TOMASZEK-R. POPLAWKY, *Sources of Polish Business Law*, *cit.*, 360.

c) Con riferimento anche agli emendamenti apportati nel dicembre del 1989 alla legge 23 dicembre 1988 si vedano: D. GORDON *The Polish Foreign Investment Law of 1990*, in "The International Lawyer", n. 2, 1990, 335 ss.; Z.M. SLUPINSKY, *The New Polish Joint Venture Law*, 3 *Transnational Law*, 1, 1990; J. RAJSKY, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, *cit.*, 531; Z.M. SLUPINSKY, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, *cit.*, 401 ss.; *id.*, *Foreign Investment in the Banking Sector and Emergence of the Financial Market in Poland*, in "The International Lawyer", n.1, 1991, 127 ss.

(4) Sussistono, per esempio, specifici limiti alla costituzione di società per azioni la cui attività è riconducibile ai settori di interesse nazionale e di pubblica utilità così come definiti da un apposito decreto del Consiglio dei Ministri (ad esempio il settore bancario, quello assicurativo, quello delle telecomunicazioni. Vedasi al riguardo l'art. 310 Cod. comm.).

Tali società possono essere costituite solo successivamente all'autorizzazione del Ministro dell'industria e del commercio che approva lo statuto e ne verifica la conformità alla legge.

Lo statuto di una società per azioni destinata ad operare nel settore bancario ed assicurativo è soggetto ad approvazione anche del Ministro delle Finanze.

Sul punto si veda D. MONACO, *Le joint ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, *cit.*, 418 ss.

c) le società senza personalità giuridica costituite tra le persone fisiche o giuridiche di cui ai precedenti punti a) e b) costituite secondo la legislazione di uno Stato straniero.

A norma del 2° comma dell'art. 1 dinanzi citato, i soggetti stranieri, ai fini dell'esercizio di un'attività di impresa, possono o creare società a responsabilità limitata (*Spółka z ograniczona odpowiedzialnoscia* - Sp. zo.o.) o società per azioni (*Spółka akcyjna* - SA), anche ovviamente costituendo società miste con partners locali, oppure acquisire o acquistare quote di partecipazione o azioni nelle società polacche già esistenti che rivestono dette forme giuridiche.

Non è prevista alcuna limitazione percentuale alle quote assunte dagli investitori stranieri.

L'art. 1, 3° comma della legge in esame stabilisce inoltre che alle società a partecipazione straniera si applicano le disposizioni del codice commerciale, a meno che detta legge non disponga diversamente.

1.1. Autorizzazione statale

La legge sulle società a partecipazione di capitale straniero, secondo l'espressa previsione dell'art. 1, comma 2°, in essa contenuto, stabilisce le condizioni per l'acquisizione di quote o azioni da parte di una persona giuridica statale in una società con partecipazione di soggetti stranieri, nel caso in cui tale persona giuridica apporti un conferimento non in denaro al capitale sociale, sotto forma di azienda, di ramo di azienda o di immobili idonei ad essere strumentali all'esercizio dell'impresa.

Al riguardo, l'art. 6, 1° comma, della legge in esame prevede che alcuni tipi di atti siano soggetti ad autorizzazione statale, la quale, a norma del successivo art. 8, deve essere rilasciata dal Ministro della privatizzazione.

Gli atti soggetti ad autorizzazione consistono:

A) nella stipulazione da parte di una persona giuridica statale di un contratto o di contratti con la società a partecipazione straniera il cui oggetto sia:

a) l'uso di un'azienda, di un ramo di azienda o di immobili appartenenti a detta persona giuridica statale, sul territorio dello Stato polacco, per un periodo superiore a sei mesi (5);

b) il trasferimento della proprietà di tali beni;

(5) Tale disposizione, a norma del 2° comma dell'art. 6 dinanzi considerato, incontra una deroga nel caso in cui il Tesoro dello Stato conferisce alla società beni di un'impresa statale liquidata a norma dell'art. 37, 1° comma, punto 2 della Legge 13 luglio 1990 sulla privatizzazione delle imprese statali (così come modificata dai ripetuti emendamenti a cui essa è stata sottoposta).

B) nell'acquisizione da parte di una persona giuridica statale di quote di partecipazione o di azioni nella società a partecipazione straniera nel caso in cui tale persona apporti un conferimento al capitale sociale non in denaro, ma sotto forma di azienda, di ramo di azienda o di immobili in grado di realizzare determinati compiti economici (6).

Le suddette autorizzazioni si correlano a rapporti intercorrenti fra persone giuridiche statali e società qualificate come società a partecipazione straniera; al fine dell'individuazione di queste ultime si considerano come soggetti stranieri (ovvero come *partner* stranieri) anche le persone giuridiche con sede in Polonia "dipendenti" da soggetti stranieri (art. 7, 1° c. della legge in esame).

Al riguardo, il 2° ed il 3° comma dell'art. 7 dinanzi citato precisano che una persona giuridica si considera "dipendente" da un soggetto straniero:

a) nel caso in cui detto soggetto straniero possieda direttamente o indirettamente la maggioranza dei voti nell'assemblea dei soci o degli azionisti (anche in forza di accordi con gli altri soci);

b) nel caso in cui detto soggetto straniero sia autorizzato a nominare o a destituire la maggioranza dei membri degli organi di amministrazione della suddetta persona giuridica;

c) oppure, ancora, nel caso in cui più della metà dei membri del consiglio di amministrazione della persona giuridica considerata siano al tempo stesso membri del consiglio di amministrazione del soggetto straniero o comunque persone che svolgono funzioni direttive in quest'ultimo o in altro soggetto che si trovi in un rapporto di dipendenza con il soggetto straniero.

L'assenza dell'autorizzazione statale determina la nullità degli atti dinanzi indicati (art. 9 della legge sulle società a partecipazione di capitale straniero).

Detta autorizzazione, a norma dell'art. 8 della legge in esame, deve essere richiesta dalla persona giuridica statale.

Ai sensi del successivo art. 12 la domanda per ottenere l'autorizzazione all'esecuzione degli atti considerati dall'art. 6, 1° c. dinanzi esaminato deve specificare le parti dell'accordo, l'oggetto dello stesso ed il valore dell'oggetto dell'accordo.

(6) Cfr. riguardo al suddetto regime di autorizzazione la normativa contenuta nella Legge del 13 luglio 1990 sulla privatizzazione delle aziende statali e specificamente l'art. 1 (che definisce il concetto di "privatizzazione") e le norme contenute nel Capo II, che reca il titolo "trasformazione dell'azienda statale in società", le quali regolano specificamente il procedimento di privatizzazione di un'azienda statale.

Nel caso in precedenza indicato, in cui la persona giuridica statale, mediante il conferimento in natura consistente nell'azienda, in un ramo di azienda o in immobili, intenda acquisire una quota di partecipazione o azioni in una società a partecipazione straniera, la domanda suddetta deve inoltre specificare:

- a) i soci della società a partecipazione straniera;
- b) la ragione sociale e la sede di tale società;
- c) l'oggetto della sua attività;
- d) il tipo ed il valore dei conferimenti in natura che si intendono apportare a copertura del capitale sociale della società;
- e) il numero, il tipo ed il valore delle quote di partecipazione o delle azioni acquisite a fronte del conferimento;

Alla domanda occorre inoltre allegare la bozza dell'atto di fondazione e dello statuto o del contratto di società oppure lo statuto ed il contratto della società.

La domanda e i documenti eventualmente ad essa connessi devono essere redatti in lingua polacca o comunque presentati unitamente ad una traduzione autenticata in lingua polacca (art. 15).

Ai sensi dell'art. 18 della legge in esame, le decisioni sul rilascio o meno dell'autorizzazione viene comunicata non oltre 2 mesi dalla data della presentazione della domanda.

Entro 30 giorni dalla data di presentazione della domanda, il ministro della privatizzazione può invitare i richiedenti a fornire a loro spese:

- a) i documenti che illustrano la situazione finanziaria delle parti;
- b) il parere riguardante i richiedenti, la società e l'oggetto dell'accordo espresso dai periti indicati dai richiedenti con il consenso del Ministro della privatizzazione (art. 14) (7).

L'art. 17 della legge in esame prevede che il Ministro della privatizzazione neghi il rilascio dell'autorizzazione se l'esecuzione degli atti di cui all'art. 6 mette in pericolo gli interessi economici dello Stato o la sicurezza e la difesa dello Stato o la tutela del segreto di Stato (8).

Il provvedimento di autorizzazione specifica i dati relativi alle parti,

(7) L'art. 17 dinanzi citato precisa che il rifiuto dell'autorizzazione per i motivi sopra indicati non richiede giustificazione di fatto.

(8) Il 2° comma dell'art. 14 della Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero precisa che, in caso di richiesta dei documenti suddetti, la procedura per il rilascio dell'autorizzazione rimane sospeso fino al giorno di presentazione dei documenti medesimi.

all'oggetto dell'accordo ed alle sue caratteristiche nonché il periodo di validità dell'autorizzazione (art. 16, 1° comma).

Al riguardo, il 2° comma dell'art. 16 dispone che, tenuto conto degli interessi dello Stato, nel caso degli atti indicati all'art. 6, 1° comma, il Ministro della privatizzazione può precisare, nell'autorizzazione, le condizioni riguardanti in dettaglio le proporzioni delle quote dei soggetti polacchi e stranieri nel capitale sociale della società e le proporzioni dei voti nell'assemblea dei soci che la società è tenuta a mantenere. Inoltre, l'art. 19, 1° comma della legge *de qua* attribuisce al Ministro della privatizzazione il potere di richiedere alla Società di capitale straniero i documenti necessari per verificare che le condizioni precisate nell'autorizzazione siano state soddisfatte.

Qualora la società non soddisfi le condizioni precisate nell'autorizzazione, l'art. 19, 2° comma prevede che il Ministro della privatizzazione intenda di eliminare le irregolarità entro un termine da egli stabilito.

Nel caso poi che esse non siano eliminate l'autorizzazione può essere revocata.

A norma dell'art. 20, peraltro, la revoca dell'autorizzazione costituisce causa di scioglimento della società.

In caso di revoca dell'autorizzazione, pertanto, il Ministro della privatizzazione si rivolge al tribunale competente per lo scioglimento della società, il quale viene dichiarato con apposita sentenza (9).

210

(9) In tema di autorizzazioni, occorre inoltre rilevare come, ai sensi della legge 24 marzo 1920 sull'acquisto di beni immobili da parte di soggetti stranieri (così come modificata dagli emendamenti ripetutamente apportati successivamente alla sua emanazione e da ultimo dalla legge del 15 marzo 1996) le *joint ventures* a partecipazione straniera maggioritaria non possono acquistare la proprietà di terreni senza uno speciale permesso concesso dal Ministero degli interni, previo nulla osta del Ministro della difesa.

Se l'immobile riveste un'importanza speciale, in funzione delle sue intrinseche caratteristiche, è necessario anche il nulla osta di altri Ministri (per esempio, per quanto riguarda i terreni agricoli, occorre il nulla osta del Ministro dell'Agricoltura).

Ai fini della legge dinanzi indicata, diversamente dall'analogo concetto contenuto nella legge sulle società a partecipazione straniera del 14 giugno 1991, sono considerate come "straniere" le società commerciali costituite ed aventi la propria sede all'estero nonché le società di diritto polacco controllate direttamente o indirettamente, per almeno il 50% del capitale sociale, da soggetti stranieri.

L'autorizzazione del Ministro dell'interno non è peraltro richiesta, oltre che per ipotesi di acquisto di immobili da parte di persone fisiche straniere, anche nella specifica ipotesi in cui una persona giuridica con sede in Polonia, ma controllata da soggetti stranieri, acquisti lotti di aree non edificate fino a 0,4 ettari in città o fino ad un ettaro in campagna e tali immobili siano destinati alle finalità proprie della persona giuridica dinanzi considerata, così come individuate nello statuto sociale.

1.2. Conferimenti

Ai sensi dell'art. 10 della Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero, i conferimenti dei soggetti stranieri al capitale di detti enti societari possono essere realizzati:

a) in denaro, ovvero in valuta giacente in un conto estero libero o in valuta convertibile trasferita dall'estero tramite una banca straniera o in valuta polacca proveniente dalla vendita di valute convertibili in una banca autorizzata all'acquisto di tali valute;

b) non in denaro a condizione del trasferimento dell'oggetto del conferimento in natura dall'estero o dell'acquisto dell'oggetto del conferimento non in denaro da persona fisica o giuridica nazionale con le valute precisate al precedente punto A) o a titolo di eredità.

I conferimenti al capitale della società possono essere effettuati anche mediante l'utilizzazione:

a) del reddito proveniente da quote di partecipazione o da azioni;

b) delle somme ricavate dalla vendita o estinzione di quote o di azioni;

c) delle somme spettanti al soggetto straniero in quanto socio, dalla divisione del patrimonio in seguito alla liquidazione di una società, previa soddisfazione o garanzia dei creditori;

2

Il Ministro delle finanze, peraltro, su richiesta del soggetto straniero può autorizzare un conferimento in denaro in valuta polacca al capitale della società o un conferimento non in denaro proveniente da titoli diversi da quelli dinanzi indicati.

Il Ministro delle finanze, nel dare il suo consenso, può stabilire le condizioni che il soggetto straniero deve soddisfare nella realizzazione del conferimento.

Ai fini degli atti connessi ai conferimenti non è richiesta autorizzazione valutaria.

1.3. Garanzie in relazione a provvedimenti espropriativi

L'art. 22, 1° comma della legge sulle società a partecipazione di capitale straniero stabilisce che, in caso di atti di esproprio o di applicazione di altri strumenti che producono effetti equivalenti all'esproprio, al soggetto straniero è garantita, a condizione della reciprocità, il pagamento dell'indennizzo pari alla parte di patrimonio della società che gli spetta.

Il 2° comma della disposizione dinanzi citata demanda ad apposite leggi la disciplina e la regolamentazione dei procedimenti volti al risarcimento del danno derivante da esproprio.

Il Ministro delle finanze, a nome del Tesoro dello Stato, su richiesta del soggetto straniero concede a quest'ultimo la garanzia di pagamento dell'indennizzo.

1.4. Rimpatrio del capitale e degli utili

A norma dell'art. 26 della legge in esame, il soggetto straniero ha diritto, dopo il pagamento delle imposte dovute, di acquistare valuta estera in una banca autorizzata all'acquisto della stessa e di trasferirla all'estero senza necessità di un'autorizzazione supplementare, a condizione tuttavia che detta valuta provenga:

a) dalle somme ricevute a titolo di partecipazione agli utili della società a cui partecipa e che tale provenienza risulti da uno specifico attestato emesso dalla società medesima dopo l'approvazione del rendiconto finanziario;

b) dalle somme ricavate dalla vendita o dall'estinzione delle quote o azioni della società, acquisite o acquistate ai sensi dell'art. 10 (vedasi al riguardo il paragrafo precedente);

c) dalle somme che gli spettano in caso di liquidazione della società;

d) dalle somme ricevute come indennizzo del danno subito in seguito all'esproprio o all'applicazione di strumenti che producono effetti equivalenti all'esproprio.

A tutela dell'investitore italiano, peraltro, sussiste anche la normativa contenuta nell'Accordo per la promozione e protezione degli investimenti firmato a Varsavia il 10 maggio 1989 tra l'Italia e la Polonia, reso esecutivo in Italia con la Legge 7 gennaio 1992, n. 30 (10).

L'art. 6 di detto Accordo sancisce la libertà dell'operatore straniero, una volta assolti gli obblighi fiscali, di trasferire in valuta convertibile i capitali investiti, i dividendi e le quote aggiuntive per il mantenimento e l'incremento degli investimenti.

2. LE "JOINT VENTURES". LA NOZIONE DI JOINT VENTURE

Sotto il profilo giuridico, l'espressione "joint venture" indica una fattispecie contrattuale originaria dell'ordinamento inglese e successivamente recepita nell'ordinamento statunitense, avente per oggetto la disciplina di accordi di cooperazione tra imprese.

(10) Cfr. C. Costa, *Investimenti di imprese italiane in Polonia*, cit., 668; D. Monaco, *Investimenti all'estero: accordi con l'Italia al 31 gennaio 1997*, in *Commercio internazionale*, 1997, n. 7.

A rigore, il termine "joint venture" (11) non indica un istituto o un rapporto giuridico, ma più precisamente l'oggetto di un rapporto giuri-

(11) Sulle *joint ventures*, nella dottrina italiana, si vedano in primo luogo le monografie di D. Bonvicini, *Le joint ventures: tecnica giuridica e prassi societaria*, cit. 1977 e di A. Astolfi, *Il contratto di joint venture...*, cit..

Vedasi inoltre: U. Morello, *Società atipiche e ordine pubblico economico: evoluzione della prassi civile e prospettive*, in *Riv. not.*, 1973, 746 ss.; A. Astolfi, *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 809 ss.; H.P. Fargosi-M.G.C. De Romisier, *Riflessioni in tema di "joint venture"*, in *Riv. soc.*, 1978, 1342 - 1352; F. Benatti, voce "Associazioni temporanee di imprese", in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, vol. I, *Diritto civile*, 73 ss.; F. Bortolotti - R. M. Morresi, voce "Joint ventures", in *Nov. mo Digesto, Appendice*, Torino, Utet, 1983, 535 ss.; A. Astolfi, *Contratto di joint venture*, in *Dizionari del diritto privato*, a cura di N. Irti, vol. 3, *Diritto commerciale e industriale*, a cura di U. Carnevali, Milano, Giuffrè, 1981, 403 ss.; G. Tabegna, *Le associazioni temporanee di imprese, dalla "joint venture" americana alle esperienze europee*, Roma, 1981; D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, Milano, Giuffrè, 1983; U. Morello, *Le società atipiche*, Milano, 1983; A. Propersi, *Riflessioni aziendali in tema di joint venture*, cit. 1089; U. Draetta, *Il diritto dei contratti internazionali*, II, La cooperazione tra imprese, Padova, Cedam, 1985, spec. 75 ss.; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Contratti di cooperazione e responsabilità delle imprese, (la pratica del commercio internazionale e l'ordinamento italiano)*, in *Giur. comm.*, 1984, 378; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Dequalificazione e fonti normative di disciplina del contratto di cooperazione tra imprese*, in *Dir. comm. int.*, 1987, 41 ss.; D. Corapi - A. Saravalle, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, in *Dir. comm. int.*, 1988, 15; F. Bortolotti, *Le joint venture internazionali. Profili giuridici*, in AA.VV., *Joint venture multinazionali. Alleanze tra imprese, competizione e potere di mercato nell'economia mondiale*, a cura di G. Balcet, Milano, Etaslibri, 1990, 271 ss.; B.S. De Donno, *La partecipazione di imprese italiane in joint ventures in paesi in via di sviluppo*, in *Rass. dir. civ.*, 1988, 824; D. Corapi, *Amministrazione e rappresentanza negli enti diversi dalle società: i consorzi senza attività esterna, le associazioni temporanee di imprese ed il G.E.I.E.*, in *Riv. not.*, 1989, I, 747 ed in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, 67 ss.; A. Frignani, *Il contratto internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, dir. da F. Galgano, vol. XII, Padova, Cedam, 1990; G. Schiano Di Pepe, *Il gruppo di imprese*, Milano, Giuffrè, 1990; A. Piras, *Nuove forme di organizzazione dell'attività d'impresa*, in *Giur. comm.*, 1980, 70; G. Balcet, *Joint venture ed accordi internazionali*, in *Dir. ed economia*, 1991, 479; S. M. Carbone - A. D'Angelo, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1991; G. Sicchiero, *L'engineering, la joint venture, i contratti di informatica, i contratti atipici di garanzia*, in *Giur. sistematica di dir. civ. e comm.*, Torino, Utet, 1991, 38 ss.; D. Corapi, voce "joint venture (aspetti societari)", in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., vol. VII, Torino, Utet, 1992, 74 ss.; M. Tanini, *La Joint Venture*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1992, II, 129; C. Vaccà, voce "joint venture (aspetti contrattuali)", in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., vol. VII, Torino, Utet., 1992, 50 ss.; M.C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese, in I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, Trattato dir. da F. Galgano, Tomo 2, Torino, Utet, 1995, 1441 ss.; M. Gasparini, *Joint venture ed altre forme di investimenti diretti esteri*, Padova, Cedam, 1996; AA.VV., *Le Joint ventures. Profili giuridici e modelli contrattuali*, Milano, Egea, 1997.

I contributi della dottrina statunitense sulle *joint ventures* sono innumerevoli. Fra

dico costituito al fine di un'ipotesi di cooperazione tra imprese (12).

Comunemente, però, l'espressione suddetta è utilizzata anche per in-

i tanti si vedano: G. W. Miller, *The joint venture: problem child of partnership*, in *California L.R.*, 1950, 860; H. W. Nichols, *Joint Ventures*, in 36 *Virginia L.R.*, 1950, 425 ss.; B. West, *The business joint venture in Louisiana*, in *Tul. L. Rev.*, 1951, 382; J. Taubman, *What Constitutes a Joint Venture*, in *Cor. L. R.*, 1956, 640; W.H.E. Jaeger, *Joint Ventures: Membership, Types and termination*, in 9 *American University L. R.*, 1960, 111 ss.; W.H.E. Jaeger, *Joint Ventures: Origins, Nature and Development*, in 9 *American University L. R.*, 1960, 1 ss.; W. Friedman - G. Kalmanoff (a cura di), *Joint International Business Ventures*, New York - London, 1961; W.H.E. Jaeger, *Joint Ventures, Recent Developments*, in *Washburn Law Journal*, vol. 4, n. 1, 9-44; R. Backman, *Joint Ventures and the Antitrust Laws*, in 40 *New York University L.R.*, 1965, 507; J. Bivens-K. Lovell, *Joint Ventures with foreign partners*, New York, 1966; S. Meynen - W. Friedman, *Joint Ventures Revisited*, in 1 *Columbia Journal of World Business*, 1966, 19 ss.; W. Friedman-R. Beguin, *Joint International Business Ventures in Developing Countries*, cit.; J. Brodley, *The Legal Status of Joint Ventures under the Antitrust Laws: A Summary Assesment*, in *Antitrust Bulletin*, 1976, 453; H. Herzfeld, *Cooperation Agreements in Corporate Joint Ventures*, in *Journal of Business Law*, 1983, 121 ss.; K. R. Harrigan, *Joint-Venture. Managing for Joint Venture Success*, Lexington, Mass., 1986 (ed. it. a cura di Corno); AA.VV., *Year-book on corporate mergers, joint venture and corporate policy*, Boston, Ma, 1980-1993; J.A. Bobkin - J.A. Kurt, *Joint venture with international partners*, Stoneham (Ma), Butterworth, 1989; K. Goldsweig - A. Cummings (a cura di), *International joint ventures: a practical approach to working with foreign institute: corporate joint venture*, Clifton, N.J., Law & Business, 1991.

Sulle *joint ventures* nella dottrina britannica: T.M. Brown, *International Joint venture Contract in English law*, in *Droit prat. comm. int.*, 1979, 193; J. Herzfeld, *Joint ventures*, Bristol, 1983; J. Herzfeld, *Cooperation agreements in corporate joint ventures*, in *Journal of Business Law*, 1983, 121; R.P. Casna - J.E. Mc Dermott jr., *International Joint ventures: the legal and tax issues*, London, Eurostudy Publishing Company LTD, 1991; J. Abhyankar - S.I. Bijwadia (edited by), *Maritime Joint ventures*, I.C.C., Centre for Maritime Cooperation, 1994.

Sulle *joint ventures* nella dottrina francese: B. Mercadal - P. Janin, *Les contrats de coopération inter - entreprises*, Paris, 1974, 309 ss.; J. A. Boon, *Les associations momentanées d'entreprises pour la réalisation d'un ouvrage*, in *DPCI*, 1975, 204; M. Dubisson, *Les groupements d'entreprises pour les marchés internationaux*, Paris, 1979; M. Dubisson, *Les accords de coopération dans le commerce international*, Paris, Lamy, 1989; L. O. Baptista - P. Durand-Barthez, *Les associations d'entreprise (Joint ventures) dans le commerce international*, 2 A ed., Paris, Forum Européen de la Communication - Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1991;

Sulle *joint ventures* nella dottrina tedesca si veda: K. Zweigert-J. Von Hoffman, *Zur Internationalen joint venture*, in *Festschrift für Martin Luther*, Munchen, 1976, 205; K. Langefeld - Wirth, *Joint Ventures im Internationalen Wirtschaftsverkehr*, Heidelberg, Recht und Wirtschaft Verlag, 1990 (di tale opera è stata pubblicata anche un'edizione francese dal titolo *Les Joint Ventures internationales*, traduzione ed adattamento a cura di A. Garcia, Paris, GLN Joly éditions, 1992); *id.*, *Rechtsfragen des internationalen Gemeinschaftsunternehmens - Joint Venture*, in *RIW*, 1990, 1.

In merito alle *joint ventures* nell'esperienza tedesca vedasi anche U. Morello, *Società atipiche...*, cit., 754.

(12) Così D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, cit., 66, il quale sottolinea come la *joint venture* consiste nell'affare o nell'impresa per la cui realizzazione

dicare il rapporto giuridico o il modello contrattuale ai quali afferisce l'affare economico in cui si concreta la *joint venture*.

Lo schema negoziale della *joint venture*, in un primo tempo correlato ad un regime di responsabilità limitata, venne in seguito a prefigurare la struttura negoziale della società di persone, ponendosi quale forma speciale di *partnership* (13), per tornare successivamente ad essere utilizzato non solo con riferimento a fattispecie esclusivamente contrattuali, ma anche in relazione ad accordi di cooperazione per la cui realizzazio-

viene in essere un rapporto giuridico di cooperazione tra imprese. In senso conforme M.C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1461

(13) Per una dettagliata ricostruzione storica delle origini e dell'evoluzione del negozio di *joint venture* si vedano (e si confrontino) innanzi tutto D. BONVICINI, *Le "joint ventures"...*, cit., 3-10, e A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture...*, cit., 4 e 47; id. *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 812 e 847 ss., nonché le ampie indicazioni bibliografiche relative alla dottrina anglosassone in tali opere contenute.

In particolare, Bonvicini rileva come il termine "*joint venture*" fosse utilizzato nel diritto societario inglese del Medioevo per indicare le organizzazioni dei mercanti che esercitavano il commercio d'oltremare. Per altro, nel Regno Unito del secolo XVII, l'espressione indicava l'associazione occasionale di singoli mercanti al fine dell'effettuazione di una singola spedizione mercantile.

Tali associazioni occasionali, in un primo tempo dotate della limitazione della responsabilità, in seguito persero tale beneficio, con la conseguenza che, nel Regno Unito, la *joint venture* finì gradualmente con l'assumere i caratteri della società a base personale (caratteri che conserva ancora oggi, posto che, come indicato nel testo, nell'ordinamento britannico le *joint ventures* sono considerate una speciale forma di *partnership*, alla cui disciplina sono soggette).

Il termine fu in seguito recepito dalla pratica commerciale statunitense che gli attribuì un significato tecnico e specifico differente da quello originario proprio dell'ordinamento del Regno Unito.

Sugli aspetti storici afferenti il contratto di *joint venture*, oltre alle opere dinanzi citate, si vedano anche: A. ASTOLFI, *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 812 e 847 ss.; F. BORTOLOTTI, *Le joint venture internazionali...*, cit., 2 ss.; D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, cit., 63 ss.; id., voce "*joint - venture (aspetti societari)*", cit., 74 ss.; C. VACCÀ, voce "*joint - venture (aspetti contrattuali)*", cit., 50; M.C. Andrini, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1447.

Sul contratto di *partnership* e la sua correlazione con l'istituto della *joint venture* si vedano A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture...*, cit., 6, 50 e, soprattutto, 85 ss.; id., *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 813 ss. e 849 ss.; id., *Contratto di Joint Venture*, cit., 407-408; D. BONVICINI, *Le "joint ventures"...*, cit., 136 ss., 565 ss.; C. Vaccà, voce "*joint - venture (aspetti contrattuali)*", cit., 52 ss.; M.C. ANDRINI, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1453. Cfr inoltre *infra* le note n. 10 e 13; .

Nella dottrina statunitense si veda W.H.E. Jaeger, *Partnership or Joint Ventures*, in *37 Notre Dame Lawyer*, 1962, 141 ss..

(14) A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture...*, cit., 50 ss; id., *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 850 ss. (vedasi in particolare i *cases* statunitensi citati

ne era prevista la costituzione di un'apposita società di capitali (14).

Il contenuto degli accordi di *joint venture*, in altre parole, venne trasposto anche in accordi societari aventi per oggetto la costituzione di società di capitali.

Tali considerazioni giustificano l'osservazione secondo cui il termine *joint venture* si correla ad un fenomeno che non presenta considerazione unitaria sotto il profilo giuridico, ma può acquisirla solo sotto il profilo economico (15).

L'indeterminatezza della nozione dell'istituto in esame si è per altro accentuata in relazione all'utilizzazione degli accordi di *joint venture* in un contesto internazionale, a seguito della quale tale figura ha acquistato connotati diversi da quelli relativi dell'originario modello proprio degli ordinamenti anglosassoni (16).

I suddetti rilievi, infatti, si rivelano ancor più significativi se riferiti ad ordinamenti diversi da quelli che hanno dato origine all'istituto della *joint venture*, posto che la trasposizione di tale figura al di fuori dei sistemi giuridici anglosassoni è avvenuta mediante l'applicazione (o più

dall'Autore); D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, cit., 68; id., voce "joint venture" (*aspetti societari*), cit., 75 - 76; U. MORELLO, *Società atipiche...*, cit., 748.

216

(15) Così D. BONVICINI, *Le "joint ventures"...*, cit., 14.

(16) D'altra parte, come è già stato rilevato nel paragrafo 1, la locuzione "*joint venture*", in relazione ai riscontri emergenti dalla realtà economica, è stata sempre più frequentemente riferita ad accordi di collaborazione imprenditoriale di carattere internazionale ed in particolare alle ipotesi in cui imprese di Paesi ad economia sviluppata procedono, di regola mediante la collaborazione con imprese locali, ad investimenti di capitali e ad apporti di tecnologia in Paesi in via di sviluppo o ad economia di stato ovvero nei Paesi c.d. *post comunisti*.

Si vedano sul punto: A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture...*, cit., 1 in nota 1 nonché 109; id., *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 810 in nota 1; D. BONVICINI, *Le "joint ventures"...*, cit., 17 ss. e 75 ss.; F. BORTOLOTTI - R.M. MORRESI, voce "*joint ventures*", cit., 536, 538 e soprattutto 545 ss.

A titolo di esempio, secondo un rilevamento meramente empirico, si veda *Il Sole 24 Ore* del 27 gennaio 1996, in cui a pag. 10 si dà notizia della costituzione di una *joint venture corporation* paritetica fra l'Iveco e la Yuejin Motor al fine della produzione di veicoli industriali; *Il Sole 24 Ore* del 22 febbraio 1996, in cui, a pag. 27, si dà notizia della prossima conclusione di un accordo - presumibilmente - di *contractual joint venture* paritetica fra la Basf e la Shell Chemicals Europe al fine della costruzione di uno stabilimento comune diretto alla produzione di specifici prodotti chimici (stirene monomero ed ossido di propilene); *Il Sole 24 Ore* del 4 aprile 1996 in cui si dà notizia dell'inizio della commercializzazione della prima vettura prodotta dalla Nedcar, *joint venture corporation* costituita fra la Volvo, la Mitsubishi e lo Stato olandese; *Il Sole 24 Ore* del 7 aprile 1996 in cui si dà notizia di una *joint venture corporation* (Diavia Brasil Air Condicionado) costituita fra la Diavia (società italiana controllata dalla statunitense Delphi Harrison) e la Mc Quay do Brasil.

spesso mediante l'adattamento) di istituti simili, ma non esattamente coincidenti al modello originario (17).

Nell'attuale prassi commerciale, pertanto, l'espressione *joint venture* risulta sempre più frequentemente usata in senso atecnico, quale "formula d'uso (18)" idonea ad illustrare differenti forme di collaborazione industriale indipendentemente dal contenuto ad esse relativo, dagli scopi, dalle modalità di realizzazione, dai settori in cui sono destinate ad operare e dalla tipologia delle strutture giuridiche utilizzate (19).

La cooperazione, infatti, può avere un oggetto quanto mai vario, essendo generalmente finalizzata alla concentrazione ed all'integrazione di risorse differenziate e complementari (essa, pertanto, potrà riguardare la ricerca e lo sviluppo di nuove tecnologie, lo sfruttamento e la cessione delle stesse, la commercializzazione dei prodotti delle imprese partecipanti all'accordo, la reciproca utilizzazione delle strutture aziendali o anche la partecipazione congiunta alle gare d'appalto relative all'esecuzione di grandi opere civili) (20).

Ugualmente variabili, a seconda dei casi, potranno essere le modalità mediante le quali il rapporto di cooperazione può essere realizzato nonché, soprattutto, le strutture giuridiche a tal fine utilizzate.

Al riguardo, si deve osservare come la classificazione maggiormente significativa elaborata in merito alla figura della *joint venture* si basa sulla differente struttura giuridica da esse assunta e distingue fra *joint ventures corporations* (dette anche "corporated" o "incorporated" *joint ventures*) e "contractual" *joint ventures* (dette anche "uncorporated" o "unincorporated" *joint ventures*) (21).

21

(17) Cfr. U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, cit., 150 e C. VACCÀ, voce "joint venture (aspetti contrattuali)", cit., 56 - 57. Gli Autori osservano come nella sua trasposizione internazionale la figura della *joint venture* abbia assunto proprie specifiche caratteristiche diversificandosi totalmente dal modello statunitense da cui deriva.

(18) Così A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture...*, cit., 2; *id.*, *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 810.

(19) Cfr. sul punto F. BORTOLOTTI, R. M. MORRESI, voce "joint ventures", cit., 535 e 537; D. Corapi, *Le associazioni temporanee di imprese*, cit., 64; *id.*, voce "joint venture (aspetti societari)", cit., 74; U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali...*, cit., 153.

Vedasi anche F. BORTOLOTTI, *Joint venture: i vantaggi di una scelta*, in "Comm. int.", 1990, 710.

(20) Cfr., per una critica all'espressione "cooperazione tra imprese" giudicata eccessivamente generica, G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, Cedam, 1987, vol. I, 57.

(21) Su tale distinzione si veda A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, cit., 45; *id.*, *Il contratto internazionale di "joint venture"*, cit., 847 ss.; D. BONVICINI, *Le "joint ventu-*

Le prime si hanno quando la cooperazione tra imprese è realizzata mediante la costituzione di una società di capitali (denominata *joint venture* "corporation", "subsidiary", o "company") controllata congiuntamente dalle società *venturers* (le quali, sostanzialmente, assumono il ruolo di società "madri") (22).

L'ente societario, per altro, si pone semplicemente come lo strumento operativo dell'accordo di *joint venture* (23).

Il contratto di società, pertanto, non esaurisce mai la regolamentazione dell'accordo di *joint venture*, il cui contenuto è ulteriormente specificato in pattuizioni o clausole preliminari prevalenti rispetto allo stru-

res"..., cit., 75 e 181; F. BORTOLOTTI - R. M. MORRESI, voce "joint ventures", cit., 535 e 537; F. BORTOLOTTI, *Le joint ventures internazionali...*, cit., 277 ss.

Nella dottrina statunitense vedasi AA.VV., *Corporate Joint ventures in action*, 41 *Bus. Law* 285 (1959); R.P. BARLE, *Developments in Pattern of Corporate Joint Enterprises*, 14 *Bus. Law*, 309 (1959).

(22) A tale forma di *joint venture* sono riconducibili le c.d. "società (o imprese) miste", costituite da investitori stranieri con imprese locali, più frequentemente pubbliche, ma talvolta anche private, che spesso rappresentano l'unico strumento per effettuare investimenti nei Paesi in via di sviluppo o ad economia pianificata.

Nel nostro ordinamento la nozione di impresa mista è utilizzata all'interno della legge 26 febbraio 1987, n. 49 (Nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i Paesi in via di sviluppo) - resa esecutiva con il d.p.r. 12 aprile 1988, n. 177, allorché, all'art. 7 (che reca il titolo "Imprese miste in paesi in via di sviluppo"), si prevede la concessione di crediti agevolati ed il parziale finanziamento della quota di capitale di rischio alle imprese italiane che partecipino ad imprese miste da realizzarsi in Paesi in via di sviluppo con partecipazione di investitori, pubblici o privati, del Paese destinatario, nonché di altri Paesi.

All'interno di tale testo normativo, peraltro, il concetto di "impresa mista" appare riferibile anche alle *joint ventures* contrattuali.

Sul punto (ed in generale sulla legge n. 49 del 1987) si veda D. CORAPI - D. SARAVALLE, *Le joint ventures nella nuova disciplina della cooperazione italiana allo sviluppo*, cit., 15 ss. e specificamente 30 - 31; S.M. CARBONE, *Quota di capitale di rischio e disciplina applicabile alle imprese miste per l'attuazione di progetti industriali verso Paesi in via di sviluppo*, in "Riv. dir. int. priv. e proc.", 1988, 5; M.C. ANDRINI, *Associazioni temporanee di imprese*, cit., 1445; Vedasi anche S. CASSESE e C. FRANCHINI, *La nuova disciplina della cooperazione dell'Italia con i paesi in via di sviluppo: il quadro generale*, in "Dir. e società", 1989, 333; E. DEL CASALE, *La nuova disciplina della cooperazione allo sviluppo* in "Politica del diritto", 1989, 99.

(23) Così D. CORAPI, voce "joint venture" (aspetti societari), cit., 76.

Mediante la costituzione di una *joint venture corporation*, per altro, si concreta un'operazione economica più ampia di quella che consegue alla semplice creazione di una società figlia; l'accordo di *joint venture*, infatti, non si correla solamente all'effettuazione di un investimento diretto, ma prevede un complesso di pattuizioni volte a disciplinare i rapporti fra i singoli *venturers* (accordo "quadro" fra questi ultimi, accordi di fornitura, licenze di fabbricazione ecc.).

mento societario nelle quali sono precisati gli obiettivi economici perseguiti dai *venturers* (24).

Nell'accordo di *joint venture* sono inoltre precisate le modalità di attuazione dell'investimento, gli apporti degli azionisti, le attività la cui esecuzione è ad essi affidata pro quota, le clausole (da inserire nello statuto sociale) con le quali, sotto il profilo sostanziale è regolata la relazione personale e fiduciaria esistente fra gli associati.

Le *contractual joint ventures* (25), invece, corrispondono a fattispecie di tipo contrattuale alle quali non si correla la costituzione di un ente distinto rispetto ai "*co-venturers*" e dotato di autonoma personalità giuridica (26), di propri organi (27) e del beneficio della responsabilità limitata.

(24) D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese, cit.*, 10.

Tali obiettivi, come accennato, possono essere estremamente vari e possono consistere nella realizzazione di una vera e propria concentrazione parziale oppure nello svolgimento di compiti particolari interessanti le società "madri", come la ricerca e lo sviluppo di nuove attività produttive, la commercializzazione dei prodotti delle società partecipanti all'accordo, l'utilizzazione di brevetti e di *know-how* tecnologico o la cessione degli stessi, oppure ancora nello sfruttamento di risorse naturali. Così F. BORTOLOTTI - R. M. MORRESI, voce "*joint ventures, cit.*", 536.

(25) La *contractual joint venture* è stata definita come "un accordo contrattuale fra due o più parti per dividere sulla base pattuita le spese i profitti e le perdite di un'attività specifica determinata nel tempo e nello scopo" (B. WEST, *Thinking ahead: the jointly owned subsidiary*, in "Harvard Business Review", July-August 1951, 31) o anche come "un'associazione tra due o più soggetti fondata su un contratto che combina le loro disponibilità finanziarie, proprietà, conoscenze, mezzi, esperienze, tempo ed risorse nel perseguimento di un particolare progetto o di una particolare intrapresa, generalmente convenendo di dividere i profitti e le perdite e ciascuno detenendo un qualche grado di controllo sulla *venture*" (K. WILLINSTON, *A treatise on the law of contracts*, Mount Kisco, New York, 1959, Vol. II, cap. 13, 544).

È facile constatare come anche in questi casi le definizioni si caratterizzino per l'estrema genericità.

(26) Al riguardo, peraltro, occorre sottolineare che parte della dottrina anglosassone, e soprattutto britannica (si ricorda, al riguardo, che nell'ordinamento britannico la *joint venture* è una forma di *partnership*), evidenzia come nella pratica, al fine dell'instaurazione di un rapporto di *joint venture*, si ricorra anche all'utilizzazione di forme e strutture intermedie fra la società di capitale ed il rapporto meramente contrattuale, come ad esempio la *partnership* o le figure che, all'interno dei diversi ordinamenti, risultano a quest'ultima corrispondenti.

Ciò specialmente nei casi in cui la *joint venture* debba essere costituita in ordinamenti in cui è ammissibile la partecipazione di società di capitali in società di persone.

Cfr. sul punto T.M. BROWN, *International Joint Venture Contract in English Law, cit.*, 195.

(27) Anche le *contractual joint ventures*, tuttavia, presentano un minimo di organizzazione che consente di garantire il coordinamento dell'attività degli associati, di-

Al riguardo, soprattutto in riferimento ad ipotesi di cooperazione internazionale relative ad appalti aventi per oggetto la realizzazione di grandi opere civili, parte della dottrina (28) ha evidenziato come nella pratica contrattuale l'espressione *joint venture* sia sempre più frequentemente riferita a rapporti che prevedono la gestione contabile in forma congiunta dell'appalto mediante l'imputazione ad un unico centro di contabilità dei ricavi e dei costi sopportati per l'esecuzione delle relative obbligazioni, nonché la suddivisione del risultato finale (attivo o passivo che sia) secondo quote prefissate non necessariamente stabilite con riferimento ai lavori di fatto eseguiti dalle varie imprese (29).

Nella prassi contrattuale dinanzi indicata, peraltro, i caratteri che tradizionalmente sono riferiti alla *contractual joint venture* sono attribuiti ad una figura denominata "consorzio internazionale" (il quale, appunto, affinisce ai casi in cui le imprese cooperanti si assumono ciascuna la responsabilità relativa all'esecuzione di una parte dell'opera da eseguire, imputando a se stesse i ricavi ed i costi inerenti alle prestazioni eseguite e sopportando, di conseguenza, autonomamente il rischio economico connesso all'appalto) (30).

220

disciplina la distribuzione dei poteri e delle responsabilità tra di essi e provvede ad amministrare il fondo comune.

Normalmente, infatti, esiste un organo collegiale di coordinamento cui partecipano membri degli organi esecutivi delle imprese partecipanti.

(28) U. DRAETTA, *Il diritto dei contratti internazionali*, cit., 73 ss.; *id.*, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitario e del diritto internazionale comparato*, in AA.VV., "Il Geie", Atti del convegno di Roma del 12 ottobre 1989, 38; S.M. CARBONE - A. D'ANGELO, *Cooperazione tra imprese e appalto internazionale*, cit., 17 (vedasi anche nota 17); *id.*, *Contratti di cooperazione e la responsabilità delle imprese...*, cit., 403; C. VACCÀ, voce "joint venture" (aspetti contrattuali), cit., 60.

(29) Si è osservato, inoltre, come in tali fattispecie "anche quando le imprese stesse effettuano parte dei lavori, esse lo fanno come subcontraenti del gruppo di imprese cooperanti, cosicché il costo di tali lavori, cioè la remunerazione dell'impresa che li ha eseguiti, viene addebitato al centro contabile unico, e diventa quindi un costo per l'insieme delle imprese cooperanti. Il risultato, in questo caso è... che, a contratto eseguito, le imprese avranno tutte insieme guadagnato o tutte insieme perso; l'utile o la perdita si ripartiranno tra le stesse secondo le quote prefissate". Così U. Draetta, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitario e del diritto internazionale comparato*, cit., 38.

(30) La suddetta dottrina, per altro, riconosce come non sussista ancora univocità in merito all'utilizzazione delle differenti denominazioni appena indicate.

Vedasi U. DRAETTA, *Il regolamento GEIE nel quadro del diritto comunitario e del diritto internazionale comparato*, cit., 38.

3. LE JOINT VENTURES SOCIETARIE NELL'ORDINAMENTO POLACCO

Come è stato rilevato al prg. 1, la Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero del 14 giugno 1991 dispone che gli investitori esteri possono costituire società commerciali in Polonia autonomamente oppure unitamente a partner polacchi oppure ancora acquistare quote o partecipazioni azionarie in società polacche già esistenti.

Più precisamente detta legge prevede al 2° comma dell'art. 1, che i soggetti stranieri, ai fini dell'esercizio di un'attività di impresa, possono *esclusivamente* (31) creare o società a responsabilità limitata o società per azioni oppure acquisire o acquistare quote di partecipazione o azioni nelle società polacche già esistenti costituite nelle predette forme giuridiche. Tale disposizione si presta specificamente a regolare le fattispecie connesse alla costituzione in Polonia di una *joint venture* la quale, pertanto, ai sensi dell'ordinamento polacco deve avere natura societaria, vale a dire configurarsi come *joint venture corporation* costituita con partner locali (32) o, anche, con (ulteriori) partner stranieri.

L'art. 3 della legge dinanzi citata stabilisce inoltre, come regola generale, che, ad eccezione delle deroghe dalla legge medesima previste, alle società a partecipazione straniera si applicano le disposizioni del Codice commerciale (emanato con Decreto del Presidente della Repubblica del 27 giugno 1934 ed emendato ed integrato dal Codice Civile introdotto dalla legge 23 aprile 1964, entrato in vigore il 1° gennaio 1965, rispetto al quale le disposizioni contenute nel Codice Commerciale hanno carattere di norme particolari) (33).

22

(31) Sussiste peraltro la possibilità di costituire una *contractual joint venture* ricorrendo all'utilizzazione degli schemi contrattuali ritenuti dalle parti più opportuni rispetto alla fattispecie di collaborazione economica ed imprenditoriale che essi intendono perseguire.

Vedasi al riguardo J. RAJSKY, *Legal Problems Relating to the East-West Joint Ventures*, cit., 539 ss., il quale delinea anche l'eventualità del ricorso all'utilizzazione dello schema della *civil law partnership* o della *commercial law partnership*, la prima disciplinata dal Codice civile, la seconda dal Codice commerciale (l'Autore, tuttavia, sottolinea come già la Legge sulle società partecipazione straniera del 23 aprile 1986 non consentisse agli stranieri il ricorso alla forma della "general partnership". Vedasi pag. 546 del contributo dinanzi citato).

(32) I *partner* polacchi possono ormai essere società di diritto privato polacco costituite in seguito al processo di privatizzazione.

È tuttavia ancora possibile la costituzione di *joint ventures* fra imprese private e imprese pubbliche appartenenti allo Stato o ad enti statali (per indicare tale fattispecie, negli anni passati, era frequentemente utilizzata l'espressione "società mista").

(33) Sul codice commerciale polacco e sugli emendamenti e sulle integrazioni ad esso apportate si veda C. BRZEZINKI, *The EC-Poland Association Agreement: Harmoni-*

Detto codice, pertanto, unitamente al Codice Civile (ed alle norme contenute nelle Disposizioni preliminari al Codice Civile), regola la costituzione, il funzionamento e la liquidazione delle persone giuridiche (34).

Di conseguenza, poiché come è stato ripetutamente evidenziato, i soggetti stranieri possono operare in Polonia solo mediante società a responsabilità limitata (Sp.zo.o.) e società per azioni (S.A.), la costituzione di un rapporto di *joint venture* (35) in Polonia deve avvenire nella forma

zation of an Aspiring Member States Company Law, in "Harvard International Law Journal", 1993, 107 ss.; A. TOMASZEK-R. POPLAWKY, *Sources of Polish Business Law*, cit., 360.

Cfr. inoltre J. RAJSKI, *The Commercial Laws of Poland*, cit.; S. SOLTYSINSKI - A. SZAYKOWSKI - J. SZWAJH, *Code de Commerce polonais*, Commentaire, t.1, Munich, Ed. C.H. BECK, 1994; G.F. BORIO, *Gli investimenti italiani nell'est europeo*, cit., 26.

Vedasi anche, in una prospettiva più ampia, P.H. RUBIN, *Growing a Legal System in the Post Communist Economies*, in "Cornell International Law Journal", 1994, n. 1, 1 ss., spec. 26.

(34) In merito alle conseguenze delle violazioni alle disposizioni afferenti alla costituzione ed alla gestione delle *joint ventures* in Polonia si veda: J. REDO-S. REDO, *Making the Debtor Pay: Financial Liability and Claims in the Polish Law*, in "International Business Lawyer", 1993, 521.

(35) Sulle *joint ventures* nel diritto polacco si vedano F. GIULIANI, *Joint ventures societarie in Polonia*, cit., 318 ss.; *id.*, *Profili comparatistici in tema di joint ventures nei Paesi ad "economia pianificata"*, in "Giur. comm.", 1991, 1208-1209; M. BARBIER, *Joint Ventures in Poland*, in "International Business Lawyer", 1994, 206; G. GHERSINA, *Aspetti fiscali del mercato Polonia*, in "Quaderni europei", 1994, 56; D. MONACO, *Le joint ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, cit., 393.

In una prospettiva più ampia e di natura civilistica si veda A.L. MALATESTA, *Rapporti fra fonti normative negli accordi di joint venture con particolare riferimento ai Paesi europei (già) socialisti*, in "Riv. dir. internaz. priv. e proc.", 1991, 925.

Sul regime previgente rispetto alla legge sulle società a capitale straniero del 1991 si vedano TIEFEMBAUM, *Joint Ventures in the USSR, Eastern Europe and the Peoples Republic of China as of December 1989*, in "New York Un. Journal Int. Law and Pol.", 1989, 667 ss.; J. RAJSKI, *Legal Problems Relating to the East-West Joint Ventures (Polish Law and Practice)*, in "Dir. comm. int.", 1989, 533; Z.M. SLUPINSKY, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, cit., 401 ss.; L. MIGLIORINO, *Le leggi degli Stati socialisti sulle joint ventures: aspetti di diritto internazionale privato e processuale*, in "Riv. dir. internaz. priv. e proc.", 1990, 599 e 600; AA.VV., *Eastern Bloc Joint Ventures*, London, Winter, 1990; AA.VV., *Joint Ventures in Eastern Europe*, London, Herlach Barale, 1990.

Cfr. anche in chiave economica, N. KOCHAN, *Rough Ride Ahead as Poland Starts to Pay Off Its Debts*, in "Multinational Business", n. 4, 1992-93, 45.

Più in generale sulla legge sulle privatizzazioni 13 luglio 1990, n. 51 e sul processo di privatizzazione iniziato in Polonia alla fine degli anni '80 si vedano R. FRYDMAN-A. RAPACZYNSKI-J.S. EARLE, *The Privatization Process in Central Europe*, Budapest-London-New York, Ceu Press, 1990, 148; Z.M. SLUPINSKY, *Poland: Law on Privatization of State-Owned Enterprises*, in "ILM", 1990, 1226; *id.*, *Summary of Joint Venture Legislation in Poland*, cit., 403 ss.; J. RAYSKY, *Privatisation of State-Owned Enterprises in Poland: New Opportunities for Foreign Investment*, in *International Business Law Journal*,

di *joint venture* societaria utilizzando le forme societarie appena indicate (36).

3.1. La società a responsabilità limitata (Sp. zo.o.)

La società a responsabilità limitata è disciplinata dagli artt. 158-306 del Codice commerciale.

Si tratta di una società di capitali munita, in quanto tale, di personalità giuridica, in forza della quale sussiste la sua diretta responsabilità, nei limiti del proprio patrimonio, per le obbligazioni sociali.

Detta società può essere costituita da una o più persone.

Per la sua costituzione si richiede il versamento di un capitale sociale di avviamento minimo di 4.000 Plz.

Il capitale sociale è diviso in quote con un valore di 50 Plz. ciascuna. I conferimenti del *partner* estero possono essere in denaro o in natu-

n. 2, 1991, 213 ss; J. RAYSKY, *Quelques aspects juridiques du passage de l'économie d'état planifiée à l'économie de marché en Pologne*, in "Revue internationale de droit comparé", 1991, 119; C. BANASINKI, *Regional Development (Poland)*, cit., 243; R.L. DRAKE, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, cit., 522 ss.; Z.M. CZARNY, *Privatisation of State Industries in Poland*, cit., 151 ss.; AA.VV., *Le droit aux transformations économiques en Pologne et en France* (Actes du colloque organisé à Varsovie, 1990) coll. "Publications de la Faculté de droit et de sciences sociales de Poitiers", t. 22, Paris, P.U.F, 1992; T.D. HERMAN-L.M. LEVY, *Doing Business in Central & Eastern Europe: Recent Developments*, in "International Business Lawyer", 1992, n. 4, 187; AA.VV. (Parker School of Foreign and Comparative Law - Columbia University), *Privatization in Eastern Europe: Legal, Economic, and Social Aspects*, New York - Dordrecht, Transnational Juris Martinus Nijhoff, 1993, 177 ss.; W.K. SIEVERS - K.BUSCHARDT PISARCZYK, *Privatisation in Poland*, in "International Company and Commercial Law", 1994, 128; *id.*, *Setting Up a Business in Poland*, in "International Company and Commercial Law", 1995, Supplement, ii.

Per un'analisi condotta in una prospettiva prevalentemente economica si veda: J. RATO, *Ownership Transformations in Poland: Implications for Foreign Investors*, in "INTERNATIONAL BUSINESS LAWYER", 1994, 307.

Cfr. anche G.F. BORIO, *Gli investimenti italiani nell'est europeo*, in "Studi e note di economia", cit., 28.

(36) Sul regime di diritto commerciale polacco della società a responsabilità limitata e della società per azioni vedasi specificamente: J. RAJSKY, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, cit., 536 ss.; R.L. DRAKE, *Legal Aspects of Financing in Czechoslovakia, Hungary and Poland*, cit., 522 ss.; A. TOMASZEK-R. POPLAWKY, *Sources of Polish Business Law*, cit., 360; T.J. KWIECINKI, *General Introduction to Polish Commercial Law: Types of Business Organisations*, in "COMPANY AND COMMERCIAL LAW REVIEW", 1995, 99; W.K. SIEVERS - K. BUSCHARDT PISARCZYK, *Setting Up a Business in Poland*, cit., i; D. MONACO, *Le joint-ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, cit., 405 ss.

ra, vale a dire essere costituiti, ad esempio, dal conferimento di macchinari, attrezzature o *know - how*.

A norma dell'art. 160 del Codice commerciale, la costituzione di siffatta società richiede la redazione dell'atto costitutivo e dello statuto (che ai sensi dell'art. 162 Cod. comm. deve avvenire nella forma di atto pubblico a pena di nullità), la sottoscrizione ed il versamento integrale del capitale sociale, la definizione della struttura societaria e della direzione (vale a dire la costituzione degli organi sociali), l'iscrizione del Registro delle imprese del Tribunale commerciale competente a livello territoriale, la richiesta del numero statistico (REGON) all'Ufficio di statistica (GUS).

Specificamente, ai fini della registrazione della società a responsabilità limitata sono richiesti i seguenti documenti:

a) l'atto costitutivo;

b) la dichiarazione di tutti i consiglieri che gli apporti pecuniari sono stati versati e che gli apporti non pecuniari saranno sicuramente trasferiti alla società al momento della sua registrazione;

c) l'elenco dei soci sottoscritta dal consiglio di amministrazione con indicazione della denominazione sociale e dell'entità dei singoli apporti;

d) l'attestazione della costituzione degli organi sociali con i nominativi dei loro componenti, nel caso in cui la costituzione di tali organi non sia già attestata nell'atto costitutivo o nel contratto di società.

L'adempimento di tali formalità condiziona la possibilità di operare legalmente; la registrazione, infatti, ha carattere costitutivo e pertanto la società sorge, acquista autonoma personalità giuridica e può iniziare ad operare solo dal momento della sua registrazione.

Il regime della proprietà delle quote è molto simile a quello italiano; è possibile, tra l'altro, l'inserimento nello statuto sociale di clausole volte a limitare la libertà contrattuale relativa alla cessione delle quote sociali, attribuendo un diritto di prelazione sull'acquisto di queste ultime ai soci preesistenti.

È prevista la possibilità che la società a responsabilità limitata deliberi l'effettuazione di "versamenti supplementari", che si configurano come una forma di credito da parte dei soci, allo scopo di aumentare il capitale e compensare perdite di bilancio.

Qualora queste ultime vengano meno, i versamenti possono essere restituiti.

Gli organi della società a responsabilità limitata sono:

a) l'Assemblea generale dei soci, che delibera sulle questioni di maggior rilievo per la vita della società, ovvero, fra le altre:

- sulle modifiche dello statuto;
- sull'aumento o sulla diminuzione del capitale sociale;
- sulla nomina dei componenti del Consiglio di Amministrazione ed degli altri organi se costituiti;
- sull'approvazione del bilancio;
- sulla ripartizione degli utili.

Al riguardo, l'art. 205 del Codice commerciale prevede che ogni socio ha un diritto di ispezione presso la società, il cui esercizio comporta la facoltà di consultare i libri contabili ed i documenti della società, di redigere un bilancio per propri fini e di chiedere spiegazioni al Consiglio di Amministrazione.

b) il Consiglio di amministrazione, formato da uno o più membri, che non devono necessariamente essere soci della società, nominati dall'Assemblea Generale.

L'amministrazione della società può essere affidata ad una sola persona (amministratore unico) o a più persone che rappresentano la società.

Le attribuzioni e le responsabilità degli amministratori sono lasciate alla disponibilità delle parti e quindi alla disciplina dallo Statuto sociale.

c) il Collegio sindacale, il quale, a norma dell'art. 208 del Codice Commerciale, deve essere composto da almeno tre componenti nominati dall'Assemblea generale, salvo diverse statuizioni da parte dell'atto costitutivo.

L'art. 209 del Codice commerciale fissa la durata della carica di sindaco in un anno, salvo che l'atto costitutivo stabilisca diversamente.

A norma dell'art. 212 del Codice commerciale il Collegio sindacale vigila sull'attività della società. L'atto costitutivo, tuttavia, può attribuire al Collegio sindacale poteri particolarmente ampi, stabilendo che il Consiglio di Amministrazione, prima di deliberare su particolari materie previste dall'atto costitutivo medesimo, sia autorizzato dal Collegio sindacale.

Il successivo art. 213 cod. comm., inoltre, può delegare al Collegio Sindacale il potere di sospendere uno o più componenti del Consiglio di Amministrazione.

d) la Commissione di revisione, la quale, ai sensi dell'art. 210 Cod. comm., deve essere composta da almeno tre componenti nominati e revocati con le stesse modalità dei componenti del Collegio sindacale.

La Commissione di revisione deve provvedere al controllo del bilancio, informando successivamente l'Assemblea generale dei risultati dei propri riscontri.

L'atto costitutivo può prevedere l'istituzione del Collegio sindacale o della Commissione di revisione o di entrambi.

Tuttavia, nelle società con un capitale sociale superiore a Plz 25.000 e con più di 50 dipendenti l'istituzione di almeno uno dei suddetti organi è obbligatoria.

Peraltro, a norma dell'art. 206 Cod. comm., nel caso in cui l'atto costitutivo preveda l'istituzione o del Collegio sindacale o della Commissione di revisione, può essere escluso il diritto di ispezione attribuito ai singoli soci.

Per espressa disposizione normativa, comunque, la disciplina contenuta nello Statuto sociale può essere integrata, per quanto da quest'ultima non espressamente regolato, dalle norme del Codice Commerciale.

Si segnala, al riguardo, come detto codice preveda che, in assenza di clausole derogatorie contenute nello Statuto sociale, la rappresentanza della società si correla alla sottoscrizione congiunta di due membri della direzione o di un membro della Direzione e di un procuratore.

La responsabilità dei soci per le obbligazioni sociali è limitata all'ammontare del capitale versato, con la sola eccezione dei debiti fiscali.

I soci, infatti, sono personalmente responsabili di tutti i debiti fiscali della società in proporzione alle quote di partecipazione agli utili.

3.2. La società per azioni (S.A.)

La società per azioni è disciplinata dal Codice commerciale agli articoli da 307 a 497 (37).

Anche la società per azioni, quale società di capitali, è dotata di personalità giuridica e risponde pertanto delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio.

Le formalità che presiedono la costituzione di detta forma societaria coincidono sostanzialmente con quelle previste per la società a responsabilità limitata.

Per la costituzione di una società per azioni è necessaria la presenza almeno di tre soci, a meno che uno di questi non sia lo Stato.

Lo statuto sociale, redatto in forma di atto notarile a pena di nullità, deve contenere, fra l'altro, il nome e la sede della società, la ragione sociale, la durata della stessa se limitata, il capitale iniziale, il tipo di azioni, gli organi sociali.

Ai fini della registrazione della società, pertanto, occorre che siano presentati i seguenti documenti:

(37) Cfr. J. RAJSKY, *The New Legal Framework of the Economic Activity of Foreigners in Poland*, cit., 538 ss.

a) atto costitutivo o comunque i documenti relativi alla costituzione della società e alla sottoscrizione delle azioni;

b) lo statuto della società;

c) la dichiarazione del Consiglio di Amministrazione che tutti i contributi previsti dallo statuto per l'acquisto delle azioni sottoscritte sono stati versati e che gli apporti non pecuniari, ovvero in natura, sono stati trasferiti alla società al momento della sua registrazione;

d) l'attestato di costituzione degli organi sociali con l'indicazione dei nominativi dei loro componenti;

e) l'attestato di autorizzazione ed approvazione dello statuto da parte dell'organo competente, qualora ciò sia richiesto per la costituzione della società (art. 331 Cod. comm.).

Analogamente alla società a responsabilità limitata, la società per azioni acquista la personalità giuridica con l'iscrizione nel registro delle imprese (art. 335 Cod. comm.).

La costituzione di una società per azioni richiede il versamento di un capitale sociale minimo di Plz 100.000 (art. 311 Cod. comm.).

È previsto, peraltro, che il capitale sociale sia versato almeno per il 25% prima dell'iscrizione nel registro delle imprese.

Il valore nominale delle azioni non può essere inferiore a Plz.1 (art. 340 Cod. comm.).

Ai sensi dell'art. 345 Cod. comm., le azioni possono essere nominative o al portatore (38).

Anche per le società per azioni i conferimenti del *partner* estero possono essere in denaro o in natura; in quest'ultimo caso, però, il valore dei conferimenti deve essere certificato da un *auditor* espressamente incaricato dall'ente presso cui la società è registrata.

Gli organi sociali della società per azioni sono:

a) l'Assemblea degli azionisti, le cui competenze coincidono sostanzialmente con quelle esaminate nel paragrafo precedente a proposito della società a responsabilità limitata;

(38) È peraltro prevista la possibilità di emettere azioni privilegiate con specifici diritti precisati all'interno dello Statuto.

Tali diritti, ai sensi dell'art. 357 Cod. comm., possono riguardare il diritto di voto, i dividendi, la divisione del patrimonio della società in caso di liquidazione della stessa.

Inoltre, le azioni emesse per i conferimenti in natura devono essere liberate prima della registrazione della società, mentre le azioni emesse a fronte di conferimenti in denaro devono essere liberate per almeno un quarto del loro valore nominale (art. 311 Cod. comm.).

Sul punto vedasi D. Monaco, *Le joint ventures nella Repubblica Ceca, nella Repubblica Slovacca, Polonia e Ungheria*, cit., 407 ss.

b) il Consiglio di Amministrazione il quale rappresenta la società verso i terzi e può essere composto da uno o più membri non necessariamente scelti fra gli azionisti. I membri del Consiglio di Amministrazione sono nominati dall'Assemblea generale, salvo che lo statuto non preveda diversamente (art. 336 Cod. comm.);

c) il Collegio sindacale, il quale è nominato dall'Assemblea degli azionisti ed è composto da almeno 5 membri.

Le attribuzioni del Collegio sindacale consistono nel controllo del generale andamento della gestione sociale, nella verifica della regolare tenuta della contabilità sociale e della rispondenza del bilancio e del conto profitti e perdite alle risultanze delle scritture contabili.

Al Collegio sindacale, a norma dell'art. 383 Cod. comm., può anche essere attribuito il diritto di sospendere uno o più componenti del Consiglio di Amministrazione dal loro incarico, con avocazione temporanea al Collegio sindacale medesimo delle funzioni dei consiglieri d'amministrazione sospesi.

Inoltre, ai sensi dell'art. 384 Cod. comm., lo statuto sociale può estendere i poteri del Collegio sindacale prevedendo che per determinate funzioni ed attività del Consiglio di Amministrazione siano subordinate all'autorizzazione del Collegio medesimo.

d) la Commissione di revisione, la quale è nominata dall'Assemblea degli azionisti ed è composta da almeno cinque membri.

Alla Commissione è attribuito il compito di esaminare il bilancio sociale e è possibile che la Commissione sia obbligata a presentare all'Assemblea degli azionisti un rapporto relativo all'esito delle proprie verifiche.

Le società per azioni, con capitale sociale superiore a Pzl. 500.000, devono costituire il Collegio sindacale o la Commissione di revisione o, a discrezione, entrambi.

A norma dell'art. 385 Cod. comm., nel caso in cui la società non abbia costituito il Collegio sindacale è possibile che l'atto costitutivo attribuisca alla Commissione di revisione poteri maggiori rispetto a quelli usuali, prevedendo espressamente che essa eserciti un controllo permanente sulla gestione sociale.

3.3. Attività soggette ad autorizzazione

L'attività delle società commerciali in Polonia, oltre che dal Codice commerciale e da quello civile, è regolata dalla Legge sull'attività economica del 23 dicembre 1988.

Detta legge disciplina ogni attività economica non regolata da norme particolari.

Soggetto economico, ai sensi della legge in esame, è ogni persona fisica, giuridica o unità organizzativa senza personalità giuridica che esercita un'attività produttiva, edile, commerciale o presta servizi a scopo di lucro e per conto proprio.

L'attività economica inizia al momento in cui una persona fisica o un soggetto senza personalità giuridica presenta la relativa comunicazione al competente organo dell'amministrazione pubblica.

Determinate attività (si pensi, ad esempio, alle attività estrattive, a quelle di produzione di alcoolici, tabacchi, a quelle di costruzione di grandi infrastrutture per il trasporto) richiedono peraltro l'attribuzione di una specifica concessione rilasciata dagli organi superiori dell'Amministrazione pubblica competenti per settore.

La concessione è rilasciata a tempo indeterminato ed il suo esercizio è controllato dall'organo emittente.

In particolare, per quanto concerne le attività che consistono o che implicano operazioni di import-export, bisogna fare riferimento al decreto del Ministero della cooperazione economica con l'estero del 29 novembre 1991.

Nell'ordinamento polacco peraltro, accanto alla legge sull'attività economica, sussistono altre norme che rendono obbligatorio il possesso di licenza per condurre attività economiche in specifici settori (ad esempio, il settore assicurativo, quello bancario, quello della produzione di farmaci) (39).

229

4. REGIME FISCALE

Per quanto attiene al regime tributario applicabile ad una *joint venture* societaria occorre innanzi tutto rilevare come il quadro dei tributi ai quali è assoggettata una società operante in Polonia comprende imposte amministrative a livello centrale ed imposte amministrative a livello locale (40).

Sotto il profilo formale, peraltro, occorre rilevare come le imprese di nuova costituzione debbano registrarsi presso gli Uffici delle imposte locali entro 30 giorni dall'avvio dell'attività economica.

(39) In relazione alle attività soggette a concessione o a licenza cfr. quanto riportato alla nota n. 3.

(40) Sulla riforma fiscale intervenuta in Polonia all'inizio degli anni '90 vedasi B. Brzezinski - G. Stefani, *Prospettive della tassazione del reddito nella nuova Polonia*, in *Boll. trib.*, 1991, 421 ss.

Cfr. inoltre M.C. Ciarchi-G.P. Giannini, *Polonia: una "guida" alla tassazione*, in *Comm. int.*, 1991, 231.

Di seguito sono analizzate le principali imposte statali e locali la cui applicazione risulta direttamente connessa all'esercizio di un'attività d'impresa propria di una *joint venture* (41).

4.1. L'imposta sul reddito delle persone giuridiche

L'imposta sul reddito delle persone giuridiche è stata introdotta con la legge del 15 febbraio 1992 (i cui effetti sono stati estesi con efficacia retroattiva al 1° gennaio 1992) e da allora è stata emendata numerose volte.

4.1.1. Soggetti passivi

Sono soggetti all'imposta le imprese statali, le cooperative e tutte società munite di personalità giuridica (42) ivi incluse le società con partecipazione straniera, le fondazioni e le associazioni (43).

Le imprese residenti (ovvero secondo il testo letterale polacco "le imprese che sono domiciliate o posseggono le sede direttiva nel territorio del-

(41) Sulla responsabilità per il pagamento dei tributi dovuti, con specifico riferimento ai soci di una sp.z.o.o., si veda J. Redo - S. Redo, *Making the Debtor Pay: Financial Liability and Claims in the Polish Law*, cit., 522.

Si segnala che, in correlazione della riforma evidenziata nel contributo dinanzi citato, nell'ordinamento polacco i soci di una società a responsabilità limitata sono pienamente responsabili per le obbligazioni sorte prima del 1° gennaio 1998 e relative al pagamento di tributi.

La responsabilità dei soci è di natura solidale con quella della società ed è proporzionale alle rispettive quote di partecipazione agli utili.

Dal 1° gennaio 1998 i soci di una società a responsabilità limitata non sono più responsabili per i tributi dovuti da detta società successivamente a tale data.

Nel vigente ordinamento detta responsabilità è posta a carico degli amministratori.

Per non incorrere in tale responsabilità gli amministratori devono provare di aver provveduto a richiedere a tempo dovuto il fallimento o la "ristrutturazione" della società.

Alla responsabilità di natura civilistica (vale a dire patrimoniale) si affianca peraltro una responsabilità di natura penale.

(42) A norma dell'art. 5, invece, i redditi derivanti dalla partecipazione in una società che non sia persona giuridica sono assoggettati ad imposizione individualmente per ogni socio in rapporto alla sua partecipazione.

(43) A seguito delle modificazioni apportate dalla Legge del 15 ottobre 1995 sono assoggettati all'imposta sul reddito delle persone giuridiche anche gruppi denominati "gruppi dei capitali soggetti all'imposta" composti da "almeno due società di diritto commerciale aventi personalità giuridica che mantengono un collegamento di capitale".

la Repubblica di Polonia") sono soggette all'imposta in base al *worldwide principle* (art. 3, 1° comma), mentre le imprese non residenti (vale a dire quelle che, ai sensi del 2° comma dell'articolo dinanzi citato, non sono "domiciliate né posseggono la sede direttiva nel territorio della Repubblica di Polonia"), in applicazione del principio di territorialità, sono assoggettate all'imposta solo sui redditi prodotti in Polonia (art. 3, 2° comma).

Una società è quindi considerata residente se ha la propria sede o il proprio centro direttivo in Polonia.

La legge del 1992, peraltro, non precisa gli estremi giuridici dei criteri di collegamento a cui è subordinata l'attribuzione della residenza fiscale in Polonia.

Al riguardo, occorre fare riferimento alla normativa contenuta nel codice di diritto civile ed in quello di diritto commerciale, in base alla quale il luogo di residenza di una società è costituito dal luogo in cui ha sede l'organo di amministrazione dell'impresa ovvero dal luogo in cui, in base all'atto costitutivo, ha sede la direzione dell'impresa o ancora dal luogo in cui si riunisce il Consiglio di Amministrazione.

Se si considera che una *joint venture* societaria costituita in Polonia tra un soggetto straniero ed un'impresa di diritto polacco ha in Polonia la sede degli organi di amministrazione o della direzione dell'impresa e che inoltre detta società è qualificata dal diritto polacco come società a partecipazione di capitale straniero, appare evidente come detta *joint venture*, a livello tributario, debba essere considerata come società fiscalmente residente in Polonia, assoggettata, in quanto tale, alla normativa tributaria prevista per i soggetti residenti, salvo l'applicazione di specifiche disposizioni agevolative (vedasi al riguardo il prg. 4.1.11).

231

4.1.2. La determinazione della base imponibile. Principi generali. I ricavi

La base imponibile dell'imposta è costituita dal reddito netto risultante dalla dichiarazione annuale e determinato secondo la vigente normativa tributaria (artt. 18 e segg. della legge 15 febbraio 1992).

I pagamenti in natura per beni o servizi sono inclusi nella base imponibile e la loro valutazione avviene sulla base del valore normale.

I ricavi sono imponibili in base al principio di competenza, mentre gli interessi sono soggetti al principio di cassa.

Le perdite possono essere dedotte (vale a dire "riportate in avanti") dall'imponibile relativo nell'anno in cui si sono verificate e, in caso di eccedenza sugli utili, a partire dal 1999, nei successivi tre periodi d'imposta.

La deduzione di una perdita che può essere compensato in un periodo d'imposta non può comunque eccedere il 50% dell'ammontare totale della perdita.

Siffatta disciplina, che si applica alle perdite verificatesi a partire dal 1999, permette al contribuente di scegliere i periodi d'imposta in cui una perdita può essere compensata e l'ammontare di detta compensazione.

Inoltre, le perdite di enti trasformati, oppure oggetto di fusioni o scissioni, oppure ancora di imprese statali vendute o comunque oggetto di privatizzazione non possono essere utilizzate dagli enti scaturiti da dette operazioni, a meno che si tratti di perdite di enti trasformati in società a responsabilità limitata o in società per azioni secondo le disposizioni del codice commerciale.

Tutti i redditi sono imponibili a meno che non fruiscono di un'apposita norma di esenzione.

Specificamente, sono esenti dall'imposta, fra l'altro (44):

- i dividendi ricevuti da una società residente a condizione che siano reinvestiti nell'acquisto di azioni;
- i redditi da attività agricola ad eccezione di quelli derivanti da coltivazioni specializzate;
- i redditi derivanti dalla silvicoltura;
- i redditi derivanti da attività scientifiche, educative, culturali, sportive, di protezione ambientale, religiose, politiche, di assistenza sociale e di beneficenza;
- i redditi derivanti dalla vendita di terreni agricoli o forestali;
- i redditi derivanti da attività internazionali ed esenti in base ad accordi internazionali;
- i redditi delle scuole private;
- i redditi dei partiti politici, dei sindacati delle organizzazioni dei datori di lavoro operanti ai sensi delle disposizioni specifiche nella parte spesa nel periodo d'imposta oggetto di imposizione o in quello seguente in conformità agli scopi istituzionali;
- i redditi derivanti da attività esercitate con l'impiego di personale portatore di handicap in base alla legge sulle persone disabili;
- le somme corrisposte a titolo di risarcimento e di indennizzo;
- le contribuzioni dei loro membri
- le indennità di espropriazione;
- i sussidi statali.
- il reddito di associazioni religiose derivanti da attività non economiche;
- il reddito di cooperative edili per la parte distribuita conformemente agli scopi statuari ma ad eccezione del reddito derivante da attività economiche;

(44) Vedasi al riguardo in primo luogo l'art. 17 della legge che disciplina l'imposta sul reddito delle persone giuridiche.

- il reddito dei fondi di investimento nazionali costituiti ai sensi della legge del 30 aprile 1993 sui Fondi di Investimento nazionali e la loro privatizzazione provenienti da investimenti mobiliari afferenti a persone giuridiche la sede statutaria in Polonia;

- il reddito proveniente dalla vendita di azioni commerciate pubblicamente mediante enti giuridici non residenti

4.1.3. (segue) *La determinazione della base imponibile. I costi*

In generale, tutti i costi sostenuti per la produzione del reddito possono essere dedotti se non è previsto altrimenti dalla legge. La legge prevede inoltre speciali deduzioni dalla base imponibile che includono:

- a) l'ammortamento;
- b) il valore a bilancio di beni strumentali distrutti e non interamente ammortizzati;
- c) i danni subiti da beni strumentali per la parte non coperta da assicurazione;
- d) le spese per ricerca e sviluppo;
- e) le *royalties* pagate in relazione a contratti di licenza di marchi, brevetti e *know-how* in genere;
- f) gli interessi pagati ad eccezione degli interessi sulle imposte dovute;
- g) i canoni demaniali ed i contributi sociali;
- h) le spese sopportate dai datori di lavoro indirettamente a vantaggio dei propri dipendenti;
- i) le perdite degli esercizi precedenti;
- l) gli accantonamenti per crediti inesigibili;
- m) le quote associative;
- n) le perdite su cambi.

Alcune spese sono deducibili solo nella misura espressamente prevista dalla legge. Tra queste ultime rientrano:

- a) i contributi sociali e quelli per l'edilizia popolare;
- b) le donazioni per scopi scientifici, tecnologici, educativi, religiosi, sportivi, ambientali e civici deducibili fino al 15% della base imponibile;
- c) le spese di rappresentanza e quelle pubblicitarie sino ad un massimo dello 0,25% della base imponibile (ad esclusione di quelle relative all'utilizzo dei mass media).

Le perdite possono essere dedotte dall'imponibile relativo ai successivi cinque periodi d'imposta in cui si sono verificate.

4.1.4. (segue) *La determinazione della base imponibile. L'ammortamento*

Le quote di ammortamento dei beni strumentali sono deducibili dalla base imponibile nella percentuale prevista in apposite tabelle approvate per legge.

Il tasso di ammortamento è compreso fra l'1,5% ed il 50%.

La legge si basa su quote di ammortamento costanti.

In determinati casi, tuttavia, è possibile avvalersi di quote di ammortamento accelerato e di ammortamento scalare

4.1.5. (segue) *La determinazione della base imponibile. La valutazione delle rimanenze*

La valutazione delle rimanenze può essere effettuata sia in base al suo costo storico documentale, sia in base al suo valore di mercato: il valore di mercato può tuttavia essere più basso del costo di acquisizione o di produzione.

La legge consente di seguire diversi metodi di valutazione delle rimanenze (costo standard, costo medio, LIFO, FIFO) a condizione tuttavia che il metodo utilizzato non vari nel tempo.

234 Tutti i beni e le obbligazioni in valuta devono essere convertite in Zloty al tasso ufficiale della Banca Nazionale Polacca.

4.1.6. (segue) *La determinazione della base imponibile. Gli accantonamenti*

La legge prevede alcuni accantonamenti obbligatori ed inoltre accantonamenti per rischi su crediti.

4.1.7. *Aliquota e periodo d'imposta*

L'aliquota applicabile dal 1° gennaio 1999 è pari al 34% del reddito imponibile.

La legge che disciplina l'imposta sul reddito delle persone giuridiche prevede inoltre che detta aliquota sia ridotta al 32% nel 2000.

Il periodo d'imposta cui commisurare il reddito coincide come regola generale all'anno solare, a meno che non sia diversamente previsto all'interno dello statuto sociale e ciò sia comunicato in via ufficiale all'Amministrazione finanziaria.

4.1.8. *Le ritenute*

I dividendi, le *royalties*, gli interessi sono soggetti ad una ritenuta del

20% sia che i proventi siano percepiti da soggetti residenti sia che i proventi siano percepiti da soggetti non residenti.

La ritenuta subita dai soggetti residenti è a titolo d'acconto, quella relativa ai soggetti non residenti a titolo d'imposta.

La suddetta disciplina relativa ai soggetti non residenti è ovviamente derogata qualora sussistano delle convenzioni contro la doppia imposizione.

4.1.9. L'imposizione dei soggetti non residenti

In merito all'imposizione in Polonia dei soggetti non residenti (45), occorre in primo luogo ribadire come questi ultimi siano assoggettati ad imposizione solo in relazione ai redditi percepiti nel territorio dello Stato polacco.

Si è peraltro rilevato al prg. 4.1.1 che, a livello tributario, una *joint venture* societaria costituita in Polonia tra un soggetto straniero ed un'impresa di diritto polacco deve essere considerata come società fiscalmente residente in Polonia.

Pertanto, nella prospettiva dell'individuazione del trattamento fiscale di una *joint venture*, la normativa afferente all'imposizione dei non residenti assume rilievo non in relazione all'imposizione della struttura societaria in cui si concreta la *joint venture* (che è qualificata come soggetto residente), ma dei redditi che il *partner* estero di quest'ultima percepisce eventualmente dopo che il reddito prodotto dalla società è già stato assoggettato all'ordinaria imposizione prevista per i soggetti residenti.

Al riguardo, riprendendo in parte le considerazioni svolte al paragrafo precedente, occorre rilevare come, in assenza di normativa convenzionale, l'ordinamento tributario polacco prevede l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta nei confronti dei seguenti redditi percepiti da non residenti:

- a) ritenuta del 20% sui dividendi pagati ad azionisti non residenti;
- b) ritenuta del 20% sugli interessi relativi a prestiti ricevuti;
- c) ritenuta del 20% sulle royalties derivanti dallo sfruttamento di marchi, *know - how*, diritti d'autore ecc.;
- d) ritenuta del 20% sui diritti di licenza;
- e) ritenuta del 10% sul reddito derivante dal trasporto di passeggeri e merci dalla Polonia effettuato da imprese straniere;
- f) ritenuta del 10% sul reddito prodotto in Polonia da imprese di trasporto aereo.

(45) Si veda al riguardo J. Fiszer, *Poland: Taxation of Foreign Investment and Income Tax Treaties*, in *Intertax*, 1991, 221.

Nel caso in cui i libri ed i registri contabili di un soggetto non residente che produce reddito in Polonia non permettano di determinare il reddito secondo le norme previste dalla legge sull'imposta delle persone giuridiche è previsto che il reddito imputabile a tali soggetti sia determinato sulla base di percentuali presunte di redditività calcolate in funzione del tipo di attività svolta (detta disciplina tuttavia non si applica in presenza di un trattato contro la doppia imposizione che preveda diversamente) (46).

4.1.10. Le agevolazioni fiscali

L'ordinamento tributario polacco prevede una serie di agevolazioni generali (47) di natura fiscale destinate tanto agli investitori nazionali quanto alle società a partecipazione di capitale straniero.

A) La principale categoria di agevolazioni si correla alla facoltà di dedurre dall'imponibile tutta o una parte degli investimenti effettuati secondo le modalità ed i criteri definiti nel decreto del Consiglio dei Ministri del 25 maggio 1994 (così come modificato dagli emendamenti apportati successivamente alla sua entrata in vigore).

Di tali agevolazioni sono beneficiari (48):

a) le imprese che nell'anno precedente hanno conseguito una percentuale di reddito netto non inferiore all'8% del reddito complessivo lordo (tale percentuale è ridotta al 4% per le imprese operanti nei settori della trasformazione dei prodotti agroalimentari e dell'edilizia abitativa ed al 2% per le imprese operanti nei settori della raccolta e della selezione

(46) Le percentuali di redditività, da correlarsi al valore complessivo delle operazioni compiute sono le seguenti:

- 5% per le attività di commercio all'ingrosso e di vendita al dettaglio;
- 10% per le attività di costruzione e di montaggio e per i servizi di trasporto;
- 60% per le attività di intermediazione se il corrispettivo è determinato nella forma di commissione;
- 80% per i servizi legali o comunque professionali;
- 20% per tutte le altre attività.

(47) Cfr. A. EASSON, *Tax Competition Heats Up in Central Europe*, in *Bullettin IBFD*, 1998, 192, spec. 194.

(48) Tali agevolazioni sono concesse a condizione che l'impresa non abbia pendenze fiscali o comunque pendenze derivanti da obblighi equiparabili a quelli fiscali (ad esempio: obblighi connessi ai contributi per l'assistenza sociale).

È prevista la revoca delle agevolazioni nel caso in cui il beneficiario di un'agevolazione presenti un'esposizione nei confronti dell'Amministrazione finanziaria per i tributi ad essa dovuti superiore al 3% dell'ammontare corrispondente a ciascun obbligo d'imposta.

ne di materiali di scarto. Per tali imprese l'agevolazione consiste nella deduzione delle spese d'investimento nel limite del 15% dell'imponibile per il 1998; tale limite è stato ridotto al 10% per il 1999 e per il 2000);

b) le imprese nel cui fatturato i ricavi provenienti dalle esportazioni superano la metà del totale dei ricavi o 8 milioni di ECU (la deduzione delle spese d'investimento, in questo caso, è ammessa per il 1998 nel limite del 15% dell'imponibile. Tale limite è stato ridotto al 10% per il 1999 per il 2000.

c) le imprese che hanno sostenuto spese per applicare o sviluppare licenze, brevetti e risultati di ricerche svolte in Polonia (la deduzione, in questo caso, è ammessa nel limite del 35% dell'imponibile nel 1998, ma è stato ridotta al 30% per il 1999 ed al 25% per il 2000);

d) oppure ancora le imprese che prima di iniziare un'attività hanno investito non meno di 2 milioni di ECU o acquistato partecipazioni per un valore non inferiore di detto ammontare (la deduzione in questo caso è concessa nel corso del primo periodo di imposta in cui è stato effettuato l'investimento e di tre periodi di imposta consecutivi. Per il 1998, il limite alla deduzione corrisponde al 15% dell'imponibile; esso è stato ridotto al 10% per il 1999 e per il 2000).

Qualora peraltro il contribuente possa avvalersi di più agevolazioni (in quanto presenta i requisiti al riguardo previsti) la deduzione per gli investimenti effettuati non può comunque superare il 35% della base imponibile nel 1998 e nel 1999. Tale limite diminuirà al 25% nel 2000.

B) Un secondo ordine di agevolazioni riguarda gli investimenti operati in aree caratterizzate da un alto tasso di disoccupazione e consiste nella facoltà di dedurre dal reddito imponibile il 50% degli investimenti realizzati nei comuni in cui si riscontra un'alta disoccupazione strutturale secondo le modalità definite dal decreto del Consiglio dei Ministri del 22 giugno 1993 entrato in vigore il 5 luglio 1993. L'agevolazione è specificamente destinata alla creazione di nuovi posti di lavoro (49).

C) Sono inoltre previste specifiche agevolazioni correlate a particolari settori produttivi (ad esempio: ai settori dei prodotti ittici e del pesce lavorato ed a quello delle attrezzature mediche), agevolazioni sugli investimenti nei territori già utilizzati dalle forze armate della Federazione Russa oppure ancora favore di soggetti che operano in Zone economiche speciali (ad esempio: le aree di Mielec, di Katowice, di Lodz) (50).

(49) Tali agevolazioni, salvo proroghe, sono state abrogate dal 1° gennaio 1999.

(50) Le principali agevolazioni, di regola, riguardano:

a) l'esenzione totale dalle imposte sul reddito per un periodo pari alla metà del numero di anni per il quale è stata creata la Zona economica speciale (di regola l'esenzione è valida per dieci anni);

In tema di agevolazioni si segnala l'abrogazione dell'art. 23 della Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero del 14 giugno 1991 (51) a norma del quale il Ministro delle finanze, su domanda della società interessata e previa opinione favorevole del ministro competente, aveva la facoltà di esentare la società a partecipazione di capitale straniero dall'imposta sul reddito se:

a) i conferimenti dei soggetti stranieri al capitale sociale superavano l'equivalente di due milioni di ECU, stabilito in base al tasso di cambio pubblicato dalla Banca Nazionale Polacca il giorno della costituzione della società o dell'assunzione delle azioni o delle quote di partecipazioni;

b) l'attività della società era svolta nelle regioni particolarmente minacciate da un'alta disoccupazione strutturale oppure assicurava l'introduzione nell'economia nazionale di soluzioni tecnologiche innovative oppure consentiva la vendita di merci e servizi in esportazione di almeno il 20% del fatturato totale delle vendite stesse.

4.1.11. *Il transfer pricing*

Anche nell'ordinamento polacco la disciplina relativa al *transfer pricing* riguarda le transazioni tra enti societari uniti da un rapporto di "controllo".

Quest'ultimo concetto è definito in modo molto esteso, riguardando non solo relazioni azionarie, ma anche situazioni in cui si riscontra una "relazione economica", tra due parti.

b) l'esenzione per il 50% dalle imposte sul reddito per la seconda metà del suddetto periodo;

c) l'introduzione di procedure semplificate per l'acquisto di proprietà;

d) l'esenzione per dieci anni dall'imposta sugli immobili e dall'IVA per i beni prodotti nella Zona economica speciale e venduti sul mercato interno.

Di regola, peraltro, per fruire delle anzidette agevolazioni occorre che le imprese operanti nelle Zone economiche speciali abbiano effettuato investimenti non inferiori ad un certo ammontare (il quale varia da zona a zona) e/o abbiano assicurato un livello minimo di occupazione (la cui entità, anche in questo caso, è variabile a seconda della Zona economica speciale considerata).

Cfr. A EASSON, *Tax Competition Heats Up in Central Europe*, cit., 194

(51) L'abrogazione dell'art. 23 citato nel testo è stata apportata contestualmente alle modificazioni che la Legge sulle società a partecipazione di capitale straniero ha subito il 29 marzo 1996.

In merito alla suddetta disposizione si veda L. MIGLIORINO, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, cit., 24.

Più precisamente le società sono ritenute vincolate da un rapporto di controllo se:

- una società residente in Polonia amministra o controlla direttamente o indirettamente una società non residente o è azionista di tale società;
- una società non residente amministra o controlla direttamente o indirettamente una società residente in Polonia o è azionista di tale società;
- la stessa persona giuridica o fisica amministra o controlla direttamente o indirettamente sia la società residente in Polonia che la società ivi non residente o è azionista di entrambe le società.

Anche nell'ordinamento polacco la normativa sul *transfer pricing* si ispira al principio dell'"*arm's length*" e si basa specificamente sull'applicazione dei metodi del controllo di prezzo, del costo maggiorato, del prezzo di rivendita oppure, in subordine, degli ulteriori criteri alternativi individuati dall'OCSE (ripartizione dei profitti globali, comparazione dei profitti, calcolo della redditività del capitale investito o dei margini lordi del settore economico).

A livello formale, peraltro, a partire dal 1° gennaio 1998 (52) è stato previsto che le società soggette all'imposta sul reddito delle persone giuridiche, previa apposita richiesta dell'ufficio delle imposte, devono informare quest'ultimo delle transazioni con altre società con cui sussista un rapporto di controllo se il relativo ammontare totale, nell'arco del periodo d'imposta, eccede ECU 10.000 e se siffatte transazioni possono incidere sulla responsabilità delle società per l'adempimento degli obblighi tributari.

Inoltre, a prescindere da una richiesta dell'ufficio delle imposte, le società residenti in Polonia devono inoltrare agli uffici finanziari appositi prospetti informativi sulle transazioni effettuate con società non residenti se dette transazioni possono incidere sulla responsabilità della società polacca per le obbligazioni tributarie e se ricorre una delle seguenti condizioni:

a) la società non residente (società A) detiene una diretta o indiretta partecipazione nel capitale di una società residente in Polonia che rappresenta più del 5% dei diritti di voto in quest'ultima;

b) un'altra società non residente (società B) detiene direttamente o indirettamente partecipazioni che rappresentino più del 5% dei diritti di voto sia nella società residente in Polonia sia nella società non residente (vale a dire la società A) entrambi parti di rilevanti transazioni.

(52) D. Wasylkowski - K. Miller, *Poland - The Changing Tax Regime*, in *Tax Planning International Review*, 1998, 12.

In relazione a quest'ultima ipotesi, l'obbligo di inoltrare agli uffici finanziari le suddette informazioni sussiste se ricorrono le seguenti ulteriori condizioni:

- la società residente in Polonia è a conoscenza o dovrebbe essere a conoscenza che la società non residente (B) detiene la suddetta partecipazione nella società non residente (A);

- il totale delle transazioni intervenute tra la società residente in Polonia e la società non residente che in quest'ultima detiene partecipazioni azionarie (società A) eccede ECU 300.000.

c) La società non residente ha un ufficio di rappresentanza o una stabile organizzazione in Polonia e il valore di ciascuna transazione tra la società residente in Polonia e la società non residente eccede ECU 5.000.

Le informazioni in precedenza indicate devono essere sottoposte all'ufficio delle imposte entro la fine del terzo mese seguente la fine del periodo d'imposta (53).

Nel caso di accertamento di operazioni compiute in violazione alla normativa sul *transfer pricing* è prevista l'applicazione di un interesse annuo, che può giungere alla misura del 48% della somma sottratta all'imposizione, a partire dal periodo d'imposta in cui l'operazione considerata è stata posta in essere (54).

240

4.1.12. *La thin capitalization*

Mediante le modificazioni apportate all'imposta sul reddito delle persone giuridiche il 20 novembre 1998, e nel caso di specie all'art. 16, 1° comma della legge del 15 febbraio 1992, è stata stabilita la deducibilità degli interessi passivi su mutui o su crediti pagati a propri azionisti entro il limite corrispondente all'importo degli interessi dovuti su un ammontare equivalente al triplo del capitale sociale.

Più specificamente,

- se un prestito o un credito è stato concesso ad una società da uno dei suoi azionisti o da un gruppo di azionisti che detengono complessivamente almeno il 25% delle azioni e

(53) A. CASLEY - J. HANSEN, *Poland*, in *Tax Planning International Review*, 1998, 31-32; D. WASYLKOWSKI - K. MILLER, *Poland - The Changing Tax Regime*, cit., 12.

(54) Sulle problematiche connesse all'applicazione della normativa sul *transfer pricing* in Polonia si veda *Taxpayers Surprised When Authorities Began Aggressive Transfer Pricing Review*, in *Transfer Pricing*, 1998, 421 ss.

- se il valore del debito che risulta da siffatto prestito o credito dovuto ai suddetti azionisti è superiore del triplo dell'ammontare del capitale azionario alla data del pagamento dei relativi interessi,

questi ultimi sono deducibili nel limite in cui essi corrispondono all'ammontare della somma mutuata o dei crediti che non eccede il triplo del capitale sociale.

Sostanzialmente, quindi, è stata negata la deducibilità di quella parte degli interessi corrisposti ad azionisti o gruppi di azionisti che deriva da debiti esistenti nei loro confronti superiori ad almeno tre volte all'ammontare del capitale sociale.

Una disciplina analoga è stata prevista per il caso in cui un mutuo o un credito sia concesso ad una società da un'altra società e quest'ultime siano entrambe controllate dallo stesso azionista che detiene almeno il 25% delle azioni in ciascuna di entrambe le società (55).

La normativa sulla *thin capitalization* è entrata in vigore il 1° gennaio 1999 e si ritiene che debba trovare applicazione nei confronti dei contratti di mutuo o degli accordi di pagamento di crediti conclusi successivamente a tale data.

Peraltro, per quanto riguarda i suddetti contratti o accordi conclusi precedentemente all'entrata in vigore della disciplina di che trattasi, è previsto che i contribuenti presentino ai locali uffici delle imposte un elenco di detti contratti o accordi entro il 31 gennaio 1999.

Tale elenco deve contenere informazioni relative alle parti dei predetti negozi, all'ammontare degli interessi dovuti, alle eventuali garanzie concordate a tutela del prestito o del credito e alla durata dei negozi in esame.

L'omessa presentazione di tale dichiarazione entro il termine in precedenza indicato comporta l'applicazione della presunzione per cui i suddetti negozi sono stati conclusi successivamente all'entrata in vigore della disciplina sulla *thin capitalization* e quindi l'applicazione della relativa normativa tributaria (56).

(55) Si ritiene peraltro che la percentuale di azioni rilevante ai fini dell'applicazione della normativa sulla *thin capitalization* deve essere calcolata sulle azioni con diritto di voto. Così J. FISZER, *Poland-1998 Tax Year in Review*, in *Tax International Notes*, 1999, 52 ss.

(56) In dottrina peraltro si è sottolineato che, a causa della lacunosa formulazione del testo legislativo, non è chiaro se l'adempimento del suddetto obbligo formale (vale a dire della presentazione della dichiarazione illustrata nel testo) comporta l'integrale deducibilità degli interessi connessi a negozi conclusi prima della data di entrata in vigore della normativa sulla *thin capitalization*. Così J. FISZER, *Poland-1998 Tax Year in Review*, cit., 53.

L'Amministrazione finanziaria polacca, il 21 dicembre 1998, ha fornito un'interpretazione ufficiale (n° PB4/AK-802-552/98) nella quale è precisato che la nuova di-

4.1.12. La normativa convenzionale

Il quadro normativo subisce ovviamente una sostanziale modifica nel caso in cui tra lo Stato Polacco e lo Stato di residenza del soggetto non residente sia stata conclusa una convenzione contro la doppia imposizione sui redditi (57).

Al riguardo, assume particolare rilevanza la Convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra la Polonia e l'Italia il 21 giugno 1985.

L'art. 10 di detta Convenzione stabilisce che i dividendi pagati da una società di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente sono imponibili in detto altro Stato.

Tuttavia la norma suddetta precisa al 2° paragrafo che tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui è residente la società che paga i dividendi ed in conformità alla legislazione di detto Stato, ma, se la persona che percepisce i dividendi è il beneficiario effettivo, l'imposta così applicata non può eccedere il 10% dell'ammontare lordo dei dividendi.

Ne consegue che i dividendi distribuiti da una società di capitali residente in Polonia a soci o azionisti residenti in Italia (che siano gli effettivi beneficiari di detti proventi) risultano assoggettati, in Polonia, ad una ritenuta del 10%.

L'art. 11 e 12 della Convenzione in esame dettano analoghe disposizioni in riferimento rispettivamente agli interessi ed alle *royalties* corrisposte per marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico.

Anche gli interessi e le *royalties* corrisposte da una società residente in Polonia ad un soggetto residente in Italia (che sia l'effettivo beneficia-

disciplina sulla *thin capitalization* non trova applicazione in relazione ad operazioni di finanziamento avvenute prima del 1° gennaio 1999.

(57) Cfr. F. GIULIANI, "Joint ventures" societarie in Polonia", cit., 318 ss.; id., *Profili comparatistici in tema di Joint ventures nei Paesi ad "economia pianificata"*, in "Giur. comm.", 1991, 1208-1209; J. FISZER, *Poland: Taxation of Foreign Investment and Income Tax Treaties*, cit., 225; L. MIGLIORINO, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, in "Dir. comm. int.", 1992, 28.

Per un'analisi più generale delle convenzioni contro la doppia imposizione dei redditi concluse dalla Polonia si veda W.G. KUIPER, *(East-West) Joint Ventures: a special phenomenon in international tax law?*, cit., 210 ss.; J. FISZER, *International Double Taxation Relief*, in "European Taxation", 1995, 78.

rio di tali proventi) risultano pertanto assoggettati ad una ritenuta alla fonte del 10%.

L'art. 23 della Convenzione, allo scopo di eliminare la doppia imposizione, dispone, peraltro, che se un soggetto residente in Italia possiede elementi di reddito che sono imponibili in Polonia, l'Italia, nel calcolare le proprie imposte sul reddito può includere nella base imponibile di tali imposte detti elementi di reddito (a meno che espresse disposizioni della Convenzione non stabiliscano diversamente).

In tal caso, l'imposta sui redditi pagata in Polonia (ovvero la ritenuta) può essere dedotta dalle imposte dovute in Italia determinate secondo i suddetti criteri, ma l'ammontare della deduzione non può eccedere la quota d'imposta italiana attribuibile ai predetti elementi di reddito nella proporzione in cui gli stessi concorrono alla formazione del reddito complessivo.

Per quanto attiene alla normativa convenzionale, occorre inoltre evidenziare come l'art. 9 della Convenzione in esame, con riferimento alla pratica del *transfer pricing*, stabilisca che allorché:

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente e di un'impresa dell'altro Stato contraente,

e nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni accettate o imposte diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni, sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni non lo sono stati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa ed essere assoggettati ad imposizione in conseguenza.

4.2. L'imposta sul reddito delle persone fisiche

L'imposta sul reddito delle persone fisiche è stata introdotta con la legge del 26 luglio 1991 ed è entrata in vigore il 1° gennaio 1992 (58).

(58) Vedasi P. MAIORANO, *L'imposta personale sul reddito nei Paesi dell'Est*, in "Problemi di finanza pubblica", Roma, Ed. Laurus Robuffo, 1991, 81.

Per la riforma all'imposta personale sul reddito proposta dal Ministero delle finanze polacco con il "white paper" del 31 agosto 1998 si veda J. FISZER, *Poland-1998 Tax Year in Review*, cit., 50 ss.

L'imposta in esame assoggetta ad imposizione tutti i redditi percepiti dalle persone fisiche mediante l'applicazione di un'aliquota progressiva.

4.2.1. *Soggetti passivi*

I soggetti residenti sono assoggettati ad imposizione per i redditi ovunque prodotti, mentre i non residenti subiscono l'imposizione solo per i redditi prodotti nel territorio dello Stato Polacco.

Sono considerati residenti i soggetti che hanno la residenza anagrafica in Polonia o che vi hanno il domicilio o che comunque risiedono in Polonia per più di 183 giorni del periodo d'imposta.

Tuttavia, i cittadini stranieri che sono dipendenti di società a partecipazione di capitale straniero anche se risiedono in Polonia per più di 183 giorni all'anno sono considerati soggetti non residenti, a condizione che la loro permanenza in Polonia, per quanto protratta nel tempo, sia comunque temporanea.

4.2.2. *Aliquota*

L'aliquota è progressiva e risulta articolata nei seguenti scaglioni di reddito (dal 1° gennaio 1999):

a) aliquota del 19% fino a Pzl. 29.624 (con sottrazione dall'importo dell'imposta della franchigia di Plz. 394,90);

b) aliquota del 30% da Pzl. 29.624 a Pzl. 59.248.

c) aliquota del 40% in relazione alla parte di imponibile superiore a Pzl. 59.248.

Taluni redditi, tuttavia, sono soggetti a ritenuta alla fonte a titolo d'imposta, come, ad esempio, gli interessi derivanti da mutui ed i dividendi e gli altri redditi derivanti dal possesso di azioni.

4.2.3. *I redditi di lavoro dipendente*

Nel quadro dell'individuazione del trattamento fiscale afferente alla costituzione di una *joint venture* societaria in Polonia, assume rilievo esaminare il regime impositivo dei redditi di lavoro dipendente, atteso che di regola, per il *partner* straniero, la costituzione di una *joint venture* internazionale comporta la necessità di inviare all'estero propri dipendenti (59) (in distacco temporaneo o in missione) allo scopo di svolgere le

(59) Per una più ampia trattazione dell'imposizione dei redditi di lavoro dipendenti percepiti in Polonia da lavoratori subordinati non residenti vedasi J.R. SAFFELL - C. BOWMAN, *The Taxation of Expatriate Employees*, in "European Taxation", 1995, 286.

opportune funzioni di collegamento a livello amministrativo, gestionale e tecnico (60).

Al paragrafo precedente si è sottolineato che, secondo l'ordinamento tributario polacco (e quindi prescindendo dall'eventuale applicazione di convenzioni contro la doppia imposizione) i cittadini stranieri che sono dipendenti di società a partecipazione di capitale straniero anche se risiedono in Polonia per più di 183 giorni all'anno sono considerati soggetti non residenti e conseguentemente sono assoggettati ad imposizione solo per i redditi prodotti in Polonia (art. 3 (2) della legge del 26 luglio 1991).

I redditi di lavoro dipendente percepiti in Polonia risultano pertanto ivi imponibili (61).

I non residenti hanno diritto a trasferire all'estero il reddito percepito, al netto dell'imposizione, in valute convertibili senza l'autorizzazione valutaria individuale, ma sulla base del certificato nominale attestante l'entità del compenso rilasciato dalla società interessata (62).

(60) Per quanto attiene alla normativa afferente l'ingresso, il passaggio ed il soggiorno di stranieri in Polonia si veda la legge sugli stranieri del 25 giugno 1997.

(61) In base a disposizioni emanate dal Ministero delle Finanze è stata stabilita l'esenzione dall'imposizione personale sul reddito per i compensi percepiti temporaneamente in Polonia e pagati da un fondo non rimborsabile di un'Istituzione finanziaria internazionale o da uno Stato straniero.

Per l'applicazione dell'esenzione occorre peraltro che sussista un accordo fra il Consiglio dei Ministri o il Ministro delle finanze polacco e una corrispondente autorità istituzionale dello Stato straniero.

(62) In riferimento agli oneri impositivi che gravano sul lavoro dipendente, occorre tenere presente che l'ordinamento polacco prevede il versamento all'Istituto di assicurazioni sociali (ZUS), da parte dei datori di lavoro, di rilevanti oneri contributivi per l'assistenza sociale che sono dovuti, sia nel caso in cui il lavoratore dipendente sia polacco sia nel caso in cui quest'ultimo sia straniero, mediante l'applicazione dell'aliquota del 45% al reddito lordo del prestatore di lavoro.

È previsto inoltre un contributo del 3% destinato al fondo per la disoccupazione e un contributo dello 0,15% destinato ad uno speciale Fondo per le prestazioni garantite ai dipendenti, che è utilizzato in caso di fallimento del datore di lavoro.

L'aliquota complessiva dei contributi per la sicurezza sociale ammonta pertanto al 48,15%.

I datori di lavoro che impiegano più di 50 dipendenti devono inoltre, salvo alcune eccezioni previste dalla legge, versare contributi mensili al Fondo statale per la riabilitazione delle persone handicappate (da quest'obbligo sono tuttavia esonerate le imprese che, fra i loro dipendenti, hanno per lo meno il 7% di handicappati).

Al riguardo, peraltro, si deve sottolineare che nessun obbligo contributivo sussiste nei confronti di lavoratori dipendenti stranieri che non abbiano un formale contratto di lavoro con una società di diritto polacco o con un ufficio di rappresentanza sito in Polonia.

Sussiste peraltro una proposta di radicale riforma del sistema di sicurezza sociale che dovrebbe entrare in vigore nel 1999 (cfr. sul punto *Bullettin IBFD*, 1998, 30) e

4.2.4. I redditi di lavoro dipendente nel regime convenzionale

L'art. 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni conclusa tra l'Italia e la Polonia stabilisce che ai fini della Convenzione medesima, l'espressione "residente di uno Stato contraente" designa ogni persona che in virtù della legislazione di detto Stato è assoggettata ad imposta nello stesso Stato a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga.

Al riguardo, è precisato che l'espressione suddetta non comprende le persone che sono assoggettate ad imposta in detto Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto altro Stato.

Alla luce della suddetta normativa, poiché, come si è ripetutamente evidenziato, l'ordinamento tributario polacco non considera come residenti i cittadini stranieri dipendenti di società a partecipazione di capitale straniero anche se risiedono in Polonia per più di 183 giorni all'anno, i cittadini italiani assunti dalla *joint venture* costituita in Polonia risultano qualificabili come residenti fiscalmente soltanto in Italia (63).

Al riguardo, peraltro, occorre precisare che i lavoratori dipendenti stranieri hanno diritto a trasferire all'estero i compensi percepiti in valute convertibili senza l'autorizzazione valutaria individuale, ma solo sulla base del certificato nominale attestante l'entità del compenso rilasciato dalla società interessata.

Qualora, invece, la società italiana *partner* di una *joint venture* costituita in Polonia invii presso quest'ultima a titolo di missione propri dipendenti, si porrà il problema di valutare, in funzione dei criteri interni di residenza dell'ordinamento polacco e successivamente in funzione dei criteri di collegamento convenzionali contenuti nell'art. 4, paragrafo 2 della Convenzione conclusa tra Italia e Polonia, se detti soggetti debbono essere considerati residenti a livello fiscale in Italia o in Polonia.

Ciò premesso in ordine all'eventuale problema della attribuzione della residenza fiscale, occorre sotto altro aspetto considerare che l'art. 15,

che prevede che le contribuzioni a detto sistema siano destinate a quattro differenti fondi corrispondenti a quattro distinte categorie individuate sulla base del rischio assicurativo attribuibile a ciascuna di essa.

I quattro fondi in cui le contribuzioni saranno suddivise includeranno un fondo pensionistico, un fondo assistenziale, un fondo malattia ed un fondo per gli incidenti sul lavoro.

Le contribuzioni destinate allo ZUS saranno pagabili su tutto il reddito prodotto sulla base di un contratto di lavoro subordinato.

Le contribuzioni saranno invece volontarie in relazione a rapporti di lavoro diversi da quello subordinato.

(63) Detto rilievo ovviamente trova applicazione nel caso in cui il cittadino italiano risulti anche "residente" in Italia a livello fiscale.

1° paragrafo della Convenzione contro la doppia imposizione conclusa tra Italia e Polonia dispone che i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un'attività di lavoro dipendente possono essere tassati soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non sia svolta nell'altro Stato contraente.

Se l'attività è svolta in quest'ultimo Stato, le remunerazioni percepite a titolo di lavoro dipendente possono essere tassate solo in quest'altro Stato.

Il 2° paragrafo, lett. a) dell'articolo dinanzi citato stabilisce tuttavia che, nonostante le disposizioni del paragrafo 1° appena illustrate, le remunerazioni che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un'attività di lavoro dipendente svolta nell'altro Stato contraente sono imponibili soltanto nel detto primo Stato se il beneficiario soggiorna nell'altro Stato per un periodo o periodi che non oltrepassano in totale 183 giorni nel corso dell'anno solare considerato.

Di conseguenza, alla luce della suddetta disposizione, le remunerazioni che un soggetto residente in Italia riceve come corrispettivo della prestazioni di lavoro dipendente svolto in Polonia risultano imponibili esclusivamente in Italia se il lavoratore dipendente soggiorna in Polonia per un periodo o per periodi la cui durata complessiva non è superiore a 183 giorni all'anno (64).

2

4.3. Imposta sul valore aggiunto

L'imposta sul valore aggiunto, introdotta con la legge dell'8 gennaio 1993, entrata in vigore il 5 luglio 1993 sulle imposte sulle merci e sui servizi nonché sulla sovraimposta, presenta caratteristiche del tutto simile a quella vigente nell'Unione Europea (65).

Il meccanismo di applicazione dell'imposta coincide infatti con quello presentato dall'IVA vigente nei Paesi dell'Unione Europea e si basa sull'istituto della rivalsa (66).

(64) Cfr. sull'argomento L. MIGLIORINO, *L'incidenza delle convenzioni contro la doppia imposizione sulla tassazione delle società miste negli Stati dell'Europa dell'Est*, cit., 36-37.

(65) Per gli aspetti connessi all'applicazione dell'IVA ad investitori stranieri si vedano M. O'SHAUGHNESSY - P. KOWALSKI, *VAT in Poland-Implications for the Foreign Investor*, in "Bulletin IBFD", 1994, 123

(66) Cfr. sul tema AA.VV., *Value-Added Taxes in Central and Eastern European Countries*, Paris, OECD, 1998.

L'imposta, inoltre, si applica alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi effettuate nell'esercizio di attività d'impresa o di arti e professioni e le importazioni da chiunque effettuate (67).

Per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, la base imponibile è costituita dal valore del bene ceduto o del servizio prestato.

Se il bene è assoggettato anche ad un'accisa, questa si somma al valore imponibile.

I beni o i servizi ceduti o prestati gratuitamente, a prezzo promozionale o destinati all'autoconsumo sono assoggettati all'imposta in relazione al loro valore di mercato.

Per quanto attiene all'IVA alle importazioni, la base imponibile è costituita dal valore doganale delle merci, addizionato del dazio doganale riscosso e dell'imposta sull'importazione.

Nel caso in cui oggetto delle importazioni siano le merci soggette alla sovraimposta (68) il valore doganale è addizionato, oltre che del dazio doganale e dell'imposta sull'importazione, anche della sovraimposta.

I servizi prestati in Polonia da soggetti stranieri (direttamente o mediante una persona autorizzata, un dipendente, o una stabile organizzazione) pagabili all'estero sono considerati come importazione di servizi ed in quanto tali sono soggetti all'IVA.

L'aliquota base è del 22%. Esistono peraltro due aliquote ridotte, un'aliquota del 7% ed un'aliquota c.d. zero, che si applicano alle cessioni di beni ed alle prestazioni di servizi espressamente indicate in apposite tabelle.

Per quanto attiene agli aspetti formali, si sottolinea che le dichiarazioni devono essere presentate mensilmente.

Non sono soggette ad IVA le piccole imprese, intendendosi come tali quelle il cui fatturato non sia superiore a Pzl. 80.000.

Le imprese il cui fatturato sia compreso tra Pzl. 80.000 e Pzl. 400.000 possono chiedere l'esenzione dall'applicazione dell'IVA al Ministero delle finanze.

(67) Anche i soggetti non residenti che esercitano un'attività di impresa o di prestazione di servizi o di importazione devono adempiere all'obbligo di registrazione ai fini dell'IVA.

Ai fini di tale obbligo formale occorre fornire all'Amministrazione finanziaria il numero statistico (REGON), il numero di un conto corrente bancario di cui il soggetto non residente è titolare in Polonia, l'indirizzo in cui sono conservati i libri contabili relativi all'attività esercitata.

(68) Sulla sovraimposta vedasi infra il successivo prg. 4.4.

4.4. La sovrainposta di consumo

La sovrainposta di consumo è stata introdotta con la legge 8 gennaio 1993, vale a dire la stessa legge che ha introdotto l'IVA, ed è entrata in vigore il 5 luglio 1995 (69).

Essa costituisce un'imposta indiretta di natura addizionale che assoggetta ad imposizione i consumi.

A detto tributo sono infatti soggette le cessioni di determinati beni espressamente indicati dalla legge, quali, fra gli altri, i carburanti, gli alcolici, i tabacchi, le attrezzature elettroniche, le barche e gli yacht, le autovetture.

La tariffa della sovrainposta, per la maggior parte dei prodotti, non può eccedere il 25% del prezzo di vendita del produttore ed il 40% del valore doganale maggiorato del tributo doganale pagato dall'importatore.

Nel caso di importazione di beni soggetti a sovrainposta, la base imponibile è costituita dal valore doganale di detti beni maggiorato del dazio doganale (determinato secondo la tariffa base, o se quest'ultima non è stata definita, secondo la tariffa autonoma) e dell'imposta sulle importazioni.

Il principio di determinazione della base imponibile dinanzi indicato trova applicazione anche nei casi in cui i beni importati, a norma di specifiche prescrizioni, sono stati in tutto o in parte esentati dall'applicazione dei dazi doganali, oppure in cui l'applicazione dei dazi doganali è stata sospesa o, infine, in cui è stata applicata una tariffa doganale preferenziale.

21

4.5. L'imposta sulle importazioni

L'imposta sulle importazioni non è più in vigore dal 1° gennaio 1997 (70).

Essa era stata approvata con apposita legge approvata il 17 dicembre 1992 ed entrata in vigore il 25 novembre 1993.

In base a detto tributo, le merci importate erano soggette ad un prelievo del 3% che veniva riscosso sul valore dei beni in dogana, maggiorato del dazio anche quando, sulla base di altre norme, le merci erano state totalmente o parzialmente esonerate dalla dogana o quando il pagamento del dazio era stato sospeso o quando era stata applicata la tariffa doganale preferenziale.

(69) Vedasi peraltro le disposizioni attuative contenute nel decreto del Ministero delle Finanze del 10 novembre 1995.

(70) L'imposta in questione non è stata abrogata in senso stretto, poiché la limitata efficacia temporale di detto tributo era stata preventivamente stabilita mediante appositi emendamenti apportati alla legge istitutiva.

L'imposta sulle importazioni costituiva una componente della base imponibile sulla quale si applicava l'IVA, nonché della base imponibile sulla quale si calcolava la sovraimposta di consumo (71).

4.6. Il regime doganale

Il diritto doganale è disciplinato dal Codice doganale del 9 gennaio 1997 (72) il quale, adeguando il regime doganale ai principi presenti nelle legislazioni doganali dei Paesi dell'Unione Europea, ha sostituito la legge 28 dicembre 1989 (così come modificata dalla ripetute modificazioni intervenute successivamente alla sua pubblicazione), la quale stabiliva le regole generali relative agli scambi con l'estero, gli obblighi e le procedure doganali, la struttura degli organi doganali (73).

Il nuovo codice è strutturato in 11 titoli ed è diviso in 294 articoli.

I titoli I, II, III e V recano tutti gli strumenti doganali e le procedure di importanza economica, quali le tariffe doganali o la determinazione del valore in dogana dei beni.

Il titolo IV riguarda il trattamento riservato ai beni che sono importati in Polonia, incluse le procedure e le disposizioni relative alle zone franche (74).

250

(71) Nel caso di importazioni, pertanto (salvo specifiche esenzioni), il valore contrattuale dei beni importati addizionato dei costi di trasporto e di assicurazione è assoggettato all'applicazione della tariffa doganale.

Successivamente sulla base imponibile costituita dall'ammontare del valore contrattuale dei beni importati addizionato dei costi di trasporto e di assicurazione e dell'importo della tariffa doganale si applica l'imposta sull'importazione.

Sulla base imponibile costituita dall'ammontare del valore contrattuale dei beni importati addizionato dei costi di trasporto e di assicurazione, dell'importo della tariffa doganale e dell'imposta sull'importazione si applica la sovraimposta.

Infine, sulla base imponibile costituita dall'ammontare del valore contrattuale dei beni importati addizionato dei costi di trasporto e di assicurazione, dell'importo della tariffa doganale, dell'imposta sull'importazione e della sovraimposta si applica l'IVA.

(72) Sul Codice doganale si veda più in dettaglio

Sulla disciplina previgente vedasi A. KOLINSKI, *Poland: Indirect Taxes in a Cross-Border Context*, in "European Taxation", 1995, 282-286.

(73) In merito ai problemi pratici cui dava adito la previgente normativa doganale si veda: A. KOLINSKI - C. TEMPLEMAN, *Poland: Indirect Taxes in a Cross Border Context*, *European Taxation*, 1995, 282-286.

(74) È da segnalare che il diritto doganale polacco prevede la possibilità di creare in territorio polacco zone franche o depositi doganali (ciò del resto era previsto anche dalla previgente disciplina).

I titoli da VI a XI riguardano tutti gli argomenti afferenti al pagamento dei dazi doganali, alla disciplina dei rapporti debitori a quest'ultimi connessi, alle istanze da presentare alle autorità doganali.

Una delle principali novità introdotte dal nuovo codice è costituita dall'introduzione di un documento, la Dichiarazione obbligatoria tariffaria, la quale riguarda la classificazione tariffaria dei beni importati in Polonia, e che sarà emessa in forma scritta dal presidente dell'Ufficio generale delle dogane.

Di conseguenza, gli importatori che forniscono alle autorità doganali detta dichiarazione in merito ai beni importati hanno la certezza che tali beni sono classificati ai fini doganali secondo lo specifico codice tariffario.

Le regole per la valutazione dei beni importati sono conformi a quelle elaborate nell'ambito della World Trade Organization (WTO), a cui la Polonia ha aderito (75).

Per quanto attiene ai profili di diritto doganale maggiormente rilevanti in relazione alla costituzione di una *joint venture* in Polonia, occorre evidenziare che anche la disciplina doganale recentemente introdotta (vedasi specificamente l'art. 190, punto 34) prevede che i conferimenti in natura a società di diritto polacco effettuati da azionisti non residenti sono esenti da dazi doganali (76), sebbene in tali ipotesi il procedimento per effettuare i conferimenti in natura sia piuttosto articolato (77).

24

(75) Cfr. in merito H. JADRZYK, *Customs Value of Goods in Transactions between Related Parties*, in "European Taxation", 1997, 259 ss.

(76) Anche la disciplina precedentemente vigente prevedeva l'esenzione da dazi doganali per i conferimenti effettuati da soggetti non residenti in imprese di diritto polacco.

Detta disciplina valeva specificamente, per le società costituite da soggetti non residenti con partners polacchi in base alla Legge del 14 giugno 1991 sulle società a partecipazione di capitale straniero.

Dette agevolazioni potevano essere particolarmente intense (comportando anche l'esenzione dall'imposta di importazione, dalla sovraimposta di consumo e dall'IVA) in relazione a società straniere appartenenti a Stati con i quali può trovare applicazione la regola della reciprocità (ad esempio: Australia, Hong Kong, ex Paesi del Comecon).

I prodotti esonerati dal prelievo doganale non fruivano peraltro di ulteriori esoneri di imposta (sovraimposta di consumo, IVA).

(77) In sostanza quindi, ai fini delle suddette agevolazioni doganali, per apporti in natura si intendono i conferimenti di beni dichiarati nell'atto costitutivo della società al momento della sua costituzione o al momento dell'aumento del capitale sociale.

L'atto costitutivo, più esattamente, deve contenere il nome dell'azionista della società la quale riceve i conferimenti in natura nonché una dettagliata descrizione di tali conferimenti, unitamente al loro valore ed al valore delle quote o delle azioni ad essi corrispondenti.

Specificamente, affinché l'esenzione trovi applicazione, occorre che i beni importati:

- si qualificano come conferimenti in natura al capitale di una società di diritto polacco;
- costituiscano un insieme di beni oggettivamente determinato;
- siano elencati all'interno dell'atto costitutivo o in una delibera assembleare avente per oggetto l'aumento del capitale sociale;
- non siano oggetto di trasferimento da parte della società a cui sono conferiti entro tre anni dalla data dello sdoganamento.

Inoltre, ai fini dell'applicazione dell'esenzione doganale, occorre che i beni importati siano destinati come conferimenti ad una società che è in fase di costituzione oppure ad una società costituita che ha tuttavia deliberato un aumento di capitale.

In presenza di detti requisiti, per avvalersi delle disposizioni relative all'esenzione dai dazi doganali, occorre presentare all'Amministrazione doganale, al più tardi al momento della prima spedizione, un estratto del Registro delle imprese che contenga l'indicazione dei beni conferiti ed un'ulteriore attestazione recante una dettagliata descrizione di tali beni, ivi comprese il codice tariffario doganale, il valore, il nome del fornitore (78).

Ulteriori formalità devono essere adempiute al momento dell'effettivo sdoganamento (79).

Il codice doganale polacco prevede altresì la possibilità di uno sdoganamento temporaneo, senza applicazione di dazi doganali o, a seconda delle ipotesi, con l'applicazione di dazi particolarmente modesti, il quale può trovare specifica applicazione nei casi di importazione di macchinari industriali destinati ad essere temporaneamente utilizzati in Polonia o ad essere utilizzati a titolo di prova (80).

All'atto della registrazione della società nel Registro delle imprese deve essere depositato un documento che garantisce, da parte di tutti i componenti del Consiglio di amministrazione, il trasferimento dei conferimenti in natura.

Non si ritengono apporti in natura i prodotti acquistati mediante la partecipazione in denaro al capitale sociale.

(78) Nel caso in cui il conferimento in natura avvenga a seguito di aumento del capitale sociale occorre anche presentare copia della relativa delibera.

(79) Per un'analisi più dettagliata della normativa si rimanda a H. JADRZYK, *Bringing Investment to Poland. Customs Implications*, cit., 343 ss.

(80) A margine dei rilievi afferenti all'ordinamento tributario polacco, occorre ricordare la normativa contenuta nella legge valutaria del 31 dicembre 1994 che ha sostituito quella del 15 febbraio 1989. Detta legge prevede, fra l'altro, il libero trasferimento all'estero ed il libero rientro in Polonia dello zloty.

4.6.1. Il marchio di sicurezza

I beni oggetto di importazione devono ottenere l'attribuzione del "marchio di sicurezza" (attestazione paragonabile alle certificazioni di qualità vigenti in ambito UE), senza il quale la relativa commercializzazione è proibita.

Detto "marchio" è obbligatorio per tutti i prodotti potenzialmente rischiosi per la salute, la vita e l'ambiente.

Pertanto, prima di avviare la commercializzazione di prodotti in Polonia, è necessario provvedere al conseguimento del marchio dinanzi indicato.

I tempi per la relativa attribuzione sono peraltro abbastanza lunghi (fino a nove mesi) come pure i costi sono alti (manca, d'altra parte, un tariffario ufficiale).

4.7. L'imposta di bollo

L'imposta di bollo (regolata dall'apposita legge del 1989) è applicata su determinati negozi di diritto civile come i trasferimenti di proprietà.

Le aliquote sono del 2% per i beni mobili, del 5% per i beni immobili e del 2% per gli altri diritti di proprietà.

L'imposta di bollo è applicata anche su altri atti amministrativi o giudiziari e, fra l'altro, sulla concessione di mutui (81).

4.8. L'imposta sul capitale sociale

L'imposta sul capitale sociale è un'imposta di carattere patrimoniale che si applica mediante aliquote regressive (82) sul capitale sociale iniziale delle società che hanno personalità giuridica in correlazione alla loro iscrizione nel registro delle imprese.

(81) Per quanto la sua rilevanza ai fini dell'imposizione di una *joint venture* sia limitata, occorre segnalare come nell'ambito delle imposte indirette si collochi anche l'imposta sulle successioni e sulle donazioni, la quale, come in Italia, si applica, mediante aliquote differenziate a seconda del grado di parentela, sul valore netto dell'asse ereditario.

I non residenti sono assoggettati a detta imposta se i diritti di proprietà caduti in successione sono oggetto di trasferimento in Polonia.

(82) Le aliquote sono le seguenti:

- a) 2% fino a Plz 10.000 di capitale sociale;
- b) 1% sullo scaglione da Plz 10.000 a Plz. 20.000;
- c) 0.5% sullo scaglione da Plz 20.000 a Plz. 30.000;
- b) 0.1% sul capitale sociale eccedente Plz. 30.000.

4.9. L'imposta agricola

Si tratta di un tributo introdotto con la legge sull'imposta agricola del 15 novembre 1984 che assoggetta ad imposizione i terreni utilizzati a fini agricoli, distinguendo peraltro, a tal fine, a seconda che si faccia riferimento all'esercizio di attività agricole comuni o di attività agricole specializzate.

I soggetti passivi dell'imposta in esame sono le cooperative agricole, le aziende agricole statali e le persone fisiche che esercitano le attività agricole (83).

Per quanto attiene alla base imponibile, occorre evidenziare che l'imposta sulle attività agricole comuni è determinata in relazione degli ettari coltivati e si applica in funzione di una misura costituita dall'ettaro convenzionale, stabilita in base alla qualità, alle condizioni economiche e produttivo climatiche ed all'utilizzazione del terreno (84).

L'imposta sulle attività agricole specializzata è invece determinata in base a criteri indicati in apposito decreto ministeriale con riferimento ai vari tipi di produzione.

Sussistono diverse esenzioni d'imposta (fra le quali rientra quella relativa ai fondi occupati da attività economiche non agricole) nonché specifiche agevolazioni consistenti nella sospensione temporanea del pagamento dei tributi (da un anno a 15 anni) o nella riduzione dell'aliquota d'imposta (per esempio: per le imprese ubicate in regioni collinari o montane)

254

4.10. L'imposta sulle foreste

L'imposta sulle foreste è stata introdotta dalla legge sulle foreste del 1991.

Essa si applica ai proprietari di foreste (persone fisiche, enti dotati o meno di personalità giuridica) e ai locatari di foreste statali o comunali.

Anche per quanto attiene al tributo in esame l'imposizione avviene sulla base dell'unità di misura dell'ettaro convenzionale, ovvero di parametri-unità di calcolo che tengono in considerazione la qualità del terreno e le principali specie di alberi che crescono nell'area forestale.

(83) Il reddito prodotto da attività agricole specializzate è assoggettato alle imposte personali sul reddito; le cooperative agricole e le imprese agricole statali, tuttavia, sono assoggettate solo all'imposta agricola.

(84) All'imposta agricola sono soggette in ogni caso solo le aziende agricole con oltre un ettaro di superficie e con un'area produttiva superiore ad un ettaro convenzionale.

4.11. Le imposte locali. L'imposta sulla proprietà urbana

L'imposta sulla proprietà urbana ha carattere locale ed è regolata dalla legge sui tributi locali del 1991.

Essa assoggetta ad imposizione le proprietà urbane (ovvero gli edifici o le parti di essi non usate in connessione con attività agricole), le costruzioni o le installazioni fisse connesse con un'attività economica ed i terreni non utilizzati in connessione con l'attività agricola).

L'ambito applicativo di dette imposte è stabilito dalla legge sui tributi locali (nel caso peraltro che un fondo non risulti soggetto alle disposizioni della legge sull'imposta agricola o quella sull'imposta sulle foreste troverà applicazione l'imposta sulla proprietà urbana).

Soggetti passivi del tributo in questione sono le persone fisiche, le persone giuridiche e gli enti senza personalità giuridica proprietari di edifici, di parti di edifici e di terreni non utilizzati a scopi agricoli (giardini o terreni industriali).

La base imponibile è costituita dalla superficie della proprietà urbana.

L'imposta è soggetta a liquidazione ogni quadrimestre.

Le aliquote dell'imposta sulla proprietà urbana sono fissate dal Ministro delle Finanze, ma non possono eccedere in un anno lo 0, 1% del valore delle case di abitazione, il 2% del valore degli edifici non abitabili ed inoltre determinati limiti fissati per metro quadro di superficie dei fondi tassati (85).

Sussistono diverse esenzioni d'imposta che riguardano essenzialmente gli edifici utilizzati a fini pubblici o di pubblica rilevanza.

5. LA TUTELA DELLA PROPRIETÀ INDUSTRIALE ED INTELLETTUALE

Nell'ultimo decennio in Polonia si sono registrati rilevanti cambiamenti in materia di tutela legale della proprietà industriale ed intellettuale ai fini di adeguare la legislazione vigente agli *standard* mondiali ed

(85) I limiti per metro quadro, al 1° gennaio 1998, non possono eccedere:

- a) Plz 0,33 per mq per le abitazioni;
- b) Plz 11,95 per mq per abitazioni usate per attività economiche;
- c) Plz 3,98 per mq per altri edifici e loro parti;
- d) 2% del valore per sedi fisse;
- e) Plz 0,40 per mq per terreni usati per attività economiche;
- f) Plz 0,05 per mq per ogni altro tipo di terreni non assoggettati all'imposta sull'attività agricola.

alle previsioni degli accordi internazionali sottoscritti dallo Stato polacco e di aggiornare la normativa in funzione dei cambiamenti politici ed economici verificatisi dopo il 1989.

Fra gli atti legislativi più importanti entrati in vigore negli ultimi anni, bisogna evidenziare la modificazione della Legge sull'invenzione del 19 ottobre 1972 (avvenuta con Legge del 30 ottobre 1992) e l'introduzione della Legge del 4 febbraio 1994 sui diritti d'autore ed affini.

La proprietà industriale (brevetti, modelli di utilità, modelli ornamentali, marchi di fabbrica, ditta) è tutelata pertanto da apposite norme legislative.

I soggetti stranieri, di conseguenza, ai sensi della normativa contenuta nella Legge sulle invenzioni del 19 ottobre 1972, godono del diritto alla tutela in materia di invenzioni sulla base degli accordi internazionali firmati dalla Polonia oppure del principio della reciprocità.

Al riguardo, peraltro, occorre rilevare come la Polonia sia firmataria dei seguenti accordi internazionali in materia di tutela della proprietà industriale ed intellettuale:

a) Convenzione di Berna sulla protezione delle opere di letteratura ed arte (dal 1971);

b) Convenzione sull'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale (dal 1974);

c) Convenzione di Parigi sulla tutela della proprietà industriale (dal 1975);

d) Convenzione generale sui diritti d'autore (dal 1976);

e) Accordo di Madrid sulla registrazione internazionale dei marchi di fabbrica (dal 1991);

f) Trattato sui rapporti commerciali ed economici tra Polonia ed USA (1991).

5.1. I brevetti

A norma della Legge sull'invenzione del 19 ottobre 1972 così come modificata nel 1992, il brevetto conferisce il diritto di esclusiva sull'applicazione dell'invenzione per venti anni (86).

Il diritto al brevetto ed il brevetto sono trasmissibili ed ereditari.

L'avente diritto può conferire ad altra persona la licenza di applicare la propria invenzione.

La concessione di brevetto è subordinata alla presentazione di domanda all'Ufficio brevetti con allegata la descrizione dell'invenzione.

(86) Per un'analisi più accurata della Legge polacca sui brevetti si rimanda a E. VASCO, *La Polonia brevetta l'economia di mercato*, in "Comm. int.", 1998, 124.

La tutela delle invenzioni si correla alla riscossione di una tassa *una tantum* e di tasse periodiche per l'intera durata del periodo di tutela (87).

5.2. I modelli di utilità

La tutela di un modello di utilità è subordinata alla presentazione di domanda all'Ufficio brevetti, il quale conferisce i relativi diritti ed emette il certificato di tutela.

Il diritto di tutela consente di servirsi in esclusiva del modello protetto in territorio polacco.

Il diritto resta in vigore per 5 anni dalla data di presentazione del modello all'Ufficio brevetti e la sua validità può essere prorogata di altri 5 anni.

La tutela dei modelli di utilità si correla alla riscossione di una tassa *una tantum* e di tasse periodiche per l'intera durata del periodo di tutela

5.3. I modelli ornamentali

Anche la tutela dei modelli ornamentali (88) è subordinata alla presentazione di apposita domanda all'Ufficio brevetti.

Il certificato rilasciato da quest'ultimo identifica il proprietario del modello ed attesta il diritto del titolare a servirsene in esclusiva.

I modelli ornamentali, per i quali è stato rilasciato il certificato di tutela, sono iscritti nell'apposito registro.

Il diritto di esclusiva sul modello ornamentale rimane valido per 5 anni dalla data della sua presentazione all'Ufficio brevetti e può essere prorogato di altri 5 anni.

Non sono invece emessi certificati di tutela per i modelli ornamentali, la cui utilizzazione sarebbe in contrasto con le norme vigenti o l'ordine pubblico.

Anche la tutela dei modelli ornamentali si correla alla riscossione di una tassa *una tantum* e di tasse periodiche per l'intera durata del periodo di tutela

5.4. I marchi di impresa

I marchi di impresa (marchi di fabbrica e di commercio) sono tutelati dalla Legge sui marchi di impresa del 31 gennaio 1985.

(87) La tabella delle tasse in vigore è stata pubblicata nella Gazz. Uff. n. 36 del 6 maggio 1993.

(88) Vedasi al riguardo il Decreto del Consiglio dei Ministri del 29 gennaio 1963.

Un marchio di impresa può essere registrato e tutelato solo se distingue merci o servizi prodotti o commercializzati da un'impresa da merci e servizi dello stesso genere prodotti o commercializzati da altre imprese.

Il marchio di impresa è tutelato dal momento della sua registrazione presso l'Ufficio brevetti.

Ogni marchio di impresa universalmente noto gode di tutela (anche se non registrato) se per una parte rilevante dei potenziali acquirenti si associa direttamente a una merce o a un servizio di quel genere.

La registrazione del marchio comporta l'emissione del certificato di tutela.

Il diritto al marchio di impresa è concesso per dieci anni, può essere prorogato per un analogo arco temporale ed è trasmissibile.

In caso di difetto d'uso per tre anni consecutivi il diritto alla tutela del marchio decade.

L'uso del marchio può essere oggetto di licenza.

Il deposito della domanda di registrazione è soggetta all'applicazione di un tassa analogamente alla richiesta della tutela del marchio per dieci anni.

5.5. La ditta

La ditta è tutelata da specifiche norme del Codice civile (art. 23) e del Codice commerciale (artt da 26 a 38).

Norme ausiliarie in materia di tutela della proprietà industriale sono inoltre contenute nella Legge del 16 aprile 1993 che reca la disciplina contro la concorrenza sleale.

5.6. La tutela della proprietà intellettuale

La proprietà intellettuale è tutelata dalla legge sui diritti d'autore e sui diritti affini emanata il 4 febbraio 1994 ed entrata in vigore il 23 maggio 1994 (89).

La legge disciplina una vastissima area di attività creative fra le quali (oltre alle opere letterarie, pubblicistiche, scientifiche, musicali, teatra-

(89) Cfr. sull'argomento, in relazione al regime previgente alla legge del 4 febbraio 1994 (ovvero in relazione alla legge sul diritto d'autore del 10 luglio 1952 così come modificata dalla legge del 30 maggio 1989) G. RICCI, *Copyright Protection in Poland, Czech and Slovak Republics and in Hungary*, in "International Business Law Journal", 1994, n. 1, 83 ss.; W.K. SIEVERS - K. BUSCHARDT PISARCZYK, *Setting Up a Business in Poland*, cit., vii.

li, coreografiche, audiovisive, ai programmi informatici, alle opere d'arte ed alla fotografia) è ricompreso il disegno industriale architettonico ed urbanistico.

La legge, fra l'altro, tutela le opere la cui protezione risulti dalle convenzioni internazionali (art. 4, n. 4) sotto il profilo dei diritti d'autore personali e patrimoniali.

La legge, cioè, differenzia tra due tipi di diritto d'autore: il primo è di natura personale e protegge il rapporto di relazione tra l'autore ed il suo lavoro.

Il secondo, invece, è di carattere patrimoniale e attribuisce all'autore, nel caso in cui non sia altrimenti previsto dall'ordinamento giuridico, il diritto esclusivo di utilizzare il proprio lavoro, di controllarne l'applicazione in tutti i settori in cui essa avviene e di ricevere una remunerazione per la relativa utilizzazione.

I diritti personali sono intrasmissibili e non ereditari e sono soggetti ad un tutela non sottoposta a limiti temporali.

I diritti patrimoniali sono invece trasmissibili e possono essere ceduti in base ad accordo contrattuale.

Essi si estinguono dopo cinquant'anni dalla morte dell'autore o, se l'autore è sconosciuto oppure se il titolare di tali diritti è un soggetto diverso dall'autore, dalla data della loro prima pubblicazione (90).

Alfredo Pozzo

(90) A livello normativo vedasi il Decreto del Consiglio dei Ministri del 28 aprile 1993 sulle vertenze, i ricorsi e le tasse riguardanti la tutela di invenzioni, modelli di utilità e di ornamento.

Sezione II - Giurisprudenza
Section II - Decisions of the Courts

Corte di Giustizia della C.E.
Rassegna di giurisprudenza comunitaria

1) Corte di Giustizia delle Comunità Europee, (sesta sezione) - sent. 26/10/1998 - C-47/97, pres. P.J.C. Kapteyn, rel. Ragnemalm - Manifattura italiana Nonwoven spa c/o Direzione regionale delle Entrate per la Toscana

Imposta sul patrimonio netto delle imprese - Effetto economicamente equivalente a imposte indirette di conferimento - Non sussiste

La direttiva del Consiglio 17 luglio n. 69/335/CEE, concernente le imposte indirette sulla raccolta di capitali, come modificata dalla direttiva del Consiglio 85/505/CEE, non osta alla riscossione a carico delle società di capitali dell'imposta sul patrimonio netto delle imprese che non da luogo ad effetti economicamente equivalenti all'imposta indiretta sui conferimenti (1).

(1) La compatibilità dell'imposta italiana sul patrimonio netto delle società con la direttiva 69/335/CEE e con l'ordinamento comunitario è stata affermata dalla Corte di Giustizia nel caso di specie, ma probabilmente senza chiudere in modo definitivo la *quérelle* sull'applicazione di questo tributo. La suprema giurisprudenza comunitaria ha accettato solo in minima parte la tesi del contribuente italiano, statuendo che la valutazione degli ostacoli di natura tributaria alle libertà comunitarie va compiuta dalla Corte sulla base delle caratteristiche oggettive del tributo, indipendentemente dalle qualificazioni (di imposta diretta o indiretta) nel diritto interno. Tuttavia, la mancata presupposizione del movimento di capitali da parte dell'imposta sul patrimonio e la base imponibile gravante il valore netto risultante dal bilancio societario hanno spinto la Corte a scongiurare ogni rischio di caducazione di quest'imposta, attualmente prelevata in forma analoga in sei Paesi della UE.

Sebbene la valutazione dell'impatto dell'imposizione patrimoniale sulle libertà fondamentali comunitarie rappresenti una decisione di particolare gravità che non può scaturire a livello interpretativo in sede giudiziale - ma deve essere il frutto di scelte di ben precise politiche comunitarie in sede di Consiglio - nel caso di specie il contribuente aveva fornito prova concreta di un'incidenza indiretta dell'imposta patrimoniale sul capitale conferito in società in modo quattro volte superiore al limite massimo previsto dalla direttiva. Giova rammentare che la libertà di circolazione dei capitali nella UE è dall'1.1.1994 (data successiva agli anni di imposta oggetto della controversia *de qua*) quasi totale e chiaramente estesa fino a coprire le forme di restrizione indiretta, come si evince dall'art. 73, lettera d), comma 3, del Trattato CE. D'altra parte, sin dal lontano caso *Schumacker*, è ormai principio giurisprudenziale comunitario consolidato quello per cui il mantenimento delle prerogative tributarie a livello degli Stati membri non può risolversi a discapito del rispetto della normativa comunitaria.

Possibili casi di tempestivo rimborso rifiutati dall'Amministrazione finan-

ziaria italiana potrebbero dunque riaprire il problema in attesa di un intervento organico del Consiglio sui rapporti tra l'imposizione diretta ed il diritto comunitario.

1. Con ordinanza 18 ottobre 1996, pervenuta in cancelleria il 9 gennaio 1997, la Commissione tributaria provinciale di Firenze ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione 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").

2. Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la Manifattura italiana Nonwoven SpA (in prosieguo: la "Nonwoven") e la Direzione regionale delle entrate per la Toscana (in prosieguo: l'"amministrazione tributaria") riguardo alla domanda della Nonwoven diretta al rimborso di una somma versata a titolo di imposta sul patrimonio netto delle imprese.

3. La direttiva mira, in particolare, ad armonizzare gli elementi che contribuiscono alla fissazione e alla riscossione dell'imposta gravante sui conferimenti di capitali nelle società nell'ambito della Comunità, nel contesto dell'eliminazione degli ostacoli fiscali che si frappongono alla libera circolazione dei capitali (vd., in particolare, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96, Solred, Racc. pag. I-937, punto 3).

4. L'art. 4, n. 1, della direttiva dispone:

«Sono sottoposte 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 (...).

5. L'art. 4, n. 1, lettere e) ed h), della direttiva stabilisce che il trasferimento da un paese terzo o da un altro Stato membro della sede della direzione effettiva o della sede statutaria di una società di capitali è anch'esso soggetto all'imposta sui conferimenti.

6. L'art. 4, n. 2, della direttiva elenca le diverse operazioni che possono essere assoggettate all'imposta sui conferimenti:

- «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 un aumento del capitale sociale, ma che trovano la loro contropartita in una modifica dei diritti so-

ciali ovvero che possono 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».

7. L'art. 7, n. 2, della direttiva dispone che gli Stati membri possono esentare dall'imposta sui conferimenti o assoggettare ad un'unica aliquota non superiore all'1% talune operazioni previste dalla direttiva.

8. La direttiva prescrive anche, ai sensi dell'ultimo "considerando", la soppressione di altre imposte indirette aventi le stesse caratteristiche dell'imposta sui conferimenti e dell'imposta di bollo sui titoli e il cui mantenimento rischia di rimettere in questione le misure previste dalla medesima direttiva. Tali tributi, di cui è vietata la riscossione, sono in particolare elencati nell'art. 10 della direttiva, ai sensi del 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, 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».

9. L'imposta sul patrimonio netto delle imprese è stata introdotta nel sistema tributario italiano con il decreto legge 30 settembre 1992, n. 394 (GU-Ri n. 230 del 30 settembre 1992). I soggetti passivi dell'imposta sono, in particolare, le società di capitali, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, gli enti pubblici e privati diversi dalle società, che hanno per oggetto esclusivo e/o principale l'esercizio di attività commerciali, nonché le persone fisiche che svolgono attività produttive di reddito d'impresa.

10. La base imponibile dell'imposta è costituita dal patrimonio netto della società risultante dal bilancio di fine esercizio, detratti gli utili dell'esercizio considerato, e comprendente in particolare i seguenti elementi:

- il capitale sociale sottoscritto, ancorché non versato, nonché i versamenti a fondo perduto o in conto capitale eseguiti dai soci;

- le riserve variamente denominate e costituite: riserva legale o statutaria, riserve da sovrapprezzo delle azioni o per azioni proprie in portafoglio, riserve vincolate al reinvestimento e altre riserve o fondi;

- i fondi destinati alla copertura di oneri generici ed a futuri investimenti;

- gli utili di precedenti esercizi riportati a nuovo;

- le perdite afferenti all'esercizio considerato e le eventuali perdite di

esercizi precedenti riportate a nuovo.

11. Dal patrimonio imponibile sono detratte le partecipazioni azionarie, possedute alla fine dell'esercizio da almeno tre mesi, in società assoggettate all'imposta medesima.

12. L'aliquota dell'imposta è pari allo 0,75% del patrimonio netto risultante alla chiusura del periodo d'imposta.

13. La procedura di recupero e il contenzioso sono disciplinati dalle norme in materia di imposta sui redditi.

14. Il 30 novembre 1994 la Nonwoven, non avendo ottenuto risposta da parte dell'amministrazione tributaria alla domanda di rimborso della somma di 93 063 000 LIT che aveva dovuto versare come imposta sul patrimonio netto delle imprese per i periodi d'imposta 1992 e 1993, ha presentato dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Firenze un ricorso avverso il silenzio-rifiuto opposto alla detta domanda.

15. A sostegno del ricorso la Nonwoven ha fatto valere che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è illegittima in quanto grava sul capitale sociale che è già stato assoggettato all'imposta di registro allorché è stato conferito alla società. Pertanto essa disconoscerebbe il divieto, sancito dalla direttiva, di assoggettare la raccolta di capitali a qualsiasi altro tributo diverso dall'imposta sui conferimenti.

16. L'amministrazione tributaria ha contestato tale argomentazione, deducendo, da un lato, che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è un'imposta diretta, per cui sarebbe erroneo sostenere che possa considerarsi, sia sotto il profilo giuridico che sotto quello economico, come imposta indiretta, e, dall'altro, che, per la sua natura, essa esula dalla sfera d'applicazione della direttiva.

17. In considerazione degli argomenti dinanzi ad esso prospettati il giudice nazionale ha ritenuto che la soluzione della controversia dipenda essenzialmente dall'applicabilità della direttiva in ordine alla decisione sulla domanda di rimborso ad esso sottoposta, nonostante che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese sia unanimemente qualificata come imposta diretta. La Commissione tributaria provinciale di Firenze ha quindi deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione:

«Se sia compatibile con l'ordinamento comunitario, e segnatamente con la direttiva n. 69/335/CEE, la previsione legislativa di un'imposta sul patrimonio netto delle società di capitali che abbia effetti economicamente equivalenti a quelli di un'imposta indiretta sui conferimenti».

18. Il giudice *a quo* chiede quindi, in sostanza, se la direttiva osti alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese.

19. In via preliminare, poiché il giudice *a quo* ha accertato che l'imposta sul patrimonio netto delle imprese è unanimemente qualificata come imposta diretta, si deve rilevare che risulta da una giurisprudenza costante che la qualificazione di un'imposta, tassa, dazio o prelievo alla luce del diritto co-

munitario dev'essere compiuta dalla Corte in base alle caratteristiche oggettive del tributo, indipendentemente dalla qualificazione che gli viene attribuita nel diritto nazionale (vd. sentenza 13 febbraio 1996, cause riunite C-197/94 e C-252/94, *Bautiaa e Société française maritime*, Racc. pag. I-505, punto 39, e giurisprudenza citata).

20. In primo luogo, per quanto riguarda le caratteristiche oggettive dell'imposta di cui trattasi nella causa *a qua*, occorre osservare, come ha fatto l'avvocato generale nel paragrafo 14 delle sue conclusioni, che le varie operazioni che, ai sensi dell'art. 4, n. 1, della direttiva, devono essere assoggettate all'imposta sui conferimenti sono tutte caratterizzate dal trasferimento di capitali o di beni ad una società di capitali nello Stato membro che riscuote l'imposta. Del pari, le categorie di operazioni che, ai sensi dell'art. 4, n. 2, possono essere assoggettate a tale tributo si risolvono tutte in un effettivo aumento del capitale o del patrimonio sociale.

21. Per contro, l'imposta sul patrimonio, come quella in esame nella causa *a qua*, è riscossa annualmente, al momento della chiusura dell'esercizio, sul patrimonio sociale netto delle imprese risultante dal bilancio. Essa non presuppone alcuna operazione implicante un movimento di capitali o di beni e non corrisponde quindi a nessuna delle operazioni imponibili enumerate nell'art. 4 della direttiva, al quale fa riferimento l'art. 10, lettere a) e b).

22. In secondo luogo, anche se la base dell'imposta di cui alla causa *a qua* tiene conto dell'ammontare del capitale sottoscritto, che deve o può essere assoggettato all'imposta sui conferimenti, tale capitale rappresenta solo un componente del patrimonio netto delle imprese. Infatti la base imponibile è costituita dalla somma di svariate voci contabili, tra le quali le riserve o i fondi nonché gli utili degli esercizi precedenti portati a nuovo e le perdite, tanto quelle dell'esercizio attuale che quelle degli esercizi anteriori.

23. Pertanto un'imposta siffatta, diversamente dall'imposta sui conferimenti che colpisce operazioni per la raccolta di capitali, è riscossa sul patrimonio netto delle società di capitali, come definito dalla normativa nazionale. Di conseguenza, e contrariamente a quanto sostenuto dalla *Nonwoven*, l'imposta di cui trattasi nella causa *a qua* non si risolve in un aumento dell'aliquota dell'imposta sui conferimenti o in un'ulteriore riscossione di tale imposta.

24. Ne risulta che un'imposta come quella di cui trattasi nella causa *a qua* non costituisce un'imposta sui conferimenti né un'imposta avente le stesse caratteristiche di questa.

25. Pertanto, la questione sollevata dev'essere risolta nel senso che la direttiva non osta alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese.

Sulle spese

26. Le spese sostenute dai governi italiano ed ellenico nonché della Commissione delle Comunità europee che hanno presentato osservazioni al-

la 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 (Sesta Sezione)

pronunciandosi sulla questione sottoposta dalla Commissione tributaria provinciale di Firenze con ordinanza 18 ottobre 1996, dichiara:

La 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, non osta alla riscossione, a carico delle società di capitali, di un'imposta come l'imposta sul patrimonio netto delle imprese.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 27 ottobre 1998.

Il cancelliere
R. Grass

Il presidente della Sesta Sezione
P.J.G. Kapteyn

*
* *

1. By order of 18 October 1996, received at the Court on 9 January 1997, the Commissione Tributaria Provinciale di Firenze (Provincial Tax Court, Florence) referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EC Treaty a question concerning the interpretation of Council Directive 69/335/CEE 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 Directive").

2. That question has arisen in a dispute between Manifattura Italiana Nonwomen SpA ("Nonwoven") and the Direzione Regionale delle Entrate per la Toscana (Regional Revenue Directorate for Tuscany) ("the revenue authority") concerning Nonwoven's application for reimbursement of an amount paid as tax on companies' net assets.

3. The Directive is aimed in particular at achieving harmonisation of the factors involved in the fixing and levying of capital duty in the Community, by means of the elimination of tax obstacles which interfere with the free movement of capital (see, *inter alia*, Case C-347/96 *Solred v Administración General del Estado* [1998] ECR I-937, paragraph 3).

4. L'art. 4, n. 1, of the Directive provides as follows:

«The following transactions shall be subject to capital duty:

- a) the formation of a capital company;
- b) the conversion into a capital company of a company, firm, association or legal person which is not a capital company;
- c) an increase in the capital of a capital company by contribution of assets of any kind;
- d) an increase in the assets of a capital company by contribution of assets of any kind, in consideration, not of shares in the capital or assets of the company, but of rights of the same kind as those of members... .»

5. Article 4, n. 1, letters e) to h) of the Directive provides that the transfer from a non-member country to a Member State of the effective centre of management or the registered office of a capital company is also subject to capital duty.

6. Article 4, n. 2 of the Directive lists the various transactions which may be subject to capital duty:

- «a) an increase in the capital of a capital company by capitalisation of profits or of permanent or temporary reserves;
- b) an increase in the capital of a capital company by capitalisation of profits or of permanent or temporary reserves;
- c) a loan taken up by a capital company, if the creditor is entitled to a share in the profits of the company;
- d) a loan taken up by a capital company with a member or a member's spouse or child, or a loan taken up with a third party, if it is guaranteed by a member, on condition that such loans have the same function as an increase in the company's capital.»

7. Under Article 7, n. 2 of the Directive, Member States may either exempt from capital duty certain transactions referred to therein or charge duty on them at a single rate not exceeding 1%.

8. In accordance with the final recital in its preamble, the Directive also provides for the abolition of other indirect taxes having the same characteristics as capital duty or stamp duty on securities, the retention of which might frustrate the purpose of the measures provided for in the Directive. Those taxes, levying of which is prohibited, are set out, *inter alia*, in Article 10 of the Directive, which reads as follows:

«Apart from capital duty, Member States shall not charge, with regard to companies, firms, associations or legal persons operating for profit, any taxes whatsoever:

- a) in respect of the transactions referred to in Article 4;
- b) in respect of contributions, loans or the provision of services, occurring as part of the transactions referred to in Article 4;
- c) in respect of registration or any other formality required before the commencement of business to which a company, firm, association or legal person operating for profit may be subject by reason of its legal form.»

9. By Decree-Law No 394 of 30 September 1992 (GURI No 230 of 30 September 1992), a tax on companies' net assets was introduced into the

Italian tax system. Those subject to this tax include capital companies, cooperative companies, mutual insurance companies, public and private bodies which are not companies but which have as their exclusive and/or main purpose the exercise of commercial activities, as well as natural persons engaged in activities generating corporate revenue.

10. The base of the tax consists of the net assets, as set out in the end-of-year balance sheet, less the profits for that year, comprising, in particular, the following elements:

- subscribed capital, even if not yet paid up, as well as payments made by members into a sinking fund or on capital account;

- various reserves: statutory reserves or reserves required under the statutes of the company, share premium reserves or reserves in respect of own shares in portfolio, reserves linked to reinvestment, and other reserves or funds;

- provisions for risks and charges and for future investments;

- profits carried over from previous financial years;

- losses for the present financial year and those carried over from previous financial years.

11. Holdings in the form of shares held for at least three months at the end of the financial year in companies which are themselves subject to the tax on companies' net assets are deducted from the taxable assets.

12. The rate of the tax is fixed at 0.75% of the net assets at the end of the taxable period.

13. Recovery procedures and disputes are governed by the rules applicable to revenue tax.

14. After obtaining no response from the revenue authority to its request for repayment of the sum of LIT 93 063 000 which it had had to pay in respect of tax on its net assets for the 1992 and 1993 tax years, Nonwoven instituted proceedings before the Commissione Tributaria Provinciale di Firenze on 30 November 1994 against the implied refusal of that request.

15. In support of its action, Nonwoven argued that the tax on companies' net assets was unlawful on the ground that it was levied on capital which had already been subject to a registration charge which brought into the company. Consequently, the tax contravened the prohibition in the Directive of making the raising of capital subject to any charge other than capital duty.

16. The revenue authority contested that argument. It maintained that the tax on companies' net assets was a direct tax, that it would be wrong to construe it as amounting, from the legal and economic point of view, to an indirect tax, and that, by its nature, the tax fell outside the scope of the Directive.

17. In light of the arguments presented to it, the national court formed the view that determination of the case depended primarily on the reply to the question whether the Directive was applicable for the purpose of ruling on the claim for repayment, even though the tax on companies' net assets

was unanimously classified as a direct tax. The Commissione Tributaria Provinciale di Firenze accordingly decided to stay the proceedings and to refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

«Is a statutory tax on the net assets of companies with share capital which has effects economically equivalent to those of an indirect tax on capital contributions compatible with Community law and in particular with Directive 69/335/EEC?»

18. The national court is therefore essentially asking whether the Directive precludes the levying on capital companies of a tax such as the Italian tax on companies' net assets.

19. Since the national court states that the tax on companies' net assets is unanimously classified as a direct tax, it must be observed first of all that, according to settled case-law, the nature of a tax, duty or charge must be determined by the Court, under Community law, according to the objective characteristics by which it is levied, irrespective of its classification under national law (Joined Cases C-197/94 and C-252/94 *Bautiaa and Société Française Maritime* [1996] ECR I-505, paragraph 39, and the case-law there cited).

20. As far as the objective characteristics of the tax at issue are concerned, as the Advocate General states in paragraph 14 of his Opinion, the various transactions which, in accordance with Article 4, n. 1 of the Directive, must be subjected to capital company in the taxing Member State. Similarly, the categories of transaction which, under Article 4, n. 2, may be subject to capital duty all result in an effective increase in the company's capital or assets.

21. A tax on assets such as that at issue, on the other hand, is levied annually, at the end of the financial year, on the net assets of companies as set out in their balance sheets. It does not presuppose any transaction involving the movement of capital or assets and thus does not correspond to any of the taxable transactions mentioned in Article 4 of the Directive, to which Article 10, letters a) and b) refers.

22. Second, while it is true that the base of the tax at issue takes into account the amount of capital subscribed, which must or may be subject to capital duty, that capital is only one component of a company's net assets: the tax base consists of the sum of several accounting items, including reserves or funds as well as profits carried over from previous years and losses, both those of the present financial year and those of previous financial years.

23. Thus, such a tax, unlike capital duty on capital-raising transactions, is levied on the net assets of capital companies, that is to say, on the total assets and liabilities of those companies, as defined by national legislation. Consequently, and contrary to the arguments put forward by Nonwoven, the tax at issue in the main proceedings does not involve an increase in the rate of capital duty or a fresh levying of such duty.

24. It follows that a tax such as that at issue in the main proceedings is neither a capital duty nor a tax having the same characteristics as such a duty.

25. The answer to the question submitted must therefore be that the Directive does not preclude the levying on capital companies of a tax such as the Italian tax on companies' net assets.

Costs

26. The costs incurred by the Italian and Greek Governments and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT (Sixth Chamber)

in answer to the question referred to it by the Commissione Tributaria Provinciale di Firenze by order of 18 October 1996, hereby rules:

272

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 on capital companies of a tax such as the tax on companies' net assets.

Delivered in open court in Luxembourg on 27 October 1998.

R. Grass
Registrar

P.J.G. Kapteyn
President of the Sixth Chamber

Lingua processuale: l'italiano.
Language of the case: italian

2) Corte di Giustizia delle Comunità Europee (quinta sezione), sent. 3/12/1998, causa C-381/97

pres. G. Puissechet, rel. P. Jann - Belgocodex c/o Etat Belge

Sistema comune di imposizione sul valore aggiunto - opzioni relative ad esenzioni consentite dall'art. 13-B della VI direttiva - restrizione diritto di opzione - violazione conseguente a indeducibilità - Sussiste. Competenza giudice nazionale - Sussiste

L'articolo 2 della prima direttiva 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, non si oppone a che uno stato membro

- che ha fatto uso della possibilità prevista dall'articolo 13-C, della sesta direttiva del consiglio del 17/5/77 in materia di armonizzazione delle legislazioni degli stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme e

- che ha così concesso ai suoi soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione di talune locazioni di immobili, sopprima con una legge posteriore tale diritto di opzione e reintroduca così l'esenzione.

Spetta al giudice nazionale valutare se una violazione dei principi della tutela del legittimo affidamento o della certezza del diritto sia stata commessa con l'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è stato adottato (1).

(1) La controversia, instauratasi tra una società di diritto belga (Belgocodex) e l'amministrazione dell'imposta di valore aggiunto, del registro e del demanio dello Stato belga verte sull'esenzione dall'imposizione dell'Iva di affitto e locazione di beni immobili e sul diritto per gli stati membri di optare per l'imposizione, nonché sulla tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto con riferimento all'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è stato mai adottato.

La sentenza si sofferma in particolare sull'articolo 2 della prima direttiva che enuncia il principio di neutralità fiscale, sul disposto dell'articolo 13-B della sesta direttiva che disciplina l'esonero per gli stati membri, delle prestazioni relative all'affitto e la locazione di beni immobili e sull'articolo 13-C di detta direttiva che prevede il diritto per gli stati membri di consentire ai loro soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione in caso di affitto e locazione di beni immobili.

È necessario inoltre precisare che in Belgio la legge 28 dicembre 1992 ha introdotto nel codice belga dell'Iva l'articolo 44, n. 3, comma 2, *sub-c)* che assoggettava all'Iva "le locazioni ad un soggetto passivo per esigenze della sua attività economica, di edifici diversi da quelli che costituiscono oggetto di un contratto (di locazione - finanziamento), qualora il locatore abbia manifestato la sua intenzione di locare l'immobile con l'applicazione di imposta, il Re stabilisce la forma dell'opzione ed il modo di esercitarla nonché i requi-

siti cui deve soddisfare il contratto di locazione”.

Tuttavia i provvedimenti di esecuzione di detta legge, entrata in vigore il primo gennaio del 1993 non sono stati adottati e la legge 6 gennaio 1994 ha poi abrogato con effetto retroattivo al 1° gennaio 1993 detta disposizione che assoggettava ad imposizione l'affitto e le locazioni nei casi previsti dalla legge.

Nel caso in esame, la società Belgocodex ai sensi dell'articolo 44, n. 3, comma 2, del codice belga sull'Iva aveva dedotto le imposte gravanti sui lavori di ristrutturazione (iniziati nel 1990 e terminati nel 1993) di taluni immobili di cui la società risultava comproprietaria e destinati alla locazione; tuttavia l'Amministrazione finanziaria aveva disconosciuto il diritto alla deduzione considerando la locazione di immobil un'attività esente.

La sentenza appare di particolare interesse perché evidenzia che l'esenzione dall'Iva delle locazioni immobiliari a conduttori soggetti passivi può risultare incompatibile con il principio di neutralità fiscale di cui all'articolo 2 della prima direttiva poiché interrompendo il ciclo delle deduzioni aumenta l'onere fiscale.

Inoltre, il caso in esame (la Corte si è infatti più volte pronunciata in materia di esenzione di affitto e locazione di immobili) evidenzia la tendenza da parte degli stati per la detrazione, infatti il disposto dell'articolo 13-C, prevedendo la possibilità per gli stati membri di consentire ai soggetti passivi di optare per l'imposizione, dimostra che l'armonizzazione comunitaria dovrebbe propendere per l'assoggettamento all'imposta di dette locazioni.

Tuttavia, gli stati membri hanno un'ampia discrezionalità di concedere l'opzione ai sensi dell'articolo 13-C e di reintrodurre l'esenzione prevista dall'articolo 13-B, in considerazione della situazione esistente nei singoli paesi a prescindere dal fatto che precedentemente si sia esercitata o meno l'opzione.

È tuttavia interessante rilevare come la Corte concluda a tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto quali principi dell'ordinamento giuridico comunitario che devono essere rispettati dai singoli stati membri nell'esercizio dei poteri che vengono loro attribuiti dalle direttive comunitarie, rimettendo al giudice nazionale la valutazione dell'esistenza o meno di una violazione di detti principi a seguito dell'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è stato mai adottato.

1. Con sentenza 3 novembre 1997, pervenuta alla Corte il 7 novembre seguente, il Tribunal de première instance di Nivelles ha sottoposto, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 2 della prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari (GU 1967, 71, pag. 1301; in prosieguo: la "prima direttiva"), e dell'art. 13-C della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145,

pag. 1; in prosieguo: la "sesta direttiva").

2. Tale questione è stata sollevata nell'ambito di una controversia tra la società di diritto belga Belgocodex SA (in prosieguo: la "Belgocodex") e l'amministrazione dell'imposta sul valore aggiunto, del registro e del demanio dello Stato belga (in prosieguo: l'"amministrazione") circa il diritto di optare per l'imposizione in caso di affitto e di locazione di beni immobili.

3. L'art. 2 della prima direttiva prevede: "Il principio del sistema comune di imposta sul valore aggiunto consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e di distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione.

A ciascuna transazione, l'imposta sul valore aggiunto, calcolata sul prezzo del bene o del servizio all'aliquota applicabile al suddetto bene o servizio, è esigibile, previa deduzione dell'ammontare dell'imposta sul valore aggiunto che ha gravato direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo.

(...)"

4. La sesta direttiva stabilisce all'art. 13-B:

"Fatte salve altre disposizioni comunitarie, gli Stati membri esonerano, alle condizioni da essi stabilite per assicurare la corretta e semplice applicazione delle esenzioni sottoelencate e per prevenire ogni possibile frode, evasione ed abuso:

(...)

b) l'affitto e la locazione di beni immobili (...).

Gli Stati membri possono stabilire ulteriori esclusioni al campo di applicazione di tale esenzione".

5. Sotto il titolo "Opzioni" l'art. 13-C di tale direttiva stabilisce:

"Gli Stati membri possono accordare ai loro soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione in caso di:

a) affitto e locazione di beni immobili;

(...).

Gli Stati membri possono restringere la portata del diritto di opzione e ne stabiliscono le modalità di esercizio".

6. In Belgio, la legge 28 dicembre 1992, che modifica il codice dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'"IVA") e il codice dei diritti di registro, di ipoteca e di cancelleria (*Moniteur belge* 31 dicembre 1992, pag. 27577) ha introdotto nel codice belga dell'IVA l'art. 44, n. 3, comma 2, *sub-c*), in virtù del quale sono assoggettate all'IVA "le locazioni ad un soggetto passivo, per le esigenze della sua attività economica, di edifici diversi da quelli che costituiscono oggetto di un contratto (di locazione-finanziamento), qualora il locatore abbia manifestato la sua intenzione di locare l'immobile con applicazione dell'imposta; il Re stabilisce la forma dell'opzione, il modo di esercitarla nonché i requisiti cui deve soddisfare il contratto di locazione". Questa legge è entrata in vigore il 1° gennaio 1993. I provvedimenti di ese-

cuzione previsti dalla legge non sono stati tuttavia adottati.

7. La disposizione sopra menzionata è stata abrogata dalla legge 6 luglio 1994, recante disposizioni fiscali (*Moniteur belge* 16 luglio 1994, pag. 18705; detta "loi de réparation"). Ai sensi dell'art. 91 di quest'ultima, tale abrogazione ha avuto effetto retroattivo al 1° gennaio 1993.

8. Dall'ordinanza di rinvio risulta che nel 1990 la Belgocodex ha acquisito in comproprietà, nella misura del 25%, un complesso costituito da un terreno e da edifici destinati ad essere rinnovati per essere usati come uffici o esercizi commerciali. I lavori di rinnovamento, iniziati nel 1990 e proseguiti fino al 1993, sono stati effettuati da un imprenditore che ha fatturato le sue prestazioni contabilizzando l'IVA.

9. Avendo dato l'edificio in locazione ad un soggetto passivo che lo utilizza nell'ambito della sua attività economica, la Belgocodex, ai sensi dell'art. 44, n. 3, comma 2, lettera c), del codice belga dell'IVA ha proceduto alla deduzione delle imposte che avevano gravato a monte il costo dei lavori di rinnovamento e di ristrutturazione dell'immobile dato in locazione.

10. In seguito ad un controllo effettuato nel 1995, l'amministrazione ha rimesso in discussione le deduzioni dell'IVA operate tra il 1° luglio 1990 e il 31 dicembre 1994 per un importo di 1.852.365 BFR in conto capitale, oltre agli interessi di mora e alle penalità. A suo parere la locazione di beni immobili era un'attività esonerata che non consentiva la deduzione delle imposte versate a monte.

276

11. Il 3 giugno 1996 la Belgocodex ha presentato un ricorso dinanzi al Tribunal de première instance di Nivelles contro questa decisione, sostenendo che era autorizzata a dedurre le imposte versate a monte in forza della legge 28 dicembre 1992 che aveva introdotto un diritto di opzione in materia. La loi de réparation, che ha abrogato il diritto di opzione e così facendo la possibilità di dedurre le imposte versate a monte, sarebbe incompatibile con le direttive comunitarie in materia di IVA.

12. Ritenendo che la soluzione della controversia dipendesse dall'interpretazione della prima e della sesta direttiva, il Tribunal de première instance di Nivelles ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione:

"Se l'art. 2 della prima direttiva del Consiglio 11 aprile 1967, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, che enuncia il principio del sistema comune dell'imposta sul valore aggiunto, osti a che uno Stato membro - nella specie il Belgio - che si è avvalso della facoltà contemplata dall'art. 13-C, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, e che ha quindi accordato ai soggetti passivi il diritto di opzione per la tassazione di talune locazioni immobiliari, abolisca con una legge successiva il detto diritto di opzione e ripristini così integralmente l'esenzione".

Sulla questione pregiudiziale

13. L'attrice nella causa principale ritiene che occorra risolvere affermativamente tale questione. A suo parere, l'esenzione dall'IVA delle locazioni immobiliari a conduttori soggetti passivi è incompatibile con il principio della neutralità fiscale, enunciato dall'art. 2 della prima direttiva, poiché interrompe la catena delle deduzioni e accresce l'onere fiscale. Data la sua natura derogatoria, questa esenzione dovrebbe essere interpretata in maniera restrittiva. Il fatto che la sesta direttiva, all'art. 13-C, invita gli Stati membri a ridurre il campo d'applicazione dell'esenzione delle locazioni immobiliari, consentendo loro di conferire ai soggetti passivi la possibilità di optare per l'imposizione, dimostrerebbe che la convergenza e l'armonizzazione comunitarie devono andare nel senso dell'assoggettamento ad imposta di queste locazioni. Ne deriverebbe che, allorché uno Stato membro ha deciso di ridurre il campo d'applicazione dell'esenzione, esso non potrebbe più ricredersi e reintrodurre l'esenzione successivamente.

14. Il governo belga e la Commissione ritengono per contro che gli Stati membri possono in qualsiasi momento ritornare indietro circa il conferimento della facoltà di opzione per applicare il regime di esenzione dell'art. 13-B, della sesta direttiva e che l'art. 2, della prima direttiva non si oppone al modo in cui ha proceduto il legislatore belga. La facoltà lasciata agli Stati membri dell'art. 13-C di concedere ai soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione di talune locazioni immobiliari comporterebbe anche la possibilità contraria, cioè la soppressione del regime facoltativo e la reintroduzione dell'esenzione prevista dall'art. 13-B.

15. A tal riguardo occorre ricordare che la sesta direttiva introduce nel titolo X (artt. 13-16) un regime di esenzione dall'IVA a favore di talune operazioni. Tra i casi di esenzione figurano, in forza dell'art. 13-B, *sub-b*), l'affitto e la locazione di beni immobili. Per queste operazioni, gli Stati membri hanno tuttavia la facoltà, in applicazione dell'art. 13-C, comma 1, *sub-a*), di reintrodurre l'imposizione mediante un diritto di opzione che essi possono accordare ai loro soggetti passivi. In forza dell'art. 13-C, comma 2, gli Stati membri possono restringere la portata di questo diritto di opzione e stabilirne le modalità di esercizio.

16. Come la Corte ha già dichiarato, gli Stati membri possono, in forza di questa facoltà, dare, ai beneficiari delle esenzioni previste dalla direttiva, la possibilità di rinunciare all'esenzione, o in tutti i casi o entro certi limiti, o ancora secondo determinate modalità (sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81, Racc. pag. 53, punto 38).

17. Ne deriva, come sottolinea anche la Commissione, che gli Stati membri dispongono di un ampio potere discrezionale nell'ambito delle disposizioni dell'art. 13-B e C. Infatti, spetta loro valutare se occorra introdurre o meno il diritto di opzione, in base a quanto essi ritengano opportuno in funzione del contesto esistente nel loro paese in un dato momento. La libertà di accordare o meno il diritto di opzione non è limitata nel tempo né dal fatto che una decisione

contraria sia stata adottata in un periodo precedente. Gli Stati membri possono quindi anche, nell'ambito delle loro competenze nazionali, revocare il diritto di opzione dopo averlo introdotto e ritornare alla regola di base che è l'esenzione dall'imposizione per le operazioni di affitto e di locazione di beni immobili.

18. Contrariamente a quanto è stato sostenuto dall'attrice nella causa principale, questa soluzione non è rimessa in discussione dal principio della neutralità fiscale. Certo questo principio, che ha trovato la sua espressione nell'art. 2 della prima direttiva e che è del resto inerente al sistema comune dell'IVA, come risulta anche dal quarto e quinto "considerando" della sesta direttiva, comporta che tutte le attività economiche devono essere trattate allo stesso modo (sentenza 20 giugno 1996, causa C-155/94, Wellcome Trust, Racc. pag. I-3013, punto 38).

19. Tuttavia, esso non ha la portata che gli attribuisce l'attrice nella causa principale. Infatti, dopo l'attuazione, mediante la sesta direttiva, di un sistema armonizzato di esenzioni, ad esso non si può più derogare facendo valere una disposizione della prima direttiva. Inoltre, il principio della neutralità fiscale non si oppone all'introduzione da parte del legislatore nazionale di una serie di eccezioni alla regola dell'assoggettamento ad imposta, le quali sono per di più esplicitamente previste al titolo X della sesta direttiva. Tuttavia, allorché il diritto di opzione è stato accordato ai soggetti passivi dal legislatore nazionale, non si può dedurre dal principio della neutralità fiscale che la scelta di quest'ultimo è irreversibile.

20. L'attrice nella causa principale non può far valere a sostegno della sua analisi la sentenza 17 ottobre 1991, causa C-35/90, Commissione/Spagna (Racc. pag. I-5073).

21. In questa sentenza la Corte ha certo dichiarato che, se uno Stato membro sopprime un'esenzione prevista all'art. 28 della sesta direttiva, non si può successivamente reintrodurre questa esenzione. Tuttavia, questa sentenza riguarda una disposizione della sesta direttiva che non è comparabile con l'art. 13-C. Infatti, l'art. 28 riguarda il periodo transitorio che ha seguito l'adozione della sesta direttiva. Durante questo periodo era consentito agli Stati membri continuare ad esonerare dall'IVA talune operazioni per un dato periodo, al fine di facilitare la transizione e di consentire un adeguamento graduale delle normative nazionali nei settori interessati (sentenza Commissione/Spagna, sopra citata, punto 9). Terminato il periodo transitorio, gli Stati membri erano tuttavia tenuti a sopprimere interamente le esenzioni, il che si opponeva alla possibilità di ripristinare un'esenzione precedentemente abbandonata.

22. Tale non è il caso in una fattispecie quale quella di cui alla causa principale, che riguarda un diritto di opzione che non è assoggettato ad alcuna limitazione nel tempo. Come l'avvocato generale ha rilevato al paragrafo 24 delle sue conclusioni, la giurisprudenza menzionata non può quindi essere traspunta nella presente fattispecie.

23. Infine, la ricorrente nella causa principale invita la Corte a dichiarare che i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto si

oppongono all'abolizione retroattiva della normativa nazionale di cui trattasi. Essa sostiene che, con l'adozione della legge belga 28 dicembre 1992, si sarebbe potuto legittimamente contare sulla concessione del diritto di opzione, indipendentemente dall'adozione del regio decreto di applicazione dell'art. 44, n. 3, comma 2, *sub-c*), del codice belga sull'IVA.

24. Inoltre, la Commissione sostiene che, anche se lo Stato membro di cui trattasi fosse libero di ritornare sulla sua decisione di introdurre il diritto di opzione, esso non potrebbe tuttavia negare l'esistenza dei diritti a deduzione sorti in forza della sesta direttiva. Infatti, poiché l'art. 17 della sesta direttiva prevede che il diritto a deduzione sorge nel momento in cui l'imposta deducibile viene esigibile, ne deriverebbe che uno Stato membro non potrebbe sottrarsi, in maniera retroattiva, alle norme relative al diritto a deduzione una volta che tale diritto è stato concesso.

25. Il governo belga ha precisato all'udienza che, benché il regio decreto sopra menzionato non abbia condizionato l'entrata in vigore della disposizione che introduce il diritto d'opzione, l'inesistenza del decreto che avrebbe dovuto dare attuazione a questa disposizione si opponeva all'esercizio da parte di un soggetto passivo di un tale diritto di opzione.

26. A tal riguardo occorre ricordare che i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario e devono essere rispettati dagli Stati membri nell'esercizio dei poteri che conferiscono loro le direttive comunitarie. Tuttavia, nelle circostanze specifiche del caso di specie, non spetta alla Corte ma al giudice nazionale valutare se una violazione di questi principi sia stata commessa con l'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è mai stato adottato.

27. In considerazione di quanto precede occorre risolvere la questione posta nel senso che l'art. 2 della prima direttiva non si oppone a che uno Stato membro:

- che ha fatto uso della possibilità prevista dall'art. 13-C della sesta direttiva e

- che ha così concesso ai suoi soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione di talune locazioni di immobili

sopprima, con una legge posteriore, tale diritto di opzione e reintroduca così l'esenzione.

Spetta al giudice nazionale valutare se una violazione dei principi della tutela del legittimo affidamento o della certezza del diritto sia stata commessa con l'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è stato adottato.

Sulle spese

28. Le spese sostenute dal governo belga e dalla Commissione delle Comunità europee, 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 sulla questione sottoposta dal Tribunal de Première Instance di Nivelles, con ordinanza 3 novembre 1997, dichiara:

L'art. 2 della prima direttiva 11 aprile 1967, 67/227/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, non si oppone a che uno Stato membro

- che ha fatto uso della possibilità prevista dall'art. 13-C della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari - Sistema comune d'imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, e

- che ha così concesso ai suoi soggetti passivi il diritto di optare per l'imposizione di talune locazioni di immobili

sopprima, con una legge posteriore, tale diritto di opzione e reintroduca così l'esenzione.

Spetta al giudice nazionale valutare se una violazione dei principi della tutela del legittimo affidamento o della certezza del diritto sia stata commessa con l'abolizione retroattiva di una legge il cui decreto di esecuzione non è stato adottato.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 3 dicembre 1998.

Il cancelliere
R. Grass

Il presidente della Quinta Sezione
J.-P. Puissechet

*
* *

1. By judgment of 3 November 1997 received at the Court on 7 November 1997, the Tribunal de Première Instance (Court of First Instance), Nivelles, referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EC Treaty a question on the interpretation of Article 2 of the First Council Directive (67/227/EEC) of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes (OJ, English Special Edition, 1967, p. 14, hereinafter "the first Directive") and of Article 13-C of the Sixth Council Directive (77/388/EEC) of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 L 145, p. 1, hereinafter "the Sixth Directive").

2. The question has been raised in proceedings between the Belgian company Belgocodex SA (hereinafter "Belgocodex") and the Belgian authorities responsible for administering value added tax (hereinafter "the VAT administration") concerning the right to opt for taxation in the case of the letting and leasing of immovable property.

3. Article 2 of the First Directive provides:

"The principle of the common system of value added tax involves the application to goods and services of a general tax on consumption exactly proportional to the price of the goods and services, whatever the number of transactions which take place in the production and distribution process before the stage at which tax is charged.

On each transaction, value added tax, calculated on the price of the goods or services at the rate applicable to such goods or services, shall be chargeable after deduction of the amount of value added tax borne directly by the various cost components.

(...)"

4. Article 13-B of the Sixth Directive provides:

"Without prejudice to other Community provisions, Member States shall exempt the following under conditions which they shall lay down for the purpose of ensuring the correct and straightforward application of the exemptions and of preventing any possible evasion, avoidance or abuse:

(...)

b) the leasing or letting of immovable property (...).

Member States may apply further exclusions to the scope of this exemption."

5. Under the heading "Options", Article 13-C of the Sixth Directive provides:

"Member States may allow taxpayers a right of option for taxation in cases of:

a) letting and leasing of immovable property;

(...).

Member States may restrict the scope of this right of option and shall fix the details of its use."

6. In Belgium, the Law of 28 December 1992 amending the VAT Code and the Code of Registration, Mortgage and Registry Charges (*Moniteur Belge* of 31 December 1992, p. 27577) inserted into the Belgian VAT Code Article 44, n. 3, comma 2, letter c), under which value added tax is payable on "lettings to a taxable person, for the purposes of his economic activity, of buildings other than those subject to a (financial leasing) contract where the lessor has given notice of his intention to let the building subject to tax; the King shall determine the form of the option, the manner of exercising it and the conditions which the leasing contract must meet." That Law entered into force on 1 January 1993. However, the implementing measures provided for by the Law have not been adopted.

7. Article 44, n. 3, comma 2, letter c) was repealed by the Law of 6 July 1994 laying down fiscal provisions (*Moniteur Belge* of 16 July 1994, p. 18705; this Law is known as a "Loi de réparation"). Pursuant to Article 91 of that Law, the provision was repealed retroactively from 1 January 1993.

8. According to the judgment referring the question for a preliminary ruling, in 1990 Belgocodex acquired a 25% share in a complex consisting of land and buildings which were to be renovated as offices or shops. The renovation work, which began in 1990 and continued until 1993, was carried out by a contractor which invoiced its services by charging value added tax.

9. Having let the building to a taxable person which uses it for its economic activities, Belgocodex, pursuant to Article 44, n. 3, comma 2, letter c) of the VAT Code, deducted the input tax charged in respect of the renovation work done on the building let.

10. Following an inspection carried out in 1995, the VAT administration disallowed the deductions of value added tax made between 1 July 1990 and 31 December 1994 in relation to a principal amount of BFR 1 852 365 plus interest for late payment and fines. It maintained that the letting of immovable property was an exempt activity for which deduction of input tax was not allowed.

11. On 3 June 1996, Belgocodex brought an action before the Tribunal de Première Instance, Nivelles, against that decision, claiming that it was entitled to deduct input tax by virtue of the Law of 28 December 1992, which had introduced a right of option in the matter and that the Loi de réparation, which abolished the right of option and thereby the possibility of deducting input tax, was contrary to the Community directives on value added tax.

12. Taking the view that the outcome of the case depended on the interpretation of the First and Sixth Directives, the Tribunal de Première Instance, Nivelles, decided to stay proceedings and to refer the following question to the Court for a preliminary ruling:

"Does Article 2 of the First Council Directive of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes, which establishes the principle of a common system of value added tax, prevent a Member State - in this case Belgium - which has availed itself of the possibility provided for by Article 13-C of the Sixth Council Directive of 17 May 1977 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment, and has thus given its taxpayers the right to opt for taxation of certain lettings of immovable property, from abolishing, in a subsequent law, that right of option and thus reintroducing the exemption in full?"

The question referred for a preliminary ruling

13. The plaintiff in the main proceedings considers that this question must be answered in the affirmative. In its view, the VAT exemption for lettings

of immovable property to lessees liable to pay VAT is contrary to the principle of fiscal neutrality laid down in Article 2 of the First Directive since it breaks the chain of deductions and increases the fiscal charge. Given its nature as a derogation, this exemption should be interpreted narrowly. The fact that, in Article 13-C, the Sixth Directive invites the Member States to reduce the scope of the exemption for lettings of immovable property by allowing them to give taxpayers the possibility of opting for taxation shows that Community convergence and harmonisation must go in the direction of making such lettings subject to tax. It follows that, where a Member State has decided to reduce the scope of the exemption, it can no longer change its mind and reintroduce the exemption at a later date.

14. The Belgian Government and the Commission, on the other hand, consider that the Member States may at any time reverse a decision to grant an option and apply instead the exemption regime under Article 13-B of the Sixth Directive and that Article 2 of the First Directive does not preclude the Belgian legislature's action. In their view, the power which Member States have under Article 13-C to grant taxpayers the right to opt for taxation of certain lettings of immovable property also implies the opposite possibility, namely withdrawal of the option and reintroduction of the exemption provided for by Article 13-B.

15. It must be recalled in this regard that Title X (Articles 13 to 16) of the Sixth Directive establishes a system of exemption from VAT for certain transactions. The exemptions include, under Article 13-B, letter *b*), the letting and leasing of immovable property. However, as far as these transactions are concerned, Member States have the power, under point *a*) of the first paragraph of Article 13-C, of reintroducing liability to tax, by means of a right of option which they may allow their taxpayers to exercise. Under the second paragraph of Article 13-C, Member States may restrict the scope of this right of option and fix the details of its use.

16. As the Court has held previously, Member States may, by virtue of this power, allow persons benefiting from the exemptions provided for by the Directive to waive the exemption in all cases or within certain limits or subject to certain detailed rules (judgment in Case 8/81 *Becker* [1982] ECR 53, paragraph 38).

17. As the Commission also points out, it follows that the Member States have a wide discretion under Article 13-B and C. It is for them to assess whether they should or should not introduce the right of option, depending on what they consider to be expedient in the situation existing in their country at a given time. The freedom to grant or decline to grant the right of option is not restricted in time or by the fact that a contrary decision had been adopted in the past. Member States may therefore, within the sphere of their national powers, also revoke the right of option after having introduced it and return to the basic rule that letting and leasing of immovable property are exempt from tax.

18. Contrary to what the plaintiff in the main proceedings argues, this solution is not called in question by the principle of fiscal neutrality. Admittedly, this principle, which is laid down in Article 2 of the First Directive and which is inherent in the common system of value added tax, requires, as the fourth and fifth recitals of the Sixth Directive state, that all economic activities should be treated in the same way (judgment in Case C-155/94 *Wellcome Trust v Commissioners of Customs & Excise* [1996] ECR I-3013, paragraph 38).

19. However, it does not have the effect attributed to it by the plaintiff in the main proceedings. Since the implementation, by the Sixth Directive, of the harmonised system of exemptions, it is no longer possible to derogate from that system on the basis of a provision of the First Directive. Furthermore, the principle of fiscal neutrality does not preclude the introduction, by a national legislature, of a series of exceptions to the rule of liability to tax, which are, moreover, expressly provided for in Title X of the Sixth Directive. However, where a national legislature has granted taxpayers the right of option, it cannot be inferred from the principle of fiscal neutrality that its choice is irreversible.

20. The plaintiff in the main proceedings can find no support for its case in the judgment in Case C-35/90 *Commission v Spain* [1991] ECR I-5073.

21. The Court there held that, if a Member State abolishes an exemption provided for by Article 28 of the Sixth Directive, it may not later reintroduce the exemption. However, that judgment concerned a provision of the Sixth Directive which is not comparable to Article 13-C. Article 28 concerns the transitional period which followed the adoption of the Sixth Directive. During that period, Member States were allowed to continue to exempt from VAT certain transactions for a given period for the purpose of facilitating the transition and to allow a progressive adaptation of national laws in the areas in question (Case C-35/90 *Commission v Spain*, cited above, paragraph 9). Once the transitional period was over, the Member States were, however, required to abolish the exemptions completely, which precluded any possibility of restoring an exemption previously abolished.

22. That is not so in a case such as that in point in the main proceedings, which concerns a right of option not subject to any limitation in time. As the Advocate General points out in paragraph 24 of his Opinion, the case-law cited cannot therefore be transposed to the case under consideration here.

23. Finally, the plaintiff in the main proceedings urges the Court to hold that the principle of protection of legitimate expectations and the principle of legal certainty preclude retroactive repeal of the national legislation in question. It contends that, upon the adoption of the Belgian Law of 28 December 1992, it could legitimately count on the right of option, whether the Royal Decree implementing Article 44, n. 3, comma 2, letter c) of the Belgian VAT Code was adopted or not.

24. Similarly, the Commission submits that, although the Member State in question was at liberty to reverse its decision to introduce a right of op-

tion, it could not deny the existence of the rights to deduction arising under the Sixth Directive. Since Article 17 of the Sixth Directive provides that the right to deduct is to arise at the time when the deductible tax become chargeable, it follows that a Member State cannot retroactively disregard the rules on the right of deduction once such a right has been made available.

25. The Belgian Government explained at the hearing that, although the aforementioned Royal Decree was not a prerequisite for the entry into force of the provision introducing the right of option, the fact that the decree which was to implement that provision was never adopted precluded the exercise by a taxable person of such a right.

26. It must be recalled in this regard that the principle of protection of legitimate expectations and the principle of legal certainty form part of the Community legal order and must be observed by the Member States when they exercise the powers conferred on them by Community directives. However, in the specific circumstances of the present case, it is not for this Court but for the national court to determine whether a breach of those principles has been committed by the retroactive repeal of a law in respect of which the implementing decree was never adopted.

27. In view of the foregoing, the answer to the question submitted must be that Article 2 of the First Directive does not preclude a Member State:

- which has availed itself of the possibility provided for by Article 13-C of the Sixth Directive and
- which has thus granted its taxpayers the right to opt for taxation of certain lettings of immovable property

from abolishing, by means of a subsequent law, that right of option and thus reintroducing the exemption.

It is for the national court to determine whether a breach of the principle of protection of legitimate expectations or of the principle of legal certainty has been committed by the retroactive repeal of a law in respect of which the implementing decree has not been adopted.

Costs

28. The costs incurred by the Belgian Government and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the proceedings pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT (Fifth Chamber)

in answer to the question referred to it by the Tribunal de Première Instance de Nivelles by judgment of 3 November 1997, hereby rules:

Article 2 of the First Council Directive (67/227/EEC) of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes is to be interpreted as not precluding a Member State which

- has availed itself of the possibility provided for by Article 13-C of the Sixth Council Directive (77/38/EEC) of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment and

- has thus granted its taxpayers the right to opt for taxation of certain lettings of immovable property

from abolishing, by a subsequent law, that right of option and thus reintroducing the exemption.

It is for the national court to determine whether a breach of the principle of protection of legitimate expectations or of the principle of legal certainty has been committed by the retroactive repeal of a law in respect of which the implementing decree has not been adopted.

Delivered in open court in Luxembourg on 3 December 1998.

R. Grass
Registrar

J.-P. Puissechet
President of the Fifth Chamber

286

Language of the case: french.
Lingua processuale francese

*
* *

3) Corte di Giustizia delle Comunità Europee (quinta sezione), sent. 28/01/1999, C-181/97, pres. Puissechet, rel. D.A.O. Edward - A.J. van der Kooy c/o Staatssecretaris van Financien

Sistema comune di imposta sul valore aggiunto - Applicabilità dell'art. 7, n. 1, lettera a) della sesta direttiva nei confronti di beni provenienti dalle Antille olandesi ed introdotti in uno Stato membro - Sussiste

Ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, l'introduzione in uno Stato membro di beni in libera pratica provenienti dai paesi e territori d'oltremare deve essere qualificata come entrata nella Comunità, con conseguente applicazione dell'art. 7, n. 1, lettera a), della sesta direttiva IVA (1).

(1) La questione pregiudiziale investe il merito dell'applicazione dell'articolo 227 del Trattato CE e gli aspetti territoriali dell'applicazione del sistema comune di imposizione sul valore aggiunto.

La fattispecie riguarda il contenzioso tra un contribuente residente in Olanda e l'Amministrazione finanziaria che aveva emesso un avviso di accertamento ai fini IVA a seguito dell'introduzione in territorio olandese di una nave proveniente dalle Antille olandesi. Il peschereccio, costruito in Olanda alcuni anni prima, veniva prima venduto ad una società delle isole Bahamas (lasciando così il territorio doganale comunitario) e successivamente reintrodotta in questo, dopo essere stato trasformato in nave da crociera e venduto a soggetti residenti in Olanda e nelle Antille Olandesi. Questi soggetti conferivano ad una società olandese il mandato per la vendita della nave olandese di Scheveningen (con bandiera britannica), trasferita dalla zona di libera pratica delle Antille Olandesi presso il porto.

La Corte ha accolto la posizione espressa dall'Amministrazione finanziaria, che aveva rifiutato di qualificare il trasferimento come un'operazione intracomunitaria ai fini IVA. Infatti, l'applicazione della normativa comunitaria alle dipendenze territoriali dei Paesi membri di cui all'art. 227, n. 1, del Trattato CE si applicano solo per effetto di volontà espressa da parte del legislatore, come la Corte aveva già chiarito nel caso *Leplat* (C-260/90). Ciò mancava nel caso di specie, al quale nemmeno si poteva applicare l'art. 101 della sesta decisione PTOM del Consiglio 91/482/CEE, giacché l'equiparabilità degli effetti dell'IVA a quelli di una tassa di effetto equivalente ai dazi doganali è pacificamente esclusa dalla Corte sin dal caso *Shul* (C-15/81).

—
2
—

1. Con sentenza 7 maggio 1997, pervenuta in cancelleria il 9 maggio successivo, lo Hoge Raad dei Paesi Bassi ha sottoposto a questa Corte, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CE, una questione pregiudiziale relativa all'interpretazione degli artt. 132, n. 1, e 227 dello stesso Trattato, nonché dell'art. 7, n. 1, lettera a), della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1), così come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE, che completa il sistema comune di imposta sul valore aggiunto e modifica, in vista della soppressione delle frontiere fiscali, la direttiva 77/388 (GU L 376, pag. 1; in prosieguo: la "sesta direttiva").

2. Tale questione è stata sollevata nell'ambito di un ricorso proposto dal signor Van der Kooy contro l'avviso di accertamento dell'imposta sul valore aggiunto (in prosieguo: l'"IVA") inviatogli dall'amministrazione fiscale olandese a seguito dell'importazione di una nave in provenienza dalle Antille olandesi.

Il diritto comunitario

3. L'art. 227 del Trattato definisce l'ambito di applicazione territoriale del Trattato stesso elencando al n. 1 gli Stati membri, tra i quali il Regno dei Paesi Bassi. Le Antille olandesi fanno parte di tale Regno.

4. In deroga all'art. 227 del Trattato, il governo del Regno dei Paesi Bassi aveva ottenuto, con il "Protocollo concernente l'applicazione del Trattato che istituisce la Comunità europea alle parti non europee del Regno dei Paesi Bassi", del 25 marzo 1957, il diritto di ratificare il Trattato soltanto per quanto riguarda il Regno in Europa e la Nuova Guinea olandese.

5. L'art. 227, n. 3, comma 1, del Trattato dispone che "I paesi e i territori d'oltremare, il cui elenco figura nell'allegato IV del presente trattato, costituiscono l'oggetto dello speciale regime di associazione definito nella quarta parte del trattato stesso".

6. Originariamente, le Antille olandesi non figuravano in tale elenco. Esse vi sono state inserite dalla Convenzione 13 novembre 1962, 64/533/CEE, di revisione del Trattato che istituisce la Comunità economica europea per rendere applicabile alle Antille olandesi il regime speciale d'associazione definito nella quarta parte del Trattato (GU 1964, n. 150, pag. 2414), che è entrata in vigore il 1° ottobre 1964.

7. La quarta parte del Trattato è intitolata "Associazione dei paesi e territori d'oltremare".

8. Ai sensi dell'art. 131, n. 1, del Trattato CE, "Gli Stati membri convengono di associare alla Comunità i paesi e i territori non europei che mantengono con il Belgio, la Danimarca, la Francia, l'Italia, i Paesi Bassi e il Regno Unito delle relazioni particolari". Secondo la stessa disposizione, tali paesi e territori sono elencati all'allegato IV del detto Trattato.

9. L'art. 132 del Trattato dispone:

«L'associazione persegue gli obiettivi seguenti:

1. Gli Stati membri applicano ai loro scambi commerciali con i paesi e territori il regime che si accordano tra di loro, in virtù del presente trattato».

10. L'art. 133 del Trattato CE precisa:

«1. Le importazioni originarie dei paesi e territori beneficiano, al loro ingresso negli Stati membri, dell'eliminazione totale dei dazi doganali che interviene progressivamente fra gli Stati membri conformemente alle disposizioni del presente trattato.

2. All'entrata in ciascun paese e territorio i dazi doganali gravanti sulle importazioni dagli Stati membri e dagli altri paesi e territori sono progressivamente soppressi conformemente alle disposizioni degli articoli 12, 13, 14, 15 e 17».

11. L'art. 136 del Trattato CE dispone:

«Per un primo periodo di cinque anni a decorrere dall'entrata in vigore del presente trattato, una convenzione di applicazione, allegata a tale trattato, stabilisce le modalità e la procedura dell'associazione tra i paesi e territori e la Comunità.

Prima dello scadere della convenzione prevista dal comma precedente, il Consiglio, deliberando all'unanimità, stabilisce, muovendo dalle realizzazioni acquisite e basandosi sui principi iscritti nel presente trattato, le disposizioni che dovranno essere previste per un nuovo periodo».

12. Sul fondamento dell'art. 136, comma 2, del Trattato, il Consiglio ha adottato una serie di decisioni relative all'associazione dei paesi e territori d'oltremare (in prosieguo: i "PTOM") alla Comunità economica europea. La decisione del Consiglio 25 luglio 1991, 91/482/CEE, relativa all'associazione dei paesi e territori d'oltremare alla Comunità economica europea (GU L 263, pag. 1; in prosieguo: la "sesta decisione PTOM"), è applicabile per un periodo di dieci anni a far data dal 1° marzo 1990. Essa non contiene disposizioni fiscali.

13. L'art. 101 della sesta decisione PTOM dispone:

«1. I prodotti originari degli PTOM sono ammessi all'importazione nella Comunità in esenzione da dazi doganali e tasse d'effetto equivalente.

2. I prodotti non originari degli PTOM che si trovano in libera pratica in uno PTOM e sono riesportati tal quali verso la Comunità sono ammessi all'importazione nella Comunità in esenzione da dazi doganali e tasse di effetto equivalente a condizione che:

- abbiano pagato nello PTOM interessato i dazi doganali o la tassa di effetto equivalente ad un livello pari o superiore ai dazi doganali applicabili nella Comunità all'importazione degli stessi prodotti, originali di paesi terzi che fruiscono della clausola della nazione più favorita;

- non abbiano formato oggetto di esonero e restituzione, parziale o totale, dei dazi doganali o delle tasse di effetto equivalente;

- siano corredati di un certificato d'esportazione.

(...).

14. L'art. 102 della sesta decisione PTOM vieta l'applicazione di restrizioni quantitative o di misure di effetto equivalente all'importazione dei prodotti originari dei PTOM.

15. In forza dell'art. 2, n. 2, della sesta direttiva, le importazioni di beni sono soggette all'IVA.

16. Ai sensi del suo art. 7, n. 1, si considera come "importazione di un bene»:

«a) l'entrata nella Comunità di un bene non rispondente alle condizioni di cui agli articoli 9 e 10 del trattato (...).

17. L'ambito di applicazione territoriale della sesta direttiva è definito all'art. 3:

«Ai sensi della presente direttiva, si considera:

- "territorio di uno Stato membro": l'interno del paese quale è definito, per ciascuno Stato membro, nei paragrafi 2 e 3;

- "Comunità" e "territorio della Comunità": l'interno degli Stati membri quale è definito, per ciascuno Stato membro, nei paragrafi 2 e 3;

- "territorio terzo" e "paese terzo", ogni territorio diverso da quelli definiti nei paragrafi 2 e 3 come l'interno di uno Stato membro.

2. Ai fini dell'applicazione della presente direttiva, l'"interno del paese" corrisponde al campo d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità economica europea, quale è definito, per ciascuno Stato membro, dall'articolo 227».

La controversia nella causa principale

18. La motonave "Joshua" è stata costruita nel 1964 ad Haarlem (Paesi Bassi) come peschereccio. Venduta nel 1984 alla Caribbean Chartering & Sales Ltd di Nassau (Bahamas), essa è uscita dal territorio doganale della Comunità.

19. Nel 1985 e nel 1986, la nave è stata trasformata nei Paesi Bassi in nave da crociera ed è stata venduta, il 22 aprile 1993, ai signori Van der Kooy e J. Wielinga, residenti, rispettivamente, nei Paesi Bassi e a Curaçao (Antille olandesi).

20. Risulta dalle osservazioni del governo olandese che, l'8 aprile 1993, la A.J. van der Kooy BV di Pijnacker (Paesi Bassi) e la Van der Vliet Quality Yachts BV di Muiden (Paesi Bassi) hanno stipulato un contratto di agenzia con cui quest'ultima società si impegnava a vendere la nave per un prezzo di 1.400.000 HFL e tale contratto prevedeva che la "Joshua" avrebbe gettato l'ancora, a partire dal 15 maggio 1993, a Scheveningen (Paesi Bassi).

21. A partire dal 15 maggio 1993, la "Joshua", battente bandiera britannica, si trovava nel porto di Scheveningen con a bordo il signor Van der Kooy.

22. Il 20 luglio 1993, l'Inspecteur van de Belastingdienst/Douane (controllore in materia fiscale e doganale) del distretto di Hoofddorp ha invitato il signor Van der Kooy a pagare la somma di 157.500 HFL a titolo di imposta sulla cifra d'affari (base imponibile fissata in misura pari alla somma di 900.000 HFL), in quanto la nave era stata importata nei Paesi Bassi ai sensi dell'art. 18 della Wet op de omzetbelasting 1968 (legge olandese sulla cifra d'affari), nella sua versione del 1993, norma diretta ad applicare l'art. 7, n. 1, lettera a), della sesta direttiva.

23. L'Inspecteur van de Belastingdienst/Douane ha respinto l'opposizione proposta dal signor Van der Kooy avverso la sua decisione, decisione poi confermata dal Gerechtshof di Amsterdam.

24. Il signor Van der Kooy ha quindi proposto ricorso in cassazione contro la sentenza del Gerechtshof dinanzi allo Hoge Raad dei Paesi Bassi. Quest'ultimo ritiene, così come il Gerechtshof, che il territorio delle Antille olandesi non possa essere considerato come il "territorio di uno Stato membro" ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, nn. 1 e 2, della sesta direttiva, e dell'art. 227 del Trattato, e che non possa neppure essere ad esso equiparato, in forza dell'art. 132, n. 1, del Trattato, per la riscossione dell'imposta sulla cifra d'affari se nessun provvedimento di esecuzione è stato preso a tal fine.

La questione pregiudiziale

25. Considerando che la corretta interpretazione degli artt. 132, n. 1, e 227 del Trattato e degli artt. 3, nn. 1 e 2, 7, n. 1, lettera a), della sesta direttiva non era nella fattispecie evidente, lo Hoge Raad ha deciso di sospende-

re il giudizio e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«Se l'art. 7, n. 1, *initio* e *sub-a*), della sesta direttiva debba essere interpretato relativamente all'importazione di una nave proveniente dalla zona di libera pratica delle Antille olandesi, in particolare alla luce di quanto disposto dagli artt. 132, n. 1, e 227 del Trattato CE, nel senso che l'introduzione di una tale nave nei Paesi Bassi va considerata come l'entrata nella Comunità di un bene non rispondente alle condizioni di cui agli artt. 9 e 10 del Trattato CE».

Sulla ricevibilità

26. Il governo francese ritiene che la domanda pregiudiziale sia irricevibile dato che non consente alla Corte né agli Stati membri che possono intervenire nel procedimento di dare un'interpretazione utile del diritto comunitario. Infatti, il carattere estremamente succinto degli elementi di fatto contenuti nella sentenza di rinvio non consentirebbe né di determinare i motivi per i quali il giudice *a quo* ritiene pacifico il collegamento della nave con le Antille olandesi né di conoscere l'uso che ne fa il signor Van der Kooy nei Paesi Bassi.

27. Al riguardo, si deve ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, l'esigenza di giungere ad un'interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate (vd., in particolare, sentenza 26 gennaio 1993, cause riunite da C-320/90 a C-322/90, Telemarsicabruzzo e a., Racc. pag. I-393, punto 6; ordinanze 19 marzo 1993, causa C-157/92, Banchemo, Racc. pag. I-1085, punto 4; 30 giugno 1997, causa C-66/97, Banco de Fomento e Exterior, Racc. pag. I-3757, punto 7, e 30 aprile 1998, cause riunite C-128/97 e C-137/97, Testa e Modesti, Racc. pag. I-2181, punto 5).

28. Occorre inoltre sottolineare che le informazioni fornite nelle decisioni di rinvio servono non solo a consentire alla Corte di risolvere in modo utile le questioni, ma anche a dare ai governi degli Stati membri e alle altre parti interessate la possibilità di presentare osservazioni ai sensi dell'art. 20 dello Statuto CE della Corte. È compito della Corte stessa vigilare sulla salvaguardia di tale possibilità, tenuto conto del fatto che, a norma della suddetta disposizione, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni di rinvio (ordinanza Banco de Fomento e Exterior, già citata, punto 8).

29. Nella fattispecie, la sentenza di rinvio, per quanto molto succinta, contiene tuttavia gli elementi essenziali della controversia nella causa principale.

30. Per quanto riguarda gli accertamenti di fatto operati dal giudice *a quo*, occorre rilevare, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 9 delle sue conclusioni, che la Corte è in linea di principio tenuta a fondarsi sulle

premesse che il giudice *a quo* ritiene accertare e tra le quali figura, nella fattispecie, il collegamento preliminare della nave ad uno dei PTOM.

31. Ne consegue che la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata ricevibile.

Nel merito

32. Con la sua questione, il giudice *a quo* chiede sostanzialmente se l'introduzione in uno Stato membro di un bene proveniente dalle Antille olandesi debba essere qualificata come entrata nella Comunità ai fini dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, della sesta direttiva.

33. I governi olandese e francese nonché la Commissione sostengono che il territorio delle Antille olandesi non può essere considerato parte del territorio della Comunità ai sensi degli artt. 3 e 7 della sesta direttiva e 227 del Trattato, e che non può neppure esservi assimilato in forza dell'art. 132, n. 1, del Trattato, per la riscossione dell'imposta sulla cifra d'affari se nessun altro provvedimento di esecuzione è stato adottato a tal fine.

34. Dal combinato disposto degli artt. 3 e 7 della sesta direttiva risulta che la nozione di "Comunità" corrisponde all'ambito di applicazione del Trattato quale definito per ciascuno Stato membro all'art. 227 del Trattato.

35. Al riguardo, l'art. 227 del Trattato formula, al n. 1, l'elenco degli Stati ai quali si applica il Trattato prevedendo, nei numeri successivi, disposizioni speciali per quanto riguarda taluni territori determinati.

36. Ora, ai sensi dell'art. 227, n. 3, del Trattato e della convenzione 64/533, i PTOM, ivi comprese le Antille olandesi, formano oggetto del regime speciale di associazione definito nella quarta parte del Trattato.

37. Secondo tale regime, le norme generali del Trattato non si applicano ai PTOM senza riferimento espresso (sentenza 12 febbraio 1992, causa C-260/90, Leplat, Racc. pag. I-643, punto 10).

38. Ne consegue che l'introduzione in uno Stato membro di un bene proveniente dalle Antille olandesi non può essere qualificata come operazione intracomunitaria ai fini della sesta direttiva, a meno che una disposizione specifica non lo prescriva.

39. Al riguardo, occorre constatare che nella sesta direttiva non figura alcuna disposizione in tal senso. Inoltre, né la quarta parte del Trattato né la sesta decisione PTOM contengono norme relative all'applicazione dell'IVA alle importazioni in provenienza dai PTOM.

40. Vero è che l'art. 10^f della sesta decisione PTOM prevede che i prodotti originari dei PTOM e taluni altri prodotti che si trovano ivi in libera pratica sono ammessi all'importazione nella Comunità in esenzione da dazi doganali e tasse di effetto equivalente. Tuttavia, un tributo come l'IVA, riscosso in base all'importazione dei prodotti in uno Stato membro, non possiede le caratteristiche di una tassa di effetto equivalente a dazi doganali (vd. sentenza 5 maggio 1982, causa 15/81, Schul I, Racc. pag. 1409, punto 21).

41. La sesta decisione PTOM non ha pertanto la conseguenza di far rientrare il territorio delle Antille olandesi nell'ambito di applicazione territoriale della sesta direttiva.

42. Occorre pertanto risolvere la questione pregiudiziale nel senso che l'introduzione in uno Stato membro di un bene in provenienza dalle Antille olandesi deve essere qualificata come entrata nella Comunità ai fini dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, della sesta direttiva.

Sulle spese

43. Le spese sostenute dai governi olandese e francese, 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 sulla questione sottoposta dallo Hoge Raad dei Paesi Bassi con sentenza 7 maggio 1997, dichiara:

L'introduzione in uno Stato membro di un bene in provenienza dalle Antille olandesi deve essere qualificata come entrata nella Comunità ai fini dell'applicazione dell'art. 7, n. 1, della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, così come modificata dalla direttiva del Consiglio 16 dicembre 1991, 91/680/CEE, che completa il sistema comune di imposta sul valore aggiunto e modifica, in vista della soppressione delle frontiere fiscali, la direttiva 77/388.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 28 gennaio 1999.

Il cancelliere
R. Grass

Il presidente della Quinta Sezione
J.-P. Puissochet

*
* * *

1. By judgment of 7 May 1997, which was received at the Court on 9 May 1997, the Hoge Raad der Nederlanden (Supreme Court of the Netherlands) referred for a preliminary ruling under Article 177 of the EC Treaty a

question on the interpretation of Articles 132, n. 1 and 227 of the EC Treaty and of Article 7, n. 1, letter a) of Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment (OJ 1977 L 145, p. 1), as amended by Council Directive 91/680/EEC of 16 December 1991 supplementing the common system of value added tax and amending Directive 77/388/EEC with a view to the abolition of fiscal frontiers (OJ 1991 L 376, p. 1) ("the Sixth Directive")..

2. That question arose in the context of proceedings brought by Mr Van der Kooy challenging the notice of assessment of value added tax ("VAT") addressed to him by the Netherlands tax authorities in respect of the importation of a motor vessel from the Netherlands Antilles.

Community law

3. The territorial area of application of the EC Treaty is defined in Article 227, n. 1 thereof by a list of the Member States, one of which is the Kingdom of the Netherlands. The Netherlands Antilles form part of that Kingdom.

4. By way of derogation from Article 227 of the Treaty, the Government of the Kingdom of the Netherlands obtained the right, by the "Protocol on the application of the Treaty establishing the European Economic Community to the non-European parts of the Kingdom of the Netherlands" of 25 MARCH 1957, to ratify the Treaty on behalf of the Kingdom in Europe and Netherlands New Guinea only.

5. The first paragraph of Article 227, n. 3 of the Treaty provides: "The special arrangements for association set out in Part Four of this Treaty shall apply to the overseas countries and territories listed in Annex IV to this Treaty."

6. Originally, the Netherlands Antilles did not appear on that list. They were inserted by Convention 64/533/EEC of 13 November 1962 amending the Treaty establishing the European Economic Community to render the special association arrangements defined in Part Four thereof applicable to the Netherlands Antilles (JO 1964, 150, p. 2414), which entered into force on 1 October 1964.

7. Part Four of the Treaty is entitled "Association of the overseas countries and territories."

8. Article 131, n. 1 of the EC Treaty reads: "The Member States agree to associate with the Community the non-European countries and territories which have special relations with Belgium, Denmark, France, Italy, the Netherlands and the United Kingdom." It further states that those countries and territories are listed in Annex IV to the Treaty.

9. Article 132 of the Treaty provides:

«Association shall have the following objectives:

1. Member States shall apply to their trade with the countries and terri-

tories the same treatment as they accord each other pursuant to this Treaty.»

10. Article 133 specifies:

«1. Customs duties on imports into the Member States of goods originating in the countries and territories shall be completely abolished in conformity with the progressive abolition of customs duties between Member States in accordance with the provisions of this Treaty.

2. Customs duties on imports into each country or territory from Member States or from the other countries or territories shall be progressively abolished in accordance with the provisions of Articles 12, 13, 14, 15 and 17.»

11. Article 136 provides:

«For an initial period of five years after the entry into force of this Treaty, the details and procedure for the association of the countries and territories with the Community shall be determined by an Implementing Convention annexed to this Treaty.

Before the Convention referred to in the preceding paragraph expires, the Council shall, acting unanimously, lay down provisions for a further period, on the basis of the experience acquired and of the principles set out in this Treaty.»

12. On the basis of the second paragraph of Article 136 of the Treaty, the Council has adopted a series of decisions concerning the association of the overseas countries and territories ("the OCTs") with the European Economic Community. Council Decision 91/482/EEC of 25 July 1991 on the association of the overseas countries and territories with the European Economic Community (OJ 1991 L 263, p. 1, "the Sixth OCT Decision") is applicable for a period of 10 years beginning on 1 March 1990. It does not contain any provisions relating to taxation.

13. Article 101 of the Sixth OCT Decision provides:

«1. Products originating in the OCT shall be imported into the Community free of customs duties and charges having equivalent effect.

2. Products not originating in the OCT but which are in free circulation in an OCT and are re-exported as such to the Community shall be accepted for import into the Community free of customs duties and taxes having equivalent effect providing that they:

- have paid, in the OCT concerned, customs duties or taxes having equivalent effect of a level equal to, or higher than, the customs duties applicable in the Community on import of these same products originating in third countries eligible for the most-favoured-nation clause;

- have not been the subject of an exemption from, or a refund of, in whole or in part, customs duties or taxes having equivalent effect;

- are accompanied by an export certificate.

(...).»

14. Article 102 of the Sixth OCT Decision prohibits the application of any quantitative restrictions or measures having equivalent effect to imports of products originating in the OCT.

15. Under Article 2, n. 2 of the Sixth Directive, the importation of goods is subject to VAT.

16. Article 7, n. 1 of the Sixth Directive provides that "importation of goods" is to mean:

«a) the entry into the Community of goods which do not fulfil the conditions laid down in Articles 9 and 10 of the Treaty (...).»

17. The territorial application of the Sixth Directive is defined in Article 3 thereof:

«1. For the purposes of this Directive:

- "territory of a Member State" shall mean the territory of the country as defined in respect of each Member State in paragraphs 2 and 3;

- "Community" and "territory of the Community" shall mean the territory of the Member States as defined in respect of each Member State in paragraphs 2 and 3;

- "third territory" and "third country" shall mean any territory other than those defined in paragraphs 2 and 3 as the territory of a Member State.

2. For the purposes of this Directive, the "territory of the country" shall be the area of application of the Treaty establishing the European Economic Community as defined in respect of each Member State in Article 227.»

The dispute in the main proceedings

296

18. The motor vessel *Joshua* was built as a fishing vessel in Haarlem, the Netherlands, in 1964. In 1984 it was sold to Caribbean Chartering & Sales Ltd in Nassau, Bahamas, and taken outside the customs territory of the European Community.

19. In 1985 and 1986 the vessel was converted in the Netherlands into a cruising vessel, and on 22 April 1993 was sold to Mr Van der Kooy, who is resident in the Netherlands, and Mr J. Wielinga, who is resident in Curaçao, Netherlands Antilles.

20. It appears from the observations of the Netherlands Government that on 8 April 1993 Mr Van der Kooy entered into a contract of agency with the companies Pijnacker BV and Van der Vliet Quality Yachts BV, both established in Muiden, the Netherlands, under which the latter company undertook to sell the vessel for the price of NLG 1 400 000. The contract provided that the *Joshua* was to be berthed at Scheveningen, the Netherlands, as from 15 May 1993.

21. As from that date, the *Joshua*, flying the flag of the United Kingdom, lay in the Port of Scheveningen with Mr Van der Kooy on board.

22. On 20 July 1993, the Inspecteur van de Belastingdienst/Douane (Inspector of Tax and Customs) for the district of Hoofddorp requested Mr Van der Kooy to pay turnover tax of NLG 157 500 (the basis of assessment being determined as NLG 900 000) on the ground that the vessel had been imported into the Netherlands within the meaning of Article 18 of the Wet op de Om-

zetbelasting (Law on Turnover Taxes) 1968 (1993 version), which is the provision intended to implement Article 7, n. 1, letter a) of the Sixth Directive.

23. The Inspecteur van de Belastingdienst/Douane dismissed Mr Van der Kooy's objection to his decision, which was upheld by the Gerechtshof (Regional Court of Appeal), Amsterdam.

24. Mr Van der Kooy appealed to the Hoge Raad to have the Gerechtshof's judgment set aside. The Hoge Raad considers, as did the Gerechtshof, that the territory of the Netherlands Antilles cannot be regarded as the "territory of a Member State" within the meaning of Article 3, n.1, and n. 2, of the Sixth Directive, read in conjunction with Article 227 of the Treaty, nor can it be treated as such, by virtue of Article 132, n. 1 of the Treaty, for the purposes of levying VAT if no implementing measure has been adopted to that effect.

The national court's question

25. Taking the view that the proper interpretation of Articles 132, n. 1 and 227 of the EC Treaty and Articles 3, nn. 1, 2 and 7, n. 1, letter a) of the Sixth Directive was not clear in the circumstances of the case, the Hoge Raad stayed proceedings and referred the following question to the Court for a preliminary ruling:

«In the light of Article 132, n. 1 and Article 227 of the EC Treaty, is Article 7, n. 1, letter a) of the Sixth Directive to be interpreted as meaning that the importation into the Netherlands of a ship which was previously in free circulation in the Netherlands Antilles is to be regarded as the entry into the Community of a product which does not fulfil the conditions of Articles 9 and 10 of the EC Treaty?»

29

Admissibility

26. The French Government considers that the request for a preliminary ruling is inadmissible in that it does not allow either the Court or such Member States as may intervene in the proceedings to provide a useful interpretation of Community law. The extremely succinct statement of the facts contained in the Hoge Raad's judgment does not reveal either the reasons for which that court considers the vessel's connection with the Netherlands Antilles to be established or the use to which it is put by Mr Van der Kooy in the Netherlands.

27. It has consistently been held that, in order to reach an interpretation of Community law which will be of use to the national court it is essential for that court to define the factual and legislative context of the questions referred or, at the very least, to explain the factual circumstances on which they are based (see, *inter alia*, *Joined Cases C-320/90, C-321/90 and C-322/90 Telemarsicabruzzo and Others v Circostel* [1993] ECR I-393, paragraph 6;

Case C-157/92 *Pretore di Genova v Banchemo* [1993] ECR I-1085, paragraph 4; Case C-66/97 *Banco de Fomento e Exterior v Pechim and Others* [1997] ECR I-3757, paragraph 7; and Joined Cases C-128/97 and C-137/97 *Italia Testa and Modesti* [1998] ECR I-2181, paragraph 5).

28. The information provided in orders for reference not only enables the Court to provide a useful reply but also gives the Governments of the Member States and other interested parties the opportunity to submit observations pursuant to Article 20 of the EC Statute of the Court of Justice. It is the Court's duty to ensure that the opportunity to submit observations is safeguarded, bearing in mind that, by virtue of the abovementioned provision, only the orders for reference are notified to the interested parties (*Banco de Fomento e Exterior*, cited above, paragraph 8).

29. In the present case, the Hoge Raad's judgment, whilst very succinct, none the less contains the essential circumstances of the dispute in the main proceedings.

30. As regards the findings of fact made by the national court, it must be noted that, as has been observed by the Advocate General at point 9 of his Opinion, the Court is in principle required to base its consideration on the premisses which the referring court regards as having been established; in the present case, those premisses include the vessel's previous ties with one of the OCTs.

31. The request for a preliminary ruling must therefore be held admissible.

Substance

32. By its question, the national court wishes to ascertain, in substance, whether the entry into a Member State of goods coming from the Netherlands Antilles must be regarded as entry into the Community for the purposes of applying Article 7, n. 1 of the Sixth Directive.

33. The Netherlands and French Governments agree with the Commission that the territory of the Netherlands Antilles cannot be regarded as forming part of the territory of the Community for the purposes of Articles 3 and 7 of the Sixth Directive and Article 227 of the Treaty, nor can it be treated as such by virtue of Article 132, n. 1 of the Treaty for the purpose of levying turnover tax if no implementing measure has been adopted to that effect.

34. It follows from the provisions of Articles 3 and 7 of the Sixth Directive, read together, that the terms "Community" and "territory of the Community" relate to the area of application of the Treaty as defined for each Member State in Article 227 of the Treaty.

35. Article 227 of the Treaty lists the States to which the Treaty is to apply, and the following paragraphs contain special provisions for certain specific territories.

36. In accordance with Article 227, n. 3 of the Treaty and Convention

64/533, the special arrangements for association set out in Part Four of the Treaty apply to the OCTs, including the Netherlands Antilles.

37. Under those arrangements, failing express reference, the general provisions of the Treaty do not apply to the OCTs (Case C-260/90 *Leplat v Territory of French Polynesia* [1992] ECR I-643, paragraph 10).

38. Consequently, the entry into a Member State of goods coming from the Netherlands Antilles cannot be categorised as an intra-Community transaction for the purposes of the Sixth Directive, unless a special provision so prescribes.

39. There is no provision to that effect in the Sixth Directive. Nor, moreover, are there any rules providing for the application of VAT to imports from the OCTs in either Part Four of the Treaty or the Sixth OCT Decision.

40. It is true that Article 101 of the Sixth OCT Decision provides that products originating in the OCT and certain products which are in free circulation there are to be imported into the Community free of customs duties and charges having equivalent effect. However, a tax such as the VAT levied on imports of products into a Member State does not have the ingredients of a charge having an effect equivalent to customs duties (Case 15/81 *Schul v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen* [1982] ECR 1409, paragraph 21).

41. The Sixth OCT Decision therefore does not have the effect of bringing the territory of the Netherlands Antilles within the territorial scope of the Sixth Directive.

42. The answer to the national court's question must therefore be that the entry into a Member State of goods coming from the Netherlands Antilles must be regarded as entry into the Community for the purposes of applying Article 7, n. 1 of the Sixth Directive.

29

Costs

43. The costs incurred by the Netherlands and French Governments and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the action pending before the national court, the decision on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT (Fifth Chamber)

in answer to the question referred to it by the Hoge Raad der Nederlanden by judgment of 7 May 1997, hereby rules:

The entry into a Member State of goods coming from the Netherlands Antilles must be regarded as entry into the Community for the purposes of applying Article 7, n. 1 of Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977

on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes - Common system of value added tax: uniform basis of assessment, as amended by Council Directive 91/680/EEC of 16 December 1991 supplementing the common system of value added tax and amending Directive 77/388/EEC with a view to the abolition of fiscal frontiers.

Delivered in open court in Luxembourg on 28 January 1999.

Registrar
R. Grass

President of the Fifth Chamber
J.-P. Puissechet

Language of the case: Dutch
Lingua processuale: olandese

*
* * *

4) Corte di Giustizia CE, sent. 16 luglio 1998, causa C-264/96, pres. G.C. Rodriguez Iglesias, rel. M. Wathelet - *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c/o H.M. Inspector of taxes (UK)*

Imposta sulle società - "Sgravio di gruppo" ad una holding per perdite commerciali di società consorziata incorporata, limitatamente a società controllate aventi sede nel Regno Unito - Violazione del principio di libertà di stabilimento - Sussiste
Obbligo del giudice nazionale a conformarsi ai principi comunitari anche in materia sottratta al diritto comunitario sulla base del principio di "cooperazione leale" - Non sussiste

La previsione di uno sgravio di gruppo ai fini dell'imposta sulle società in favore di una holding per perdite commerciali di società consorziata incorporata che sia condizionata alla detenzione esclusiva o principale di azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato, viola il principio di libertà di stabilimento garantito dagli artt. 52 e 58 del Trattato CE.

Spetta al legislatore e non al giudice nazionale dirimere la questione del conflitto con principi comunitari in materia non soggetta al diritto comunitario (e solo in tal senso può trovare applicazione l'obbligo di cooperazione leale derivante dall'art. 5 del Trattato) (1).

(1) L'applicazione dell'art. 52 del Trattato CE sulla libertà di stabilimento da parte della Corte di Giustizia viene invocata sempre più di frequente per la risoluzione di complesse problematiche relative al settore delle imposizioni dirette.

Nel caso ICI è stato esaminato il rifiuto dell'Amministrazione finanziaria britannica della richiesta di un'agevolazione fiscale da parte di una *holding* di un consorzio di due società inglesi (ICI e *Wellcome Foundation Ltd.*) consistente nella deducibilità delle perdite subite dagli utili imponibili da essa realizzati. Tale beneficio, previsto dall'art. 259 dell'*Income and Corporation Tax Act* del 1970 dell'ordinamento tributario inglese, consente la cessione da parte di un gruppo di società su richiesta di un'altra società del gruppo stesso della deducibilità dall'imposta sul reddito delle perdite commerciali (cosiddetto sgravio di gruppo). Come condizione poter godere di tale agevolazione è previsto che le società considerate siano stabilite nel territorio del Regno Unito.

Il rifiuto della richiesta di applicazione di tale norma è stato giustificato dall'*Her Majesty's Inspector of taxes* dalla circostanza che la maggior parte delle società controllate dalla *holding* nel caso di specie erano stabilite in Paesi terzi. Il ricorrente ha considerato la condizione posta dall'art. 259 dell'ICTA discriminatoria nei confronti delle società residenti controllate da altre società residenti ed in contrasto con il principio di libertà di stabilimento previsto dagli artt. 52 e 58 del Trattato CE in quanto l'agevolazione fiscale condiziona inevitabilmente l'attività di controllo della *holding* la quale deve essere svolta esclusivamente o principalmente nei confronti di società residenti.

La Corte di Giustizia, richiamando il caso *Daily Mail* (del 27.9.1988, causa 81/87), ha considerato, ai fini della risoluzione della controversia, che le norme relative alla libertà di stabilimento, sebbene mirino ad assicurare il beneficio previsto dalla disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, ostano parimenti a che lo Stato di origine ostacoli lo stabilimento in un altro Paese membro di una propria società costituita secondo la propria legislazione. La normativa in oggetto prevista dall'ordinamento tributario britannico si basa infatti sul criterio della sede della società controllata in altro Paese al fine di operare un trattamento fiscale differenziato delle società facenti parte di un consorzio residenti nel Regno Unito.

Non è condivisibile la giustificazione fornita dall'*Her Majesty's Inspector of taxes* che basa il diverso trattamento fiscale sul rischio di elusione fiscale, in quanto l'art. 259 ICTA non ha l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le operazioni artificiose volte unicamente all'abuso di esso. Vengono infatti considerate indiscriminatamente tutte le situazioni in cui le società controllate da un gruppo siano prevalentemente collocate al di fuori del Regno Unito. Lo stabilimento in altro Paese membro di una società non comporta di per sé elusione fiscale poiché queste ultime saranno comunque assoggettate alle norme dell'ordinamento tributario dello Stato di stabilimento.

Il caso di specie rientra in quella particolare tipologia della *discriminazione interna*, considerata contraria al diritto comunitario dalla Corte di Giustizia nella sent. *Asscher* (causa C-107/94 del 27.6.1996), che si verifica, non nei confronti di cittadini o società straniere, ma di soggetti nazionali che esercitano la propria attività o che hanno collegamenti in altri Paesi membri.

Il diritto di stabilimento viene violato anche in tali casi in quanto si osta-

cola lo svolgimento all'estero della stessa attività svolta all'interno del proprio Paese. Per potersi configurare la discriminazione interna è necessario, come accade nel caso di specie, che vi sia un collegamento economico con l'altro Paese membro il quale può anche essere rappresentato dal controllo di società non residenti che operano in ambito comunitario.

A diverse conclusioni giunge infine la Corte di Giustizia nella risoluzione della seconda questione attinente alla causa principale che riguarda la possibilità di disapplicare la norma tributaria britannica (art. 259 dell'ICTA) nel caso in cui la *holding* controlli principalmente consociate aventi sedi in Paesi terzi. Tale situazione è considerata non rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e pertanto la normativa tributaria che prevede lo sgravio di gruppo nei confronti di società facenti parte di un consorzio non viola gli artt. 52 e 58 del Trattato.

L'art. 5 del Trattato che prevede l'obbligo di cooperazione leale da parte dei Paesi membri, non è violato in tale caso. Il giudice nazionale infatti non è tenuto a disapplicare tale normativa discriminatoria o ad interpretarla conformemente al diritto comunitario. La Corte osserva infine che spetterebbe al legislatore nazionale eliminare ogni incertezza chiarendo che, anche nei casi in cui la situazione esula dall'ambito di applicazione del diritto comunitario si pregiudicano comunque i diritti garantiti dalle norme del Trattato.

302

1. Con ordinanza 24 luglio 1996, pervenuta in cancelleria il 29 luglio seguente, la House of Lords ha sottoposto a questa Corte, in forza dell'art. 177 del Trattato CE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 5 e 52 del Trattato CE.

2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di una controversia tra la Imperial Chemical Industries plc (in prosieguo: la "ICI") e l'amministrazione fiscale britannica, in ordine al rifiuto, da parte di quest'ultima, di concedere all'ICI uno sgravio fiscale a seguito delle perdite commerciali subite da una consociata della *holding* posseduta dalla ICI attraverso un consorzio.

3. La ICI è stabilita nel Regno Unito e forma con la Wellcome Foundation Ltd., anch'essa stabilita in tale Stato membro, un consorzio attraverso il quale esse possiedono, in ragione del 49% per la ICI e del 51% per la Wellcome Foundation Ltd., la società Coopers Animal Health (Holdings) Ltd. (in prosieguo: la "Holdings").

4. La Holdings ha come sola attività la conservazione delle azioni di società commerciali, in numero di 23, che sono sue controllate e che svolgono le loro attività in numerosi paesi. Tra queste 23 controllate, 4, tra le quali la Coopers Animal Health Ltd. (in prosieguo: la "CAH"), sono stabilite nel Regno Unito, 6 in altri Stati membri e 13 in paesi terzi.

5. Le attività commerciali della "CAH" nel Regno Unito si sono tradotte, per gli esercizi chiusi negli anni 1985, 1986 e 1987, in un passivo. La ICI ha chiesto, in applicazione degli artt. 258-264 dell'Income and Corporation Taxes Act 1970 (legge del 1970 relativa all'imposta sul reddito e all'imposta sulle so-

cietà, in prosieguo: la "legge"), di beneficiare di uno sgravio fiscale deducendo dagli utili imponibili da essa realizzati durante i periodi corrispondenti agli esercizi in passivo della CAH, per un importo pari al 49% (ossia l'aliquota della sua partecipazione alla Holdings), le perdite registrate da quest'ultima.

6. Le disposizioni della legge che dettano le condizioni e le modalità di uno sgravio come quello preteso dalla ICI sono le seguenti:

Art. 258: «1. Gli sgravi per perdite commerciali e per altri importi deducibili dall'imposta sulle società possono essere ceduti, conformemente alle seguenti disposizioni del presente titolo, da una società (denominata la "società cedente") facente parte di un gruppo di società e, su richiesta di un'altra società dello stesso gruppo (denominata la "società richiedente"), essere concessi alla società richiedente sotto forma di sgravio, detto "sgravio di gruppo", dall'imposta sulle società.

2. Lo "sgravio di gruppo" può essere ottenuto conformemente alle dette disposizioni nel caso di una società cedente e di una società richiedente di cui l'una faccia parte di un consorzio e l'altra sia

a) una società commerciale appartenente al consorzio e che non sia una controllata al 75% di un'altra società; ovvero

b) una società commerciale:

i) che sia controllata per il 90% da una *holding* appartenente al consorzio e

ii) che non sia controllata al 75% da una società diversa dalla società *holding*; ovvero

c) una *holding* appartenente al consorzio e che non sia controllata al 75% da alcuna società;

[...].

5. Ai fini del presente articolo e degli articoli successivi del presente titolo:

a) si ritiene che due società facciano parte di un gruppo di società se una di esse è controllata per il 75% dall'altra o se entrambe sono controllate per il 75% da una terza società;

b) per "*holding*" s'intende una società la cui attività consista esclusivamente o principalmente nel detenere azioni o titoli di società da essa controllate al 90% e che siano società commerciali;

c) per "società commerciale" si intende una società esclusivamente o principalmente dedita ad una o più attività commerciali.

[...].

7. Il termine società nel presente articolo e negli articoli seguenti del presente titolo si riferisce solo a persone giuridiche stabilite nel Regno Unito. Per determinare ai fini di tali articoli se una società sia controllata al 75% da un'altra, l'altra società è considerata non proprietaria:

a) di qualsiasi partecipazione da essa direttamente posseduta in una persona giuridica se un utile ricavato dalla vendita delle azioni dovesse essere trattato come un introito commerciale inerente alle sue attività, o

b) di qualsiasi partecipazione da essa indirettamente posseduta e il cui

proprietario diretto sia una società per la quale un utile sulla vendita delle azioni costituisca un introito commerciale, o

c) di qualsiasi partecipazione da essa direttamente o indirettamente posseduta in una persona giuridica non stabilita nel Regno Unito.

8. Ai fini del presente articolo e degli articoli successivi del presente titolo, una società è di proprietà di un consorzio se la proprietà di tre quarti o più delle sue azioni ordinarie sia detenuta ("*beneficially owned*") da società, dette membri del consorzio, nessuna delle quali detiene ("*beneficially owns*") meno di un ventesimo di tali azioni ordinarie».

Art. 259: «1. Se nel corso di un periodo contabile la società cedente, nell'esercizio di un'attività commerciale, ha subito una perdita calcolata così come ai fini dell'art. 177, n. 2, della presente legge, l'ammontare della perdita può essere dedotto, ai fini dell'imposta sulle società, dagli utili complessivi della società richiedente per il corrispondente periodo contabile».

7. Lo sgravio fiscale richiesto dalla ICI è stato a quest'ultima rifiutato. L'amministrazione fiscale ha fondato tale rifiuto sul fatto che la Holdings non costituisce una *holding* ai sensi del combinato disposto dell'art. 258, n. 5, lettera b) e, del n. 7 della stessa norma. Anche se l'attività della Holdings consiste unicamente nel possedere azioni o titoli di società da essa controllate al 90% e che sono società commerciali, la frase introduttiva del n. 7 impedirebbe di riconoscerle la qualità di *holding*, con i relativi vantaggi, ai sensi del n. 5, lettera b), dato che la maggior parte delle sue controllate, ossia 19 su 23, non sono società commerciali stabilite nel Regno Unito e che la sua attività principale non è pertanto quella a cui si annette tale qualità.

8. Contestando tale interpretazione del diritto nazionale, la ICI ha impugnato in sede giurisdizionale la decisione di rigetto e la sua domanda è stata accolta dalla High Court e poi dalla Court of Appeal.

9. L'amministrazione fiscale ha proposto ricorso dinanzi alla House of Lords, che ha considerato che il rifiuto opposto dall'amministrazione fiscale era giustificato nei confronti della legge, ma ha ritenuto di dover esaminare gli argomenti, basati sul diritto comunitario, esposti dalla ICI per contestare tale rifiuto.

10. A questo proposito, la ICI ha sostenuto che il requisito relativo al fatto che la *holding*, come attività esclusiva o principale, detenga quote di società stabilite nel Regno Unito limitava, attraverso un regime fiscale discriminatorio, la libertà di stabilimento delle società, così da violare gli artt. 52 e 58 del Trattato CE.

11. Tale discriminazione risulterebbe dal fatto che lo sgravio fiscale in ragione delle perdite subite da una società residente controllata attraverso una società *holding*, a sua volta residente, sarebbe concesso, a livello dei membri di un consorzio, nel caso in cui la *holding* controllasse esclusivamente o principalmente consociate residenti, mentre sarebbe rifiutato, a parità di tutte le altre condizioni, qualora la stessa *holding*, per essersi avvalsa della libertà di stabilimento ad essa garantita dal Trattato, controllasse principalmente consociate stabilite in altri Stati membri.

12. Secondo la ICI, in presenza di una siffatta discriminazione, spetterebbe al giudice nazionale, anche in una fattispecie come quella all'esame della House of Lords, in cui la *holding* controlla 23 consociate di cui solo 10 sono stabilite nel Regno Unito o in un altro Stato membro, disapplicare, per incompatibilità con il diritto comunitario, la condizione di residenza imposta dalla legge.

13. La House of Lords ha ritenuto che le questioni della compatibilità con le norme del Trattato delle condizioni di residenza a cui la legge subordina la concessione dello sgravio rivendicato dalla ICI e della posizione che, se tale legge si rivelasse in contrasto col diritto comunitario, deve adottare il giudice nazionale a fronte di una situazione del genere dipendano da un'interpretazione del diritto comunitario. Di conseguenza, essa ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) In una fattispecie in cui:

i) una società (la società A) ha sede in uno Stato membro dell'Unione europea;

ii) la società A fa parte di un consorzio con un'altra società (la società B) avente anch'essa sede nel detto Stato membro;

iii) le società A e B, congiuntamente, possiedono una *holding* (la società C), pure essa avente sede nel detto Stato membro;

iv) alla società C appartiene una serie di società commerciali, aventi sede vuoi nel detto Stato membro, vuoi in altri Stati membri dell'Unione europea, vuoi in altre parti del mondo, e

v) alla società A è precluso il diritto di richiedere, nell'ambito dell'imposta sulle società, uno sgravio fiscale in relazione a perdite commerciali subite da una società commerciale (pure essa avente sede nel detto Stato membro) controllata dalla società C, poiché la normativa nazionale, interpretata alla luce del diritto nazionale, prescrive che le attività della società C) debbono consistere esclusivamente o principalmente nel detenere partecipazioni in consociate aventi sede nel detto Stato membro: se la condizione *sub v)* costituisca una restrizione alla libertà di stabilimento ai sensi dell'art. 52 del Trattato CE e se, in caso affermativo, un siffatto regime sia cionondimeno giustificato in base al diritto comunitario.

2) Qualora la condizione *sub v)* costituisca una restrizione ingiustificata alla luce del diritto comunitario, se l'art. 5 del Trattato CE imponga che il giudice nazionale interpreti la pertinente normativa interna in modo per quanto possibile conforme al diritto comunitario anche se nessuna delle società A, B, o C, cerca di far valere, da parte sua, diritti ai sensi della normativa comunitaria e anche se un'interpretazione della normativa nazionale in senso conforme al diritto comunitario produrrebbe la conseguenza che lo sgravio verrebbe accordato nel caso in cui l'attività della società C consistesse prevalentemente nel detenere partecipazioni in società controllate con sede all'esterno della Comunità o dello Spazio economico europeo; ovvero se l'art. 5 produca la condizione che siano fatti salvi i principi di diritto comunitario in fattispecie in cui tali principi vengono in considerazione».

Sulla ricevibilità delle questioni sollevate

14. Il governo del Regno Unito ha espresso dubbi quanto alla pertinenza della prima questione ai fini della soluzione della causa principale. Esso ha sostenuto che, anche se dovesse essere accertato che la legge comporta una restrizione alla libertà di stabilimento incompatibile con l'art. 52 del Trattato, ciò non avrebbe alcuna influenza sulla soluzione della causa principale. Infatti, lo sgravio fiscale previsto dalla legge sarebbe comunque rifiutato alla ICI, poiché la maggior parte delle società controllate dalla Holding, ossia 13 su 23, hanno la loro sede non in altri Stati membri, ma in paesi terzi.

15. Occorre ricordare al riguardo che, secondo una giurisprudenza costante, spetta ai soli giudici nazionali aditi, che debbono assumere la responsabilità dell'emananda decisione giudiziaria, valutare, tenuto conto delle peculiarità di ogni causa, sia la necessità di una pronuncia in via pregiudiziale per essere posti in grado di statuire nel merito sia la pertinenza delle questioni che essi sottopongono alla Corte (vd. in particolare, sentenze 27 ottobre 1993, causa C-127/92, Enderby, Racc. pag. I-5535, punto 10; 3 marzo 1994, cause riunite C-332/92, C-333/92 e C-335/92, Eurico Italia e a., Racc. pag. I-711, punto 17, e 7 luglio 1994, causa C-146/93, McLachlan, Racc. pag. I-3229, punto 20). Il rigetto di una domanda presentata da un giudice nazionale è possibile solo laddove appaia in modo manifesto che l'interpretazione del diritto nazionale chiesta da detto giudice non ha alcuna relazione con l'effettività o l'oggetto della controversia nella causa principale (sentenze 6 luglio 1995, causa C-62/93, BP Soupergaz, Racc. pag. I-1883, punto 10, e 26 ottobre 1995, causa C-143/94, Furlanis, Racc. pag. I-3633, punto 12).

16. Ciò non avviene tuttavia per quanto riguarda la fattispecie in esame nella causa principale. Infatti, il giudice *a quo* menziona una divergenza di opinioni sull'interpretazione della condizione di cui all'art. 258, n. 5, secondo la quale, per costituire una *holding* ai sensi della legge, occorre detenere esclusivamente o principalmente le quote di società aventi sede nel Regno Unito e, più in particolare, sull'interpretazione della nozione di controllo di una maggioranza di consociate residenti nel Regno Unito, dato che una delle interpretazioni possibili comporta l'esigenza di verificare la compatibilità della legge con l'art. 52 del Trattato.

17. Di conseguenza occorre esaminare le questioni poste dal giudice *a quo*.

Sul merito

Sulla prima questione

18. Con la sua prima questione, il giudice *a quo* chiede sostanzialmente se l'art. 52 del Trattato osti ad una normativa di uno Stato membro che, per quanto riguarda le società stabilite in tale Stato membro e facenti parte di un consorzio attraverso il quale possiedono una *holding*, subordina il diritto ad

uno sgravio fiscale alla condizione che l'attività della *holding* consista nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato.

19. Si deve preliminarmente ricordare che, se la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, tuttavia questi ultimi devono esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario (vd. sentenze 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacker, Racc. pag. I-225, punto 21; 11 agosto 1995, causa C-80/94, Wielockx, Racc. pag. I-2943, punto 16; 27 giugno 1996, causa C-107/94, Asscher, Racc. pag. I-3089, punto 36, e 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations e Singer, Racc. pag. I-2471, punto 19).

20. Occorre poi rilevare che, secondo una giurisprudenza costante, la libertà di stabilimento, che l'art. 52 attribuisce ai cittadini di un altro Stato membro e che implica per essi l'accesso alle attività subordinate ed il loro esercizio nello stesso modo stabilito dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i propri cittadini, comprende, ai sensi dell'art. 58 del Trattato, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una succursale o agenzia. Per le società, è importante rilevare in questo contesto che la loro sede nel senso summenzionato serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato (sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punto 18, e 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, Racc. pag. I-4017, punto 13).

21. È importante precisare, inoltre, che, sebbene, così come formulate, le norme relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione e corrispondente alla definizione dell'art. 58 del Trattato (sentenza 27 settembre 1988, causa 81/87, Daily Mail and General Trust, Racc. pag. 5483, punto 16).

22. Si deve constatare al riguardo che la normativa controversa nella causa principale nega alle società residenti facenti parte di un consorzio che, attraverso una società *holding*, si siano avvalse del loro diritto alla libertà di stabilimento per creare consociate in altri Stati membri, il beneficio dello sgravio fiscale in ragione delle perdite subite da una società residente controllata dalla *holding* qualora quest'ultima controlli principalmente consociate aventi la loro sede fuori dal Regno Unito.

23. Tale normativa utilizza pertanto il criterio della sede delle società controllate per instaurare un trattamento fiscale differenziato delle società facenti parte di un consorzio stabilite nel Regno Unito. Infatti, essa riserva la concessione del vantaggio fiscale rappresentato dallo sgravio di gruppo alle so-

le società che controllino esclusivamente o principalmente consociate aventi sede sul territorio nazionale.

24. Ci si deve pertanto porre la questione di un'eventuale giustificazione di tale disparità di trattamento alla luce delle disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento.

25. Al riguardo, il governo del Regno Unito ha sostenuto che, in materia di imposte dirette, le situazioni delle società residenti e di quelle non residenti non sono, in linea di massima, comparabili e ha addotto due tipi di giustificazioni. Innanzi tutto, la normativa controversa sarebbe diretta a ridurre il rischio di evasione fiscale che sarebbe connesso, nel caso di specie, all'eventualità che i membri di un consorzio organizzino un trasferimento di oneri dalle controllate non residenti verso una controllata residente nel Regno Unito e prendano cura, viceversa, di far apparire gli utili presso le controllate non residenti. La normativa controversa mirerebbe pertanto ad evitare che la creazione di consociate all'estero sia utilizzata al fine di sottrarre cespiti imponibili al fisco britannico. Essa sarebbe poi diretta ad evitare una riduzione delle entrate che conseguirebbe dal solo fatto dell'esistenza di controllate non residenti e sarebbe connessa all'impossibilità, per il fisco britannico, di compensare la riduzione di imposte risultante dallo sgravio delle perdite delle controllate residenti con l'assoggettamento ad imposta degli utili delle controllate aventi sede fuori dal Regno Unito.

308

26. Per quanto riguarda la giustificazione fondata sul rischio di evasione fiscale, basti sottolineare che la normativa controversa nella causa principale non ha l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiali il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale del Regno Unito, ma considera, in via generale, qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovino in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito. Ora, lo stabilimento di una società fuori dal Regno Unito non comporta, di per sé, l'evasione fiscale, dato che la società di cui trattasi è comunque soggetta alla legge fiscale dello Stato di stabilimento.

27. Per giunta, nel caso di specie, il rischio di trasferimento di oneri diretto ad eludere la normativa non è assolutamente collegato con l'esistenza o no di una maggioranza di consociate residenti o non residenti nel Regno Unito. Infatti, basta che esista anche una sola controllata non residente perché il rischio fatto valere dal governo del Regno Unito possa verificarsi.

28. Quanto all'argomento relativo all'impossibilità di compensare la riduzione di imposta derivante dallo sgravio delle perdite delle controllate residenti con l'assoggettamento ad imposta degli utili delle controllate situate fuori dal Regno Unito, si deve sottolineare che la riduzione di entrate fiscali che ne risulta non rientra fra i motivi enunciati all'art. 56 del Trattato e non può essere considerata come un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare una disparità di trattamento in linea di principio incompatibile con l'art. 52 del Trattato.

29. Vero è che la Corte ha ritenuto che la necessità di garantire la coerenza di un regime fiscale poteva, in taluni casi, giustificare una normativa tale da restringere le libertà fondamentali (vd., in questo senso, sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, Bachmann, Racc. pag. I-249, e Commissione/Belgio, causa C-300/90, Racc. pag. I-305). Tuttavia, nelle cause citate, esisteva un nesso diretto tra la deducibilità dei contributi, da un lato, e l'imponibilità delle somme dovute da assicuratori in esecuzione di contratti di assicurazione contro i rischi di vecchiaia e morte, dall'altro, nesso che occorreva preservare al fine di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale interessato. Nel caso di specie, non esiste alcun nesso diretto di tal genere tra lo sgravio fiscale, in capo alla società facente parte di un consorzio, delle perdite subite da una delle sue controllate residenti nel Regno Unito, da un lato, e l'imponibilità degli utili delle controllate aventi sede fuori dal Regno Unito, dall'altro.

30. Di conseguenza, occorre risolvere la prima questione nel senso che l'art. 52 del Trattato osta ad una normativa di uno Stato membro che, per quanto riguarda le società stabilite in tale Stato membro facenti parte di un consorzio attraverso il quale possiedono una *holding* e che esercitino il loro diritto alla libertà di stabilimento per creare, tramite tale *holding*, consociate in altri Stati membri, subordina il diritto ad uno sgravio fiscale alla condizione che l'attività della *holding* consista nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato.

30

Sulla seconda questione

31. Con la sua seconda questione, il giudice nazionale chiede sostanzialmente di veder precisata la portata dell'obbligo di cooperazione leale sancito all'art. 5 del Trattato. Più precisamente, qualora dalla soluzione della prima questione derivasse che la normativa controversa nella causa principale sia incompatibile con il diritto comunitario nei limiti in cui nega lo sgravio nel caso in cui la *holding* di proprietà del consorzio controlli principalmente consociate aventi la loro sede nella Comunità, senza che tale condizione sia soddisfatta con le sole consociate residenti nel Regno Unito, il giudice *a quo* si chiede se esso debba altresì disapplicare tale normativa o interpretarla in maniera conforme al diritto comunitario nel caso in cui la *holding* controlli principalmente consociate aventi sede in paesi terzi.

32. È importante sottolineare, al riguardo, che la disparità di trattamento a seconda che l'attività della *holding* di proprietà del consorzio consista esclusivamente o principalmente nel detenere quote in consociate aventi sede solo in paesi terzi non rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario.

33. Di conseguenza, in primo luogo, gli artt. 52 e 58 del Trattato non ostano ad una normativa nazionale che non accordi lo sgravio ad una società residente facente parte di un consorzio qualora l'attività della *holding* di proprietà del consorzio consista esclusivamente o principalmente nel detenere quote in

consociate aventi sede in paesi terzi. In secondo luogo, neppure l'art. 5 del Trattato si trova a dover esser applicato.

34. Si deve pertanto sottolineare che, ove la controversia sottoposta al giudice nazionale riguardi una situazione che esula dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, il giudice nazionale non è tenuto, in forza del diritto comunitario, né ad interpretare la sua normativa in un senso conforme al diritto comunitario né a disapplicare tale normativa. Nel caso in cui un solo e identico provvedimento normativo dovesse essere disapplicato in una fattispecie rientrante nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, pur potendo ancora applicarsi ad una situazione che non vi rientra, spetterebbe all'organo competente dello Stato interessato eliminare tale incertezza del diritto nei limiti in cui quest'ultima possa pregiudicare i diritti derivanti da norme comunitarie.

35. Ne consegue che, in presenza di circostanze come quelle di cui alla causa principale, l'art. 5 del Trattato non impone al giudice nazionale né di interpretare la propria normativa in un senso conforme al diritto comunitario né di disapplicare tale normativa in una fattispecie estranea all'ambito di applicazione del diritto comunitario.

Sulle spese

36. Le spese sostenute dai governi del Regno Unito e dalla Commissione delle Comunità europee, 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

pronunciandosi sulle questioni sottopostele dalla House of Lords, con ordinanza 24 luglio 1996, dichiara:

1. L'art. 52 del Trattato osta ad una normativa di uno Stato membro che, per quanto riguarda le società stabilite in tale Stato membro facenti parte di un consorzio attraverso il quale possiedono una *holding* e che esercitino il loro diritto alla libertà di stabilimento per creare, tramite tale *holding*, consociate in altri Stati membri, subordina il diritto ad uno sgravio fiscale alla condizione che l'attività della *holding* consista nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato.

2. In presenza di circostanze come quelle di cui alla causa principale, l'art. 5 del Trattato CE non impone al giudice nazionale né di interpretare la propria normativa in un senso conforme al diritto comunitario né di disapplicare tale normativa in una fattispecie estranea all'ambito di applicazione del diritto comunitario.

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 16 luglio 1998.

Il cancelliere
R. Grass

Il presidente
G.C. Rodríguez Iglesias

*
* *

1. By order of 24 July 1996, received at the Court on 29 July 1996, the House of Lords referred to the Court of Justice for a preliminary ruling under Article 177 of the EC Treaty two questions on the interpretation of Articles 5 and 52 of the EC Treaty.

2. Those questions were raised in proceedings between Imperial Chemical Industries plc (hereinafter "ICI") and the United Kingdom tax authorities (hereinafter "the Inland Revenue") concerning the latter's refusal to grant to ICI tax relief in respect of trading losses incurred by a subsidiary of the holding company beneficially owned by ICI through a consortium.

3. ICI and Wellcome Foundation Ltd., both of which are companies resident in the United Kingdom, together form a consortium through which they beneficially own 49% and 51%, respectively, of Coopers Animal Health (Holdings) Ltd. (hereinafter "Holdings").

4. The sole business of Holdings is to hold shares in some 23 trading companies which are its subsidiaries and which operate in many countries. Of those 23 subsidiaries, 4 - including Coopers Animal Health Ltd. (hereinafter "CAH") - are resident in the United Kingdom, 6 in other Member States and 13 in non-member countries.

5. CAH incurred losses on its United Kingdom trade in the accounting periods ending in 1985, 1986 and 1987. ICI sought, pursuant to sections 258 to 264 of the Income and Corporation Taxes Act 1970 (hereinafter "the Act"), to set 49% of CAH's losses for those periods (the proportion corresponding to its shareholding in Holdings) against its chargeable profits for the corresponding periods by way of tax relief.

6. As regards the conditions for and the detailed rules governing tax relief as claimed by ICI, the Act provides as follows:

Section 258: «1. Relief for trading losses and other amounts eligible for relief from corporation tax may in accordance with the following provisions of this Chapter be surrendered by a company (called "the surrendering company") which is a member of a group of companies and, on the making of a claim by another company (called "the claimant company") which is a member of the same group, may be allowed to the claimant company by way of relief from corporation tax called "group relief".

2. Group relief shall also be available in accordance with the said provi-

sions in the case of a surrendering company and a claimant company where either of them is a member of a consortium and the other is

a) a trading company which is owned by the consortium and which is not a 75 per cent. subsidiary of any company; or

b) a trading company:

i) which is a 90 per cent. subsidiary of a holding company which is owned by the consortium; and

ii) which is not a 75 per cent. subsidiary of a company other than the holding company;

or

c) a holding company which is owned by the consortium and which is not a 75 per cent. subsidiary of any company;

[...].

5. For the purpose of this section and the following sections of this Chapter:

a) two companies shall be deemed to be members of a group of companies if one is the 75 per cent. subsidiary of the other or both are 75 per cent. subsidiaries of a third company;

b) "holding company" means a company the business of which consists wholly or mainly in the holding of shares or securities of companies which are its 90 per cent. subsidiaries, and which are trading companies;

c) "trading company" means a company whose business consists wholly or mainly of the carrying on of a trade or trades.

[...].

7. References in this and the following sections of this Chapter to a company apply only to bodies corporate resident in the United Kingdom; and in determining for the purposes of this and the following sections of this Chapter whether one company is a 75 per cent. subsidiary of another, the other company shall be treated as not being the owner:

a) of any share capital which it owns directly in a body corporate if a profit on a sale of the shares would be treated as a trading receipt of its trade, or

b) of any share capital which it owns indirectly, and which is owned directly by a body corporate for which a profit on the sale of the shares would be a trading receipt, or

c) of any share capital which it owns directly or indirectly in a body corporate not resident in the United Kingdom.

8. For the purposes of this and the following sections of this Chapter, a company is owned by a consortium if three-quarters or more of the ordinary share capital of the company is beneficially owned between them by companies of which none beneficially owns less than one-twentieth of that capital, and those companies are called the members of the consortium.»

Section 259: «1. If in any accounting period the surrendering company has incurred a loss, computed as for the purposes of subsection 2 of section

177 of this Act, in carrying on a trade, the amount of the loss may be set off for the purposes of corporation tax against the total profits of the claimant company for its corresponding accounting period.»

7. The Inland Revenue refused ICI's application for tax relief on the ground that Holdings does not constitute a holding company within the meaning of section 258, n. 5, letter *b*) read together with section 258, n. 7. Even though Holdings' sole business is to hold shares or securities of companies which are its 909% subsidiaries, and which are trading companies, the majority of its subsidiaries (19 out of 23) are not bodies corporate resident in the United Kingdom as required by the opening words of section 258, n. 7 and therefore Holdings' main business cannot be recognised as that of a holding company within the meaning of subsection 5, letter *b*).

8. Contesting that interpretation of the domestic legislation, ICI brought an action against the decision rejecting its claim. The High Court found in ICI's favour and its decision was subsequently affirmed by the Court of Appeal.

9. On appeal, the House of Lords concluded that the Inland Revenue's refusal was justified in terms of the Act, but felt it necessary to consider the arguments, based on Community law, advanced by ICI to contest the refusal.

10. In ICI's submission, the requirement that a holding company's business consist wholly or mainly in the holding of shares or securities of companies resident in the United Kingdom amounts to a restriction, in the form of a discriminatory tax regime, on freedom of establishment for companies and firms, and therefore infringes Articles 52 and 58 of the EC Treaty.

11. It claims that the discrimination arises from the fact that tax relief for losses incurred by a resident company which is a subsidiary of a resident holding company is granted to a member of a consortium where all, or most of, the subsidiaries controlled by the holding company are resident, whereas, other things being equal, it will be refused where the holding company - because it has exercised its right to freedom of establishment conferred by the EC Treaty - controls mainly subsidiaries resident in other Member States.

12. ICI maintains that, faced with such discrimination, it is the national court's duty, even in a case such as that before the House of Lords, where the holding company controls 23 subsidiaries, of which only 10 are resident in the United Kingdom or another Member State, to set aside the residence requirement laid down by the Act as being contrary to Community law.

13. The House of Lords considered an interpretation of Community law to be necessary as regards both the compatibility of the residence requirement laid down by the Act for the grant of tax relief as claimed by ICI with the rules of the Treaty and, should the Act prove to be contrary to Community law, the approach to be taken by national courts in such a situation. It therefore decided to stay proceedings and refer the following questions to the Court of Justice for a preliminary ruling:

«1) In a situation where:

i) a company (Company A) is resident in a Member State of the European Union;

ii) Company A is part of a consortium with another company (Company B) also resident in that Member State;

iii) Company A and B jointly own a holding company (Company C) also resident in the Member State;

iv) Company C has a number of trading subsidiaries, which are resident either in that Member State, other Member States of the European Union or elsewhere in the world, and

v) Company A is precluded from being entitled to claim against its corporation tax liability relief in respect of trading losses incurred by a trading subsidiary (also resident in that Member State) of Company C because the national legislation, construed as a matter of national law, required that the business of Company C should consist wholly or mainly in the holding of shares in subsidiaries which are resident in that Member State: does the requirement identified at v) constitute a restriction on the freedom of establishment under Article 52 of the EC Treaty? If so, is such treatment nevertheless justified under Community law?

2) If the requirement under v) is an unjustified restriction under Community law, does Article 5 of the EC Treaty require a national court to interpret the relevant national legislation, so far as is possible, so as to comply with Community law, even though neither Company A, Company B nor Company C is itself seeking to exercise any rights under Community law, and even if an interpretation of national legislation which would comply with Community law would have the effect of giving relief where the business of Company C consisted mainly in the holding of shares in subsidiaries established outside the EC/EEA? Or does Article 5 have the consequence only that the national legislation, despite its interpretation, takes effect subject to the requirements of Community law in a case where these requirements are in point?»

314

Admissibility

14. The United Kingdom Government has expressed doubts as to the relevance of the first question in determining the issue in the main proceedings. It argues that, even if the Act were found to entail a restriction on freedom of establishment, incompatible with Article 52 of the Treaty, this would have no bearing on the determination of the proceedings. ICI would in any event be denied the tax relief provided for under the Act, since the majority of the companies controlled by Holdings (13 out of 23) are resident, not in other Member States, but in non-member countries.

15. According to established case-law, it is solely for the national courts before which proceedings are pending, and which must assume responsi-

lity for the judgment to be given, to determine in the light of the particular circumstances of each case both the need for a preliminary ruling to enable them to give judgment and the relevance of the questions which they submit to the Court (see, *inter alia*, Case C-127/92 *Enderby* [1993] ECR I-5535, paragraph 10; Joined Cases C-332/92, C-333/92 and C-335/92 *Eurico Italia and Others* [1994] ECR I-711, paragraph 17; and Case C-146/93 *McLachlan* [1994] ECR I-3229, paragraph 20). A request for a preliminary ruling from a national court may be rejected only if it is manifest that the interpretation of Community law or the examination of the validity of a rule of Community law sought by that court bears no relation to the true facts or the subject-matter of the main proceedings (Case C-62/93 *BP Supergas* [1995] ECR I-1883, paragraph 10, and Case C-14394 *Furlanis* [1995] ECR I-3633, paragraph 12)..

16. However, that is not the situation in the present case. The House of Lords observes that opinion differs as to the proper construction of section 258, n. 5, in terms of which, in order to qualify as a holding company within the meaning of the Act, it is necessary to hold shares wholly or mainly in companies which are resident in the United Kingdom, and, more specifically, as to the notion of control of a majority of subsidiaries resident in the United Kingdom, one interpretation of which makes it necessary to determine whether the Act is compatible with Article 52 of the Treaty.

17. In those circumstances, it is necessary to consider the questions referred by the House of Lords.

Substance

The first question

18. By its first question, the House of Lords asks essentially whether Article 52 of the Treaty precludes legislation of a Member State which, in the case of companies established in that State belonging to a consortium through which they control a holding company, makes a particular form of tax relief subject to the requirement that the holding company's business consist wholly or mainly in the holding of shares in subsidiaries that are established in the Member State concerned.

19. Although direct taxation is a matter for the Member States, they must nevertheless exercise their direct taxation powers consistently with Community law (see Case C-279/93, *Schumacker*, [1995] ECR I-225, paragraph 21; Case C-80/94, *Wielockx* [1995] ECR I-2943, paragraph 16; Case C-107/94, *Asscher* [1996] ECR I-3089, paragraph 36; and Case C-250/95, *Futura Participations and Singer* [1997] ECR I-2471, paragraph 19).

20. According to established case-law, the freedom of establishment which Article 52 grants to nationals of the Member States and which entails the right for them to take up and pursue activities as self-employed persons under the conditions laid down for its own nationals by the law of the Member

State where such establishment is effected, includes, pursuant to Article 58 of the Treaty, the right of companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community, to pursue their activities in the Member State concerned through a branch or agency. With regard to companies, it should be noted in this context that it is their particular State, like nationality in the case of natural persons (Case 270/83 *Commission v France* [1986] ECR 273, paragraph 18, and Case C-330/91 *Commerzbank* [1993] ECR I-4017, paragraph 13).

21. It should also be pointed out that, even though, according to their wording, the provisions concerning freedom of establishment are directed mainly to ensuring that foreign nationals and companies are treated in the host Member State in the same way as nationals of that State, they also prohibit the Member State of origin from hindering the establishment in another Member State of one of its nationals or of a company incorporated under its legislation which comes within the definition contained in Article 58 (Case 81/87 *Daily Mail and General Trust* [1988] ECR 5483, paragraph 16).

22. It should be noted here that, under the legislation at issue in the main proceedings, companies belonging to a resident consortium which have, through a holding company, exercised their right to freedom of establishment in order to set up subsidiaries in other Member States are denied tax relief on losses incurred by a resident subsidiary where the majority of the subsidiaries controlled by the holding company have their seat outside the United Kingdom.

23. Such legislation, therefore, applies the test of the subsidiaries' seat to establish differential tax treatment of consortium companies established in the United Kingdom. Consortium relief is available only to companies controlling, wholly or mainly, subsidiaries whose seats are in the national territory.

24. It is therefore necessary to determine whether there is any justification for such inequality of treatment under the Treaty's provisions on freedom of establishment.

25. The United Kingdom Government maintains that, for the purposes of direct taxation, the respective situations of resident and non-resident companies are not, as a general rule, comparable. It puts forward two types of justification. First, the legislation at issue is designed to reduce the risk of tax avoidance arising, in the present case, from the possibility for members of a consortium to channel the charges of non-resident subsidiaries to a subsidiary resident in the United Kingdom and to have profits accrue to non-resident subsidiaries. The purpose of the legislation at issue is therefore to prevent the creation of foreign subsidiaries from being used as a means of depriving the United Kingdom Treasury of taxable revenues. A further objective is to prevent a reduction in revenue caused by the mere existence of non-resident subsidiaries, since the Inland Revenue cannot tax profits made by subsidia-

ries located outside the United Kingdom in order to offset the revenue lost through the granting of relief on losses incurred by resident subsidiaries.

26. As regards the justification based on the risk of tax avoidance, suffice it to note that the legislation at issue in the main proceedings does not have the specific purpose of preventing wholly artificial arrangements, set up to circumvent United Kingdom tax legislation, from attracting tax benefits, but applies generally to all situations in which the majority of a group's subsidiaries are established, for whatever reason, outside the United Kingdom. However, the establishment of a company outside the United Kingdom does not, of itself, necessarily entail tax avoidance, since that company will in any event be subject to the tax legislation of the State of establishment.

27. Furthermore, the risk of charges being transferred, which the legislation at issue is designed to prevent, is entirely independent of whether or not the majority of subsidiaries are resident in the United Kingdom. The existence of only one non-resident subsidiary is enough to create the risk invoked by the United Kingdom Government.

28. In answer to the argument that revenue lost through the granting of tax relief on losses incurred by resident subsidiaries cannot be offset by taxing the profits of non-resident subsidiaries, it must be pointed out that diminution of tax revenue occurring in this way is not one of the grounds listed in Article 56 of the Treaty and cannot be regarded as a matter of overriding general interest which may be relied upon in order to justify unequal treatment that is, in principle, incompatible with Article 52 of the Treaty.

29. It is true that in the past the Court has accepted that the need to maintain the cohesion of tax systems could, in certain circumstances, provide sufficient justification for maintaining rules restricting fundamental freedoms (see, to this effect, Case C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249 and Case C-300/90 *Commission v Belgium* [1992] ECR I-305). Nevertheless, in the cases cited, there was a direct link between the deductibility of contributions from taxable income and the taxation of sums payable by insurers under old-age and life assurance policies, and that link had to be maintained in order to preserve the cohesion of the tax system in question. In the present case, there is no such direct link between the consortium relief granted for losses incurred by a resident subsidiary and the taxation of profits made by non-resident subsidiaries.

30. Consequently, the answer to be given to the first question must be that Article 52 of the Treaty precludes legislation of a Member State which, in the case of companies established in that State belonging to a consortium through which they control a holding company, by means of which they exercise their right to freedom of establishment in order to set up subsidiaries in other Member States, makes a particular form of tax relief subject to the requirement that the holding company's business consist wholly or mainly in the holding of shares in subsidiaries that are established in the Member State concerned.

The second question

31. By its second question the House of Lords essentially asks the Court to explain the scope of the duty to cooperate in good faith, laid down by Article 5 of the Treaty. More specifically, if it were to follow from the reply to the first question that the legislation at issue in the main proceedings is incompatible with Community law in not granting tax relief where the holding company owned by the consortium controls mainly subsidiaries having their seat in the Community, in a case where this condition is not fulfilled by subsidiaries having their seat in the Community, in a case where this condition is not fulfilled by subsidiaries resident in the United Kingdom, the House of Lords asks whether it must likewise disapply that legislation, or construe it in a way conforming with Community law, where the holding company controls mainly subsidiaries having their seat in non-member countries.

32. It must be emphasised that the difference of treatment applied according to whether or not the business of the holding company belonging to the consortium consists wholly or mainly in holding shares in subsidiaries having their seat in non-member countries lies outside the scope of Community law.

33. Consequently, Articles 52 and 58 of the Treaty do not preclude domestic legislation under which tax relief is not granted to a resident consortium member where the business of the holding company owned by that consortium consists wholly or mainly in holding shares in subsidiaries which have their seat in non-member countries. Nor does Article 5 of the Treaty apply.

34. Accordingly, when deciding an issue concerning a situation which lies outside the scope of Community law, the national court is not required, under Community law, either to interpret its legislation in a way conforming with Community law or to disapply that legislation. Where a particular provision must be disapplied in a situation covered by Community law, but that same provision could remain applicable to a situation not so covered, it is for the competent body of the State concerned to remove that legal uncertainty in so far as it might affect rights deriving from Community rules.

35. Consequently, in circumstances such as those in point in the main proceedings, Article 5 of the Treaty does not require the national court to interpret its legislation in conformity with Community law or to disapply the legislation in a situation falling outside the scope of Community law.

Costs

36. The costs incurred by the United Kingdom Government and by the Commission, which have submitted observations to the Court, are not recoverable. Since these proceedings are, for the parties to the main proceedings, a step in the proceedings pending before the national court, the deci-

sion on costs is a matter for that court.

On those grounds,

THE COURT

in answer to the questions referred to it by the House of Lords by order of 24 July 1996, hereby rules :

1. Article 52 of the EC Treaty precludes legislation of a Member State which, in the case of companies established in that State belonging to a consortium through which they control a holding company, by means of which they exercise their right to freedom of establishment in order to set up subsidiaries in other Member States, makes a particular form of tax relief subject to the requirement that the holding company's business consist wholly or mainly in the holding of shares in subsidiaries that are established in the Member State concerned.

2. In circumstances such as those in point in the main proceedings, Article 5 of the EC Treaty does not require the national court to interpret its legislation in conformity with Community law or to disapply the legislation in a situation falling outside the scope of Community law.

Delivered in open court in Luxembourg on 16 July 1998.

31

R. Grass
Registrar

G.C. Rodríguez Iglesias
President

Language of the case: english
Lingua processuale: inglese

Sezione III - Documentazione
*Section III - Laws, administrative and
other official documentation*

Italy- Ministry of Finance, Revenue Department, 'Central department for assessment and planning', Serv. II, Div. IV, Circ. no. 53/E February 26th, 1999: 'Task force for the taxation of stock companies' (excerpt) - Income Taxes - Tax avoidance - Resident groups of companies - Transfer Pricing adjustments - Normal Value - Applicability

In the exercise of its tax auditing functions the Financial Administration may adjust on the basis of their normal value transfer prices applied between companies belonging to the same group even if both are resident in the territory of the state

INTERNAL TRANSFER PRICING AND THE TAX REGIME OF GROUPS OF COMPANIES: NOTES FOR A COMPARATIVE ANALYSIS

The ministerial note the excerpt of which we have presented above provides an interesting starting point for a discussion on the fiscal treatment of transfer pricing. In particular, the note in question, addresses the need to adjust consideration for commercial transactions between companies belonging to a same group on the basis of their normal value (1), and not only when said companies are fiscally resident in two or more different states, but also when the same are all resident in Italy. And this, despite an explicit provision of Italian law that, in art. 76, subsection 5, Unified Code of Income Taxation passed with D.P.R. 22.12.1986 no. 917 (TUIR), allows for adjustments of transactions between related companies only where 'these transactions concern companies that do not reside in the territory of the state.' (2)

3.

The observations made with reference to the note in question are important both under a systematic and an operational point of view. Though departing from the observation that the juridical instruments the

(1) For a recent reconstruction of the meaning of this notion of normal value in the Italian tax system, see, CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale*, Milano, 1997.

(2) On art. 76, subsection 5, TUIR and more generally, on transfer pricing as an international tool for the reduction of the tax load, see, MAISTO, *Il transfer pricing nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, also, a more recent publication, CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto (profili teorici e problematiche operative)*, Bologna, 1996, especially pages 65 ff., addressing further foreign legal literature.

Italian legal system has made available are inadequate compared to this need and, by stating that the Ministry 'may consider the possibility of making proposals so that the application of the cited art. 76, subsection 5, TUIR, be extended also to resident companies', the Ministry of Finance has included among 'the most relevant avoidance practices', those manoeuvres on transfer prices between companies resident in Italy with head offices in the Centre-North territory and related companies with head office in the South of Italy.

Indeed, one should note that in the Italian income taxation system, one resorts to the criterion of normal value in only a few cases. In fact, this criterion is used to determine the taxable basis only in those cases strictly prescribed by law. Particularly, this method is used in the absence of money consideration, whereas normally what gives rise to the emerging of a tax liability is the actual price negotiated between the parties and not market values.

However, the same Revenue Authorities (3), in a less recent past, specified that the tax offices when assessing may resort to the criterion of normal value even in cases that differ from those expressed in art. 75, D.P.R. no. 597, 1973, (now article 76, subsection 5 TUIR) pointing out that in these different cases the criterion in question is merely a presumption of fact, without constituting the foundation of an *ex lege* adjustment of the amount of the transaction, as one has with foreign companies belonging to the same group.

Even in Italian case-law (4) and legal writings (5) on this subject, it has been stated that the Revenue Authorities may compare, in their tax auditing, prices negotiated between parties with those of the free market. However, taxation of proceeds according to the normal value is only possible where the Revenue Authorities, making use of presumptions of fact, needing to be 'gravi, precise e concordanti' (serious, accurate and coherent), is in possession of evidence to the effect that the declared consideration for the transfer of goods is inferior to that actually obtained, seen that sums that do not correspond to the actual takings cannot constitute taxable material.

(3) Ministry of Finance, Dir. gen. Imposte dirette, ris. March 10th 1982, no. 9/198, analogous to the previous circ. 22nd September 1980, no. 32.

(4) Please refer to Comm. trib. Prov. Milano, Sez. I, judgement October 28th 1997 - March 18th 1998, no. 577/1/97.

(5) LEO-MONACCHI-SCHIAVO, *le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1990, pages 545-546; CARPENTIERI, in the work cited, page 211 ff..

In truth, the same circular being examined excludes that this state of affairs, at the current point in which our legislation finds itself, be followed-up with procedures of automatic adjustments to the taxable basis; on the one side, procedures provided for in the above mentioned art. 76, subsection 5, in matter of international transfer pricing, and on the other, those procedures outlined in the new anti-avoidance provisions in art. 37-bis added to the text of D.P.R. September 29th 1973 no. 600 and in art. 7 legislative decree October 1997 no. 358, stating that expressly mentioned acts, legal facts and jural acts the aim of which would be to: 'avoid obligations and prohibitions in revenue law in order to obtain tax reductions or refunds that would not otherwise be due' are incontestable before the Revenue Authorities.

However, if we were to try and identify a provision capable of offering a justification for recovering taxation based on normal value, though not free from doubts, such a provision would make reference to the following, alternatively:

1. **art. 39, subsection 1, letter d, D.P.R. no. 600/73**, stating the possibility for the Revenue Authorities, even where accounts are in order, to assess whether there are any hidden assets (in the case in question, the higher proceeds) making use of presumptions characterised by seriousness, accuracy and coherence (comparing the transactions in question in terms of quantity with their normal value) (6);

2. **art. 37, subsection 3, D.P.R. no. 600/73**, by virtue of which the tax office may consider as belonging to the taxpayer 'income for which other individuals appear to be the owners, when it is proved on the basis of strong presumptions that the taxpayer is actually the owner through a third party (7);

3. **art. 53, subsection 2, Unified Code of Income Taxation no. 917/86**, that includes among the proceeds the normal value of goods destined to uses that are extraneous to the company, and on the strength of which, according to the Ministry it would be possible 'to reconstruct

32

(6) For a reconstruction of the different methods for auditing and of what is used for evidence, please refer to the volume by MANZONI, *Potere di accertamento e tutela del contribuente (nelle imposte dirette e nell'IVA)*, Milano, 1993; with particular reference to presumptive evidence, see GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, Padova, 1984.

(7) On this provision see LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in *Dir. prat. Trib.*, 1993, I, 1665; FALSITTA, *L'interposizione fittizia ed il dribbling al fisco*, in *Riv. dir. trib.*, 1996, II, 522; for an interesting discussion on the related civil aspects, see GRECO, *Le società di comodo alla luce dell'art. 30 law by decree 2.3.1989 no. 69*, in *Boll. Trib. Inf.*, 1989, 636.

the situation as a mixed act of transfer and gift thus recovering for taxation the difference'. (8)

On closer inspection, the three attempts on the part of the Revenue Authorities of resorting to analogy seem, in each one of the above listed cases, to be lacking the very foundations required with this kind of interpretative procedure. (9) However, at least in equity terms, it seems one can definitely exclude applicability of the provisions listed in points 1 to 3, since, compared with the provision regarding upward adjustment of the taxable basis of the buyer, they do not provide for the seller to obtain a corresponding reduction of the taxable basis, with the evident violation of the prohibition of internal double taxation, explicitly sanctioned in Italy through the constitutional principle of the ability to pay (art.53) and through two different laws: art. 67 D.P.R. no. 600/73 and art. 127 of the Unified code of Income Taxation (10). Whereas art. 76, subsection 5 of the Unified Code on Income Taxation (11) and art. 37,

(8) For a wide-ranging discussion on the *doctrine* that developed in Italy on this subject, it will suffice to refer to VERSIGLIONI, *Profili tributari della cessione gratuita dei beni relativi all'impresa*, in Riv. dir. fin. Sc. Fin., 1992, I, 481 and GIRELLI, *La destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'attività dell'impresa e il trasferimento a titolo gratuito dell'azienda e dei beni d'impresa: una questione ancora aperta*, in Riv. dir. trib., 1995, II, 73. Both authors do not accept the thesis that equates the destination of goods to uses that are extraneous to the company's activity to the act of gift.

326

(9) Here, scholars addressing the problem of integration by analogy of provisions levying tax deal with this by excluding, due to the clash with art. 23 of the Constitution, that through analogy one may create situations for which the law does not provide or situations that are incompatible with existing model situations, seen that the 'exclusivity' of the structure of these provisions would not allow their application to be extended to facts that have not been explicitly considered. See FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1998, page 190 ff..

(10) VERSIGLIONI, in the work cited, addresses the clash between provisions for taxing the value of goods destined to uses that are extraneous to the company and those sanctioning the prohibition of double taxation. On this subject, please refer to ADONNINO, *Doppia imposizione*, in Enc. Giur., Vol. XII, Rome, 1989; ARDIZZONE, *Doppia imposizione interna*, in Digesto, IV ed., disc. Priv. sez. comm., Vol. V, Turin, 1990, 175; GENTILI, *La doppia imposizione: alcune considerazioni di diritto interno*, edited by UCKMAR-MAGNANI-MARONGIU, *Le imposte sui redditi nel nuovo Testo Unico*, Padova, 1988, page 293.

(11) This article states that this possibility is confined to those cases where Italy is obliged to carry out agreements concluded with the competent Authorities of foreign countries following special mutual agreements provided for in international conventions against double taxation on income. Please refer to ADAMI - LEITA, *La procedura amichevole nelle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni*, in

subsection 4 of D.P.R. no. 600/73 (12) explicitly provide for that possibility as mentioned above (corresponding adjustment).

As to resorting to art. 37, subsection 3, D.P.R. no. 600/73, it seems that even this law, though providing for a corresponding adjustment of the fiscal position of the counterpart in the transaction, cannot be considered in the case in question, since it is materially impossible for the posited third party to assume a precise connotation. Indeed, it does not appear very likely that the smaller or higher price issued with reference to the transaction will give rise to revenue reserves the proprietor of which would be the very subject who has been damaged through the application of a value different to the normal one. (13) Moreover, on the level of procedure, even resorting to inductive methods, it falls to the Revenue Authorities to prove by producing presumptions characterised by the requisites of 'seriousness, accuracy and coherence', that this subject be the 'beneficial owner' of said assets.

Setting aside internal tax law issues that are raised by this ministerial judgement, though such issues are plentiful and interesting, it seems opportune at this point to proceed with a brief discussion of the laws introduced by other legal systems in matter of transfer pricing practices

Riv. dir. trib., 1992, I, 349; CONSALVO, *L'efficacia degli accordi conclusi a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi*, in Boll. Trib. Inf., 1993, 1354; GARBARINO, *Note a margine del caso 'Onduline': interpretazione funzionale delle convenzioni contro le doppie imposizioni e procedura amichevole*, in Dir. prat.trib., 1989, I, 970; AGUIRRE, *La procedura amichevole*, in Tributi, Quaderno no. 2/95, 74; FILIPPI, *Dalla procedura amichevole alla procedura arbitrare: osservazioni*, in Dir. prat. Trib. 1996, I, 1171.

327

(12) Subsection added from art. 7, subsection 3 of the legislative decree October 8th 1997 no. 359, clearly stating that: 'third parties who can prove they have paid taxes relating to income subsequently allocated, under subsection 3, to another taxpayer may request a refund.' In addition, the right to the refund is not subject to any preclusions or limitations, except that liquidation is delayed till after the assessment on the actual owner has become definitive.

(13) It should also be noted that in the absence of further elements, even the parent company cannot enjoy as immediately available income produced by its subsidiaries to the extent that the model fact situation on the possession of income under art. 1 TUIR no. 917/86 can be considered satisfied only in respect of the parent company (and not in respect of its subsidiaries, considered - at least formally - the owners of said income). And, a closer inspection would reveal that even if we wished to deal with the issue of taxation of groups of companies in a unitary perspective (and we can already state in this respect that in order to have real openings, Italian law would need amending) the application of art. 37, subsection 3, would appear extremely difficult, seen that its scope is limited to specific bilateral relations regarding individual transactions between companies belonging to the same group, whereas unitary taxation of groups could be considered legitimate only as an overall approach. These issues will be discussed in detail in what follows.

between enterprises that are fiscally resident in the same state and then compare these laws with the corresponding Italian legislation.

In this respect, we should firstly note that a similar investigation necessitates a unitary interpretative criterion of the different systems being brought to comparison; this is achieved by overcoming perplexities, emanating from various quarters, as to the real possibility of laying down the foundations for a comparative theory on a subject such as tax law, characterised by a high level of uncertainty (14) and not just in Italy. Also, we shall strive to avoid 'banal simplifications' from which that part of Italian literature investigating more closely the theme of comparative law (15) has openly been keeping its distance. It would be easy to fall in a such a trap, if one confined the discussion to an undiscerning transposition in internal law of the mere *nomina* of foreign provenance, often not suited to be received *sic et simpliciter* into other legal systems. (16)

(14) These doubts are put forward by BIRD, *A note on the fragility of international tax comparisons*, in Int. Bull. For fiscal doc. 1988, 198, taken from GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, page 11, who notes that: 'when we consider that there are conventions on tax matters by the hundreds, trying to supply a reconstruction, apart from being unfeasible, would in any case be limited by the lack of descriptive and explicative means.' However, it should be noted that the latter author, picking the issue up again in his recent, *La comparazione nei moduli di attuazione dei tributi: una nuova prospettiva di indagine*, in BRACCIONI ed., *Sistemi fiscali a confronto (modelli stranieri nella riforma del sistema fiscale italiano)*, Milano, 1998, page 231, states that he is prepared to recognise the obvious merits of comparative law in tax matters and underlines how today one also needs to address those aspects that are 'exquisitely procedural'.

(15) LUPOI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista di oggi* in Foro it. 1994, V, 448.

(16) On this subject see GORLA, *Diritto comparato*, in Enc. Dir., Vol. XII, Milano, 1964, 928; id., *Diritto comparato e straniero*, in Enc. Giur., Vol. XI, Rome, 1989; MOCCIA ed., *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; SACCO, *Diritti dell'Europa continentale e sistemi derivati*, in Enc. giur., Vol. XI, Rome, 1989; STEIN, *Common law (paesi di) - I) Diritto inglese*, in Enc. giur., Vol. VII, Rome, 1988; on foreign *doctrines* see ZWEIGERT - KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* (Adolfo di Majo e Antonio Gambaro editing the Italian version), Vol. II, *Istituti*, Milano, 1994. Of course, on the way to a comparative theory of mark, one cannot neglect those more recent and authoritative ius-philosophical contributions of Italian *doctrine* which go beyond the exegetic analysis that looks inside the single branches and regimes, to suggest instead the adoption of hermeneutic canons: 'that from a prominent position allow for a deeper comparative process; a process that is neither classificatory nor is it practical in view of the processes of legal unification, though these processes deserve attention.... A process capable of discerning, of assessing uniformity and difference, first of all on the level of semantics and secondly on the level of content.' Taken from COTTA, *Soggetto umano - Soggetto giuridico*, Milano, 1997, page 54, who, through this method, sets out to: 'observe and consider the law, not only beyond the current national borders, but also beyond the current Euro-centrism. Page 55 of the work cited.

Having said this, dealing with the fiscal treatment of internal transfer pricing from a comparative point of view, one should note that the adjustment of prices issued on these transactions, though not permitted in numerous West European countries, (17) is explicitly allowed, though with different nuances, in some foreign countries such as Holland, the US and Switzerland. Moreover, even among the countries that adopt transfer pricing adjustments, from an Italian point of view, one should distinguish those regimes that use presumptive methods from those in which real cases of 'normalisation' of income components are created with the result that any possibility of the taxpayer to provide evidence of different circumstances is eliminated.

In this respect, there are methods which resort to the normal value in order to arrive at the taxable bases for transactions between related companies:

- in **Holland**, though this country does not have laws explicitly laying down the adjustment of transfer prices between associated enterprises, the general principles of tax law, as interpreted by the local case-law of legality, establish in this matter the doctrine of substance over form or over the appearance of the transactions (18);

- in **Switzerland**, where similarly to Holland, there is no legal provision on the matter, the case-law of the High Court has coined the definition of the so-called 'concealment or deviation of profit distributions' (19), for which there can arise adjustment even in internal transfer pricing (20).

329

One should observe how both states lack an explicit law legitimising

(17) This happens in Sweden where, even though there is a mechanism of automatic adjustment of international transfer prices giving rise to the internal taxable basis being abated - as stated in sec. 43 (1) of the Municipal Income Tax Law (KL), to which sec.2 (1) of the national Income Tax Law refers - profit-shifting through transfer pricing between resident associated enterprises is generally permitted. For a wider discussion on Swedish law see IBFD Publications, *Manuale della tassazione in Europa* (Translation edited by SACCHETTO), Milano, 1991-1992, page 290-291, and IBFD, TP, suppl. no. 23, September 1998, 9.

(18) See IBFD Publications, suppl. no. 20, March 1997, 13.

(19) LUTHI - DIGERONIMO, *Transfer pricing in Switzerland*, Amsterdam, 1987, page 7.

(20) As appears in the work cited by LUTHI - DIGERONIMO, page 9. However, one should highlight that the notion of 'associated enterprise' as outlined by the case-law does not include every possible type of relation between subjects belonging to groups of companies, but it only covers those in which the parent company is the beneficiary of profit distribution or another company directly or indirectly controlled by the parent.

adjustments of transfer prices between related parties residing in the same state and how the corresponding Revenue Authorities are given power to intervene by resorting to the general criteria that allow to identify the beneficial owner who, in the case of transfer pricing (also internal transfer pricing) could formally result as being a third party, an artificial structure used for tax avoidance purposes. Furthermore, there is no doubt that this road cannot be taken in Italy where the effects of transactions realised in order to obtain an undue tax reduction can be disregarded for tax purposes only in cases explicitly prescribed by the law, and these do not include similar cases.

The US instead use, also when determining the taxable basis corresponding to internal transfer pricing transactions, tools for 'normalising' income that exclude the possibility of giving evidence to the contrary. Section 482 of the Internal Revenue Code states that the adjustment to normal value of transactions between associated enterprises is applicable even when both enterprises carry out economic activities that are taxable in the US, however, when the Revenue Authorities proceed with an upward adjustment of income, then a correlative adjustment to reduce the income of the other associated enterprise involved in the transaction is needed.

However, on closer inspection, and differently to the corresponding issue in international tax law, (21) the fiscal regime of transfer prices

330

(21) Here come into play issues regarding the criteria for allocating taxing authority between the different states in which companies carrying out the transactions in question are considered resident for tax purposes. A unitary solution to the problem of taxation of multinational groups of companies is outlined by LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985, page 212, who, among other things, suggests attributing a foreign tax credit, in alternative, implementing a sophisticated international compensating system, the reality of putting these methods into practice still being very far even today. Disregarding this type of sporadic exception (and setting aside the astounding premonition of MICHELI, *Il regime fiscale delle imprese multinazionali*, in Impr. Amb. E pubbl. amm., 1974, 317, and in id., *Opere minori di diritto tributario*, Milano, 1982, page 375, who already in those days was speaking of the fact that the 'jurist has not yet penetrated all the connections that give multinational enterprises a unitary character') the remaining legal literature confines itself to an analysis of taxation of the enterprises in question, taking for granted the separate taxation of the single companies. In this last sense, see CROXATTO, *Società multinazionali (diritto tributario)*, in Nss. Dig. It., App., Vol. VII, Turin, 1987, where, however, it is underlined that: 'in some systems the fact that a company belongs to a multinational group is relevant for the purposes of the taxation of its income' (in the work cited, page 5 of the extract); for a discussion on the correct criterion for allocating profits of the different subsidiaries, avoiding double taxation and tax evasion, see NUZZO, *Impresa multinazionale (dir. trib.)*, in Enc. giur., Vol. XVI, Rome, 1989; a similar view is taken by GARBARINO, *Impresa multinazionale nel diritto tributario*, in Digesto, IV ed., Disc. Priv. Sez. comm., Vol. VII, Turin, 1992, where the distinction is made between a 'unitary' multinational and a 'group' multinational.

between associated enterprises fiscally resident in the same state could be examined from a radically different point of view, if one lent the right fiscal weight to the real economic essence of groups of companies. (22) In this respect, we should note that the study of relations between different companies for the co-ordination of productive activities is not a new thing in business economics. (23) These sources have also noted that the organisational agreements that constitute the group are more easily set up by company structures (and especially by stock companies). (24)

It is clear, however, that this integration, whatever form it might take, intends to bring about, in unitary terms, the optimisation of the factors of production in order to improve the economic results of associated enterprises. (25) Having accepted this premise, we can see how a taxation

(22) Also with reference to national groups, the most recent Italian legal literature while vigorously supporting the need of a reform that would bring this phenomenon to be considered in terms different to the current ones, is still fixed on a position of separate taxation of the single participating companies. Among the more recent and significant contributions we suggest UCKMAR, *'Gruppi' e disciplina fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, I, 3, and GIOVANNINI, *I gruppi di società*, various authors in *Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, Turin, 1996, 107.

(23) For a detailed analysis of these issues see CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1954, where the concept of 'group' is described as: 'the most active type of business aggregation, in other words that in which relations between the various participating enterprises are more secure and more lasting' (page 79). More recently, SARCONI, *I gruppi aziendali (strutture e bilanci consolidati)* Turin, 1993, page 5-6, suggests a double accepted meaning of the term 'business combination' by observing that where: 'the more active forms of concentration - strictly speaking - are mergers between companies, via amalgamation and consolidation, take-overs with the corresponding group formation, buying businesses or branches, demergers of businesses or of their branches (these also, usually directed towards the formation of a group)' in a broader sense, business combination is when enterprises stipulate - normally through contracts - agreements to unify certain aspects of their management.'

331

(24) Referring to the French *doctrine*, LOVISOLO, *Gruppo di imprese ...*, in the work cited, page 3, distinguishes between *groupements d'entreprises* and *groupes de sociétés*, 'the former term applied to a wider context refers to different forms of relations between enterprises (with company structure also)... and the latter refers merely to the special technique of concentration of stock companies realised through having stakes in the companies, the single economic and financial expression of this being the consolidated balance sheet.' However, the author notes that in our country groups 'generally adopt the form of a company' (page 4).

(25) PESSINA in, *Gruppi di imprese di fronte alla fiscalità (II)*, TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, page 95, state that the objective of all groups of companies is to improve economically and financially their business structure. On these aspects, see together with Cassandro, SARCONI; in the work cited, page 7 ff., for a more extensive bibliography.

system that concentrates on the economic results of groups would indeed better respond to the principle of the ability to pay, art. 53 of the Italian Constitution, in that it would allow for the different income components of the associated companies to be grouped together in the name of the subject under which the unitary management is held. Having stated that, we might say that a future recognition of the group as a single enterprise is destined to an evolution which appears similar to that relating to the taxation of (single) stock companies: a first stage of complete indifference or, at its worst, aversion to the phenomenon was then followed by this type of autonomy. (26) As for groups, it will be a question of following a logical *iter* that is turned upside down compared to that which led to subjective taxation of stock companies. And indeed, while with stock companies all that was done was to make the taxable subject coincide with the form dictated by the civil code, with groups, there would need to be a taxable subject without that connotation. In fact, it is exactly this recognition (now self-evident) of the fiscal subjectivity of single companies which excludes the acknowledgement of a subjectivity of 'substance' of these entities, and consequently, at least in the current civil context, Italy will have no choice but to resort to procedural mechanisms which, by overcoming the legal/formal representation of the phenomenon, will highlight in a unitary fashion the content aspects of the taxable fact realised by the group. (27)

332

Differently to Italy, among the other Western countries, numerous are those allowing fiscal unity of national groups of companies. Without reaching maximum level of integration of results (undoubtedly

(26) It should be noted that in our fiscal system, all of IRPEG (and before that the repealed 'tax on companies') forms part of an anti-evasion logic, being that it is directed towards advance collection on natural persons' income, that would have otherwise stayed 'frozen' until the distribution to shareholders of profits obtained by the stock company. Actually, autonomous taxation of company income was introduced in Italy only in the middle of the 50s to avoid deferment to an indefinite time of taxation on undistributed dividends. On the relation between direct taxation of natural persons and company taxation see SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AMATUCCI ed., *Trattato di diritto tributario*, Vol. IV, Turin, 1994, page 60-68, where it is underlined that the current role of IRPEG is to: 'be an advance payment on the tax due by shareholders for whom the credit tax on distributed profits will mature.' page 66, and again, from a practical point of view: 'to render taxation more secure by making the company responsible before its shareholders, by realising a situation similar to that of the withholding agent'. (page 67).

(27) See GIOVANNINI, in the work cited, page 124, on the need to have on one side tax payments of the single aggregated companies and, separately, on the other, those of the parent company in order that the Revenue Authorities may check the congruity of its tax returns.

constituted by taxing the income of the group as determined on the basis of the consolidated balance sheet), in these countries, on the whole, losses of a subsidiary can be offset against the profits of a parent company (or vice versa) or of another subsidiary which is also part of the group.

This system is adopted in:

- **the UK**, under which law companies that are members of a same group may surrender losses or excess capital allowances to other companies in the group for group relief. For these purposes two companies are members of a group if one is a 75% subsidiary of the other or vice versa, or if both are subsidiaries of a third company. It is interesting to note that in the UK company law, now harmonised in all the European Union following the acknowledgement of the directive on profit and loss accounts and consolidated ones, are in every way like those of Italy. There is of course the obligation for groups to draft consolidated balance sheets, but there is no provision requiring a grouping financial statement for tax purposes; (28)

- **Germany**, upon condition that requesting companies be resident in the state, that they produce consolidated results for at least five accounting periods and that the respective businesses of the parent and subsidiary are so integrated that the subsidiary is organisationally and economically totally dependent on the parent; (29)

- **France**, where, on the basis of a more articulated system, only the parent company can file a combined tax return with its incomes and losses of the national companies it controls and in which it owns at least 95% of shares. The Revenue Authorities have ample discretionary power when authorising combined intra-group results; (30)

- **Norway**, where the system adopted even if similar in terms of objectives, is extremely different in terms of substance and procedure.

(28) See GATTO on this point in, *I gruppi di imprese di fronte alla fiscalità (I)*, in TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, page 57 and pages 62-63 and IBFD Publications, *Manuale....*, the work cited, page 257. More recently, UCKMAR, *'Gruppi'....*, in the work cited, page 11. Similar provisions are in force in Ireland (IBFD), *Manuale*, page 158 and in Austria, between national companies linked by the same minimum percentage of the share capital that is required in the UK (IBFD, in the work cited, page 38. In Denmark also a similar system is applied in a 100% participation (in the work cited, page 65).

(29) IBFD, the work cited above, pages 118-119. Requisites and time limits in Luxembourg are similar to the ones established by German legislation (IBFD), in the work cited, page 191).

(30) IBFD, in the work cited above, pages 96-97; UCMAR, *'Gruppi'....*, in the work cited, page 13.

Results are transferred between affiliated companies through 'group contributions' (31); here, instead of there being offsetting inside the group of the economic results of the affiliated companies, payments in favour of the other companies of the group may be deducted from the income. In the balance sheets of these other companies in the group, payments should result as positive components; in this case one cannot really speak of consolidated tax returns, since only transfers of assets actually carried out in favour of the associates (32) will be considered for fiscal purposes.

• **the US** where fiscal unity is admitted when one is an 80% subsidiary of another; the provisions in section 482 of the IRC for internal transfer pricing still holding.

With this system, though maintaining the subjective identity of each of the companies belonging to the group, there is the possibility that these may offset losses and profits and transfer asset values (instrumental capital and goods) in a totally neutral tax regime, thus overcoming the issues of internal transfer pricing addressed by the ministerial note being examined. Undoubtedly, a similar solution, apart from better conforming to the constitutional principle of the ability to pay, appears extremely feasible in uniform taxable contexts, such as those of IRPEG and IRPEF (corporate income tax and personal income tax). Whereas, both with national tax relief, examined by the Ministry of Finance in the circular in question, and with taxation on a schedular basis, such as with the IRAP (33) (regional tax on productive activities) for example, a taxation system

334

(31) This is established in Norwegian tax law (but also in the Swedish system) for companies belonging to national groups where the share capital owned is of at least 90%. Again, see IBFD, *Manuale...*, page 209 (for Norway) and page 290 (for Sweden).

(32) The Norwegian legislation clearly provides for what has been stated in the text when it establishes that: 'contributions must be carried out, before the drafting of the profit and loss account of the year in which they were fixed, by all companies involved. IBFD, in the work cited, page 291.

(33) The 'schedular' characteristics of IRAP has been explicitly acknowledged in the government report on the legislative decree no. 446/97, report which stated (point 4.1) that the basis of this tax should be identified in the: 'habitual carrying out of activities directed towards the production or exchange of goods, or towards the supply of services' and deducing that this: 'is essential to distinguish the new tax both from income taxes (based upon the possession of income) and from VAT (an indirect tax on consumption).' As for the literature on the subject, it is believed that it is a schedular tax applicable to economic activities producing goods and supplying services. FANTOZZI, in the work cited, page 611; and similarly, INTERDONATO, *Tributi regionali*, in *Digesto*, IV ed., Disc. Priv., commercial section, and in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, 29.

wholly centring on the group would not be sufficient to arrive at a precise definition of the different tax situations.

However, it does not seem that the solution the Italian Ministry of Finance has chosen is the most appropriate for obtaining the correct territorial distribution of taxable bases. In fact, the adjustment of the value of transfer prices in internal transactions is only a partial operation when compared with the total flow of group activities. Whereas, in order to impute components of the taxable basis to a certain territorial area, then all group relations should be assessed in such a way that, on one side, the allocation of income between the different areas would take into account where it was produced, and on the other, the apportionment system adopted would not produce either double taxation or situations going untaxed. In truth, only a system endowed with similar characteristics can be considered coherent in view of the objective of fiscal unity for groups of companies.

Italia - Ministero delle finanze, Dipartimento delle entrate, Direzione centrale per l'accertamento e la programmazione, Serv. II, Div. IV, Circ. n. 53/E del 26 febbraio 1999: "Gruppo di lavoro sulla tassazione delle società di capitali" (stralcio) - Imposte sui redditi - Elusione - Gruppi di imprese residenti - Rettifiche del *transfer pricing* - Valore normale - Applicabilità.

Nell'esercizio dei suoi poteri di accertamento l'Amministrazione finanziaria può rettificare sulla base del loro valore normale i prezzi di trasferimento applicati tra società appartenenti allo stesso gruppo anche se le stesse sono entrambe residenti nel territorio dello Stato

Nota: Il *transfer pricing* interno e la disciplina fiscale dei gruppi di imprese: appunti per una analisi comparata

La nota ministeriale di cui qui si pubblica lo stralcio stimola interessanti spunti di riflessione sul tema del trattamento ai fini fiscali della pratica del cosiddetto *transfer pricing*. In particolare, nella nota in esame viene rappresentata l'esigenza di assoggettare a rettifica sulla base del cosiddetto "valore normale" (1) i corrispettivi relativi alle transazioni commerciali che hanno luogo tra imprese appartenenti ad uno stesso gruppo non solo quando queste sono fiscalmente residenti in due o più Stati diversi ma anche quando sono tutte fiscalmente residenti in Italia. E ciò a dispetto di una espressa previsione della legge italiana che, all'art. 76, comma 5, del testo unico delle imposte sui redditi approvato con D.P.R. del 22/12/1986, n. 917, consente la rettifica delle operazioni intercorse tra imprese associate soltanto se "derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato" (2).

(1) Per una recente ricostruzione del significato della nozione di valore normale all'interno del sistema fiscale italiano, si veda CARPENTIERI, *Redditi in natura e valore normale*, Milano, 1997.

(2) Sull'art. 76, comma 5, del Tuir e, più in generale, sulla tematica del *transfer pricing* come strumento internazionale di riduzione del carico tributario, si veda, per tutti MAISTO, *Il transfer price nel diritto tributario italiano e comparato*, Padova, 1985, nonché, più recentemente, CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto (profili teorici e problematiche operative)*, Bologna, 1996, spec. pagg. 65 e seguenti, ove ulteriori riferimenti anche alla dottrina straniera.

La portata delle osservazioni svolte sul punto nella nota che precede è di notevole rilievo sia sotto il profilo sistematico sia sotto il profilo operativo. Infatti, pur partendo dalla constatazione di una sostanziale inadeguatezza rispetto a tale esigenza degli strumenti giuridici messi attualmente a disposizione dall'ordinamento italiano e riservandosi di "valutare la possibilità di suggerire proposte normative finalizzate a prevedere l'estensione dell'applicazione del citato art. 76, comma 5, del Tuir, anche alle società residenti", il Ministero ha incluso tra le "problematiche elusive di particolare rilievo" anche le manovre attuate sui prezzi di trasferimento tra società residenti in Italia con sede nei territori del centro-nord e società ad esse collegate aventi sede nei territori del mezzogiorno dell'Italia.

Va sottolineato, invero, che nel sistema italiano dell'imposizione sui redditi il ricorso al criterio del valore normale è circoscritto entro limiti molto ristretti e viene utilizzato nella determinazione della base imponibile soltanto nelle ipotesi tassativamente stabilite dalla legge. In particolare, tale criterio di commisurazione viene impiegato in assenza di corrispettivi in denaro, mentre di regola il presupposto al cui verificarsi si ricollega l'insorgenza dell'obbligazione tributaria è costituito dal prezzo effettivamente pattuito tra le parti e non dai valori di mercato.

Ad ogni buon conto, la stessa Amministrazione finanziaria (3), nel passato meno recente, ebbe modo di precisare che gli uffici tributari possono far ricorso, in sede di accertamento, al criterio del valore normale anche in ipotesi diverse da quelle previste dall'art. 75 del D.P.R. n. 597 del 1973 (ora art. 76, quinto comma, del Tuir), precisando, però, che in tali diverse ipotesi il criterio in questione assume il carattere di una mera presunzione semplice, senza costituire il fondamento di una rettifica *ex lege* dell'ammontare della transazione quale delineata nel caso di rapporti con società estere appartenenti allo stesso gruppo.

Anche da parte della giurisprudenza (4) e della letteratura (5) che in Italia si sono occupate dell'argomento viene affermato che non è precluso all'Amministrazione finanziaria il potere di raffrontare, in sede di accertamento, i prezzi convenuti tra le parti con quello di libera concorrenza esistente sul mercato, fermo restando, tuttavia, che la tassazione di un provento in base al suo valore normale è possibile solo se l'Ammini-

(3) Ministero delle finanze, Dir. gen. imposte dirette, ris. 10 marzo 1982, n. 9/198, conforme alla precedente circolare del 22 settembre 1980, n. 32.

(4) Si veda, da ultimo, Comm. trib. prov. Milano, Sez. 1, sent. 28 ottobre 1997 - 18 marzo 1998, n. 577/1/97.

(5) LEO-MONACCHI-SCHIAVO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1990, pagg. 5435-546; CARPENTIERI, *op. cit.*, pagg. 211 e seguenti.

strazione stessa, avvalendosi anche di presunzioni semplici, purché gravi, precise e concordanti, sia in possesso di elementi comprovanti che i corrispettivi dichiarati delle cessioni dei beni siano inferiori a quelli effettivamente conseguiti, non potendo rendersi imponibili somme non corrispondenti ad incassi effettivi.

In verità, la stessa circolare che qui si commenta esclude che questi comportamenti possano, allo stato attuale della legislazione essere perseguiti attraverso procedure di rettifica automatica delle basi imponibili, quali, da un lato, quelle previste in materia di *transfer pricing* internazionale dal citato art. 76, comma 5, e, dall'altro, quelle indicate nelle nuove disposizioni antielusive portate dall'art. 37-bis aggiunto nel testo del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, dall'art. 7, del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, ove si delinea l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria di alcuni atti, fatti o negozi espressamente nominati aventi come scopo quello di "aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni d'imposta o rimborsi altrimenti indebiti".

Tuttavia, al fine di individuare comunque una norma idonea a fornire la giustificazione di un recupero a tassazione basato sul valore normale, essa, sia pure in forma fortemente dubitativa, richiama, alternativamente:

1. *l'art. 39, comma 1, lettera d), del D.P.R. n. 600/1973*, che prevede la possibilità dell'Ufficio, anche in presenza di contabilità regolare, di accertare l'esistenza di attività non dichiarate (nel caso in esame i maggiori ricavi) sulla scorta di presunzioni qualificate dai requisiti di gravità, precisione e concordanza (desumibili dal raffronto delle dimensioni quantitative delle operazioni in questione rispetto al loro valore normale) (6);

2. *l'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973*, che, in sede di accertamento, consente all'Ufficio tributario di qualificare come redditi del contribuente anche quelli "di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne sia l'effettivo possessore per interposta persona" (7);

(6) Per una ricostruzione delle diverse metodologie di accertamento e dei relativi strumenti di prova, si rinvia, per tutti, al contributo monografico di MANZON, *Potere di accertamento e tutela del contribuente (nelle imposte dirette e nell'IVA)*, Milano, 1993; con particolare riferimento alle prove presuntive, si veda GENTILI, *Le presunzioni nel diritto tributario*, Padova, 1984.

(7) Su questa disposizione si veda: LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in "Dir. prat. trib.", 1993, I, pag. 1665; FALSITTA, *L'interposizione fittizia ed il dribbling al fisco*, in "Riv. dir. trib.", 1996, II, pag. 522; per interessanti spunti sui connessi aspetti civilistici, si segnala GRECO, *Le società di comodo alla luce dell'art. 30, del D.L. 2/3/1989, n. 69*, in "Boll. trib. inf.", 1989, pag. 636.

3. *l'art. 53, comma 2, del Tuir, n. 917/1986*, che comprende tra i ricavi il valore normale dei beni destinati a finalità estranee all'impresa, alla stregua del quale, ad avviso del Ministero, sarebbe possibile "costruire la fattispecie come negozio misto di vendita e donazione, con la possibilità di ripresa a tassazione della differenza" (8).

A ben vedere, già a prima vista il triplice tentativo dell'Amministrazione finanziaria di ricorrere all'analogia sembra in ognuno dei predetti casi privo delle basi minime richieste ai fini del ricorso a tale procedimento interpretativo (9). Tuttavia, quanto meno sotto il profilo dell'equità, sembra di poter senz'altro escludere l'applicabilità al caso di specie delle norme indicate nei punti 1) e 3), in quanto, a fronte della previsione della rettificabilità in aumento della base imponibile del soggetto acquirente, non prevede, come al contrario consentono espressamente sia l'art. 76, comma 5, del Tuir (10) sia l'art. 37, comma 4, del D.P.R. n. 600/1973 (11),

(8) Su queste problematiche, si ritiene sufficiente, per segnalare i precedenti dell'ampio dibattito dottrinale che si è sviluppato in Italia, richiamare i contributi di VER-SIGLIONI, *Profili tributari della cessione gratuita dei beni relativi all'impresa*, in "Riv. dir. fin. sc. fin.", 1992, I, pag. 481 e GIRELLI, *La destinazione a finalità estranee all'esercizio dell'attività d'impresa e il trasferimento a titolo gratuito dell'azienda e dei beni d'impresa: una questione ancora aperta*, in "Riv. dir. trib.", 1995, II, pag. 73. In particolare, la tesi dell'equiparazione tra donazione e destinazione a finalità estranee all'impresa viene respinta con puntuali argomentazioni da entrambi gli Autori.

335

(9) Il problema dell'integrazione in via analogica delle norme tributarie impositrici viene affrontato in tutta la letteratura manualistica italiana ed unanimemente risolto nel senso di escludere, per contrasto con l'art. 23 della Costituzione, che attraverso l'analogia si possa pervenire alla istituzione di fattispecie impositive non previste dalle norme di legge né con esse compatibili, posto che la struttura di norme "a fattispecie esclusiva" ad esse attribuita non consentirebbe di estenderne l'applicazione a fatti da queste non espressamente considerati. Sul punto, si rinvia, per tutti, a FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1998, pagg. 190 e seguenti.

(10) Il quale, peraltro, limita tale possibilità ai soli casi in cui l'Italia sia obbligata a dare esecuzione agli accordi conclusi con le Autorità competenti degli Stati esteri a seguito delle speciali procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi". Su questi temi, si fa rinvio a ADAM-LEITA, *La procedura amichevole nelle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni*, in "Riv. dir. trib.", 1992, I, pag. 349; CONSALVO, *L'efficacia degli accordi conclusi a seguito delle procedure amichevoli previste dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi*, in "Boll. trib. inf.", 1993, pag. 1354; GARBARINO, *Note a margine del caso "Onduline": interpretazione funzionale delle convenzioni contro le doppie imposizioni e procedura amichevole*, in "Dir. prat. trib.", 1989, I, pag. 970; AGUIRRE, *La procedura amichevole*, in "Tributi", Quaderno n. 2/95, pag. 74; FILIPPI, *Dalla procedura amichevole alla procedura arbitrale: osservazioni*, in "Dir. prat. trib.", 1996, I, pag. 1171.

la possibilità del soggetto cedente o prestatore di ottenere una corrispondente riduzione della propria base imponibile, facendo sorgere una evidente violazione del divieto di doppia imposizione interna, espressamente sancito in Italia, oltre che dal superiore precetto costituzionale di capacità contributiva (art. 53 della Costituzione), anche da ben due norme di legge: l'art. 67 del D.P.R. n. 600/1973 e l'art. 127 del Tuir (12).

Quanto al ricorso all'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600/1973, sembra che neanche tale norma, pur prevedendo un *corresponding adjustment* della posizione fiscale della controparte dell'operazione, sia concretamente riconducibile al caso in esame per la materiale impossibilità di configurare la supposta interposizione soggettiva. A tale proposito, pare invero poco credibile che il minore o maggior prezzo praticato nell'operazione dia luogo alla costituzione di una riserva di utili di cui sarebbe titolare proprio il soggetto danneggiato dall'applicazione di valori divergenti da quello normale (13). Sul piano del procedimento, inoltre, sia pu-

(11) Comma aggiunto dall'art. 7, comma 3, del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 359, che altrettanto chiaramente, dispone che "le persone interposte che provino di aver pagato imposte in relazione ai redditi successivamente imputati, a norma del comma terzo, ad altro contribuente possono chiederne il rimborso". Anzi, in questo caso il diritto al rimborso non è sottoposto a preclusioni o limiti di sorta, ad esclusione del rinvio della liquidazione ad un momento successivo a quello in cui l'accertamento a carico dell'effettivo titolare sia divenuto definitivo.

340

(12) Prospetta il contrasto tra le norme in materia di tassazione del valore dei beni destinati a finalità estranee all'impresa e quelle che sanciscono il divieto della doppia imposizione VERSIGLIONI, *op. cit.*, pag. 536. In generale, su questi problemi, si fa rinvio a ADONNINO, *Doppia imposizione*, in "Enc. giur.", vol. XII, Roma 1989; ARDIZZONE, *Doppia imposizione - interna*, in "Digesto", IV ed., disc. priv. sez. comm., Vol. V, Torino, 1990, pag. 175; GENTILI, *La doppia imposizione: alcune considerazioni di diritto interno*, in UCKMAR-MAGNANI-MARONGIU (a cura di), *Le imposte sui redditi nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, pag. 293.

(13) Va considerato al riguardo che, in assenza di ulteriori elementi, neanche la capogruppo ha la possibilità di godere e di disporre in via immediata dei redditi prodotti dalle sue controllate fino al punto di poter considerare realizzata nei suoi soli confronti (e non nei confronti delle controllate che ne sarebbero almeno formalmente titolari) la fattispecie del possesso di reddito individuata dall'art. 1, del Tuir n. 917/86. E a ben vedere, anche volendo affrontare la problematica della tassazione dei gruppi di società in un'ottica unitaria (che, peraltro, lo si dice fin d'ora, potrebbe avere concreti sbocchi in Italia soltanto dopo opportune modifiche delle norme vigenti), l'applicazione dell'art. 37, comma 3, appare estremamente difficoltosa, posto che la sua portata è limitata agli specifici rapporti bilaterali concernenti singole operazioni intercorrenti tra l'una e l'altra delle società appartenenti al gruppo, mentre l'approccio alla tassazione unitaria dei gruppi potrebbe essere considerato legittimo soltanto se affrontato globalmente. Su questi aspetti, si fa rinvio a quanto sarà osservato *infra*, testo e note.

re ricorrendo ad elementi induttivi, spetta comunque all'Amministrazione dimostrare attraverso la produzione di presunzioni assistite dai requisiti di gravità, precisione e concordanza, che quest'ultimo soggetto sia "l'effettivo possessore" di tale disponibilità.

Prescindendo dalle pur numerose ed estremamente interessanti problematiche di diritto tributario interno che solleva la pronuncia ministeriale in esame, in questa sede sembra utile condurre una breve disamina delle norme introdotte in altri ordinamenti con riferimento alle pratiche di *transfer pricing* poste in essere da imprese fiscalmente residenti nello stesso Stato per raffrontarle con la corrispondente disciplina italiana.

A questo proposito, va preliminarmente osservato che in una simile indagine deve essere utilizzata una chiave di lettura unitaria delle diverse discipline poste a raffronto, superando le perplessità da più parti sollevate in ordine alla concreta possibilità di fissare le basi di una teoria della comparazione giuridica in una materia come quella del diritto tributario che, non soltanto in Italia, è caratterizzata da un accentuato grado di incertezza (14). Si tenterà di evitare, peraltro, quelle "banalizzazioni semplificanti" dalle quali la letteratura italiana che più da vicino ha approfondito i temi della comparazione giuridica (15) ha apertamente preso le distanze e nelle quali sarebbe facile cadere se ci si limitasse ad una acritica trasposizione nel diritto interno dei meri *nomina* di origine straniera, talvolta inadatti ad essere recepiti *sic et simpliciter* in altri ordinamenti (16).

(14) Per la formulazione di dubbi siffatti, cfr. BIRD, *A note on the fragility of international tax comparisons*, in "Int. bull. for fiscal doc.", 1988, pag. 198, ripreso da GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, pag. 11, il quale osserva che, per quanto riguarda il diritto tributario di origine pattizia "ove si consideri che esistono centinaia di convenzioni in materia tributaria, detta opera ricostruttiva, oltre ad essere materialmente inattuabile, in ogni caso risulterebbe priva di capacità descrittiva ed esplicativa". Va sottolineato, tuttavia, che l'Autore da ultimo citato, ritornando in argomento nel suo più recente GARBARINO, *La comparazione nei moduli di attuazione dei tributi: una nuova prospettiva di indagine*, in BRACCIONI (a cura di) *Sistemi fiscali a confronto (modelli stranieri nella riforma del sistema fiscale italiano)*, Milano, 1998, pag. 231, si dichiara propenso a riconoscere gli "indubbi meriti" della comparazione giuridica in campo tributario e rileva come sia oggi necessario indirizzarne l'analisi "anche verso gli aspetti più squisitamente procedurali".

(15) LUPOI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista di oggi*, in "Foro it.", 1994, V, pag. 448.

(16) Su queste tematiche cfr. altresì GORLA, *Diritto comparato*, in "Enc. dir.", Vol. XII, Milano, 1964, pag. 928; Id., *Diritto comparato e straniero*, in "Enc. giur.", Vol. XI, Roma, 1989; MOCCIA (a cura di), *Il diritto privato europeo: problemi e prospettive*, Milano, 1993; SACCO, *Diritti dell'Europa continentale e sistemi derivati*, in "Enc. giur.", Vol. XI, Roma, 1989; STEIN, *Common Law (paesi di) - I) Diritto inglese*, in "Enc. giur.",

Ciò detto, affrontando il problema della disciplina fiscale del cosiddetto *transfer pricing* interno in un'ottica comparatistica, va osservato che la rettifica dei corrispettivi applicati a tali transazioni, pur essendo esclusa in numerosi Paesi occidentali (17), è espressamente consentita, sia pure con diverse sfumature, in alcuni Stati esteri, tra i quali l'Olanda, gli Stati Uniti, e la Svizzera. Peraltro, anche tra gli Stati che adottano regimi di rettifica dei prezzi di trasferimento, nell'ottica italiana sembra opportuno distinguere quelli in cui sono previsti metodi di tipo presuntivo da quelli nei quali vengono istituite vere e proprie fattispecie di "normalizzazione" delle componenti reddituali che escludono ogni possibilità del contribuente di provare una circostanza diversa.

Da questo punto di vista, si prevedono forme di ricorso al valore normale al fine di determinare in via presuntiva le basi imponibili delle transazioni che intercorrono tra soggetti collegati:

- *in Olanda*, ove, pur non esistendo norme che impongono espressamente la rettifica dei prezzi di trasferimento tra imprese associate, i principi generali della legge fiscale, come interpretati dalla locale giurisprudenza di legittimità, impongono in tale materia di rendere decisiva la sostanza rispetto alla forma o all'apparenza delle operazioni (18);

342

Vol. VII, Roma, 1988; per la dottrina straniera si segnala ZWEIGERT-KOTZ, *Introduzione al diritto comparato* (edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro), Vol. II, *Istituti*, Milano, 1994. Nella ricerca di un percorso che conduca verso un comparativismo giuridico di elevato profilo non possono essere trascurate le indicazioni provenienti dai più recenti ed autorevoli contributi giustilosofici della dottrina italiana, i quali, ponendosi al disopra dell'analisi esegetica condotta all'interno delle singole discipline, propongono l'adozione di canoni ermeneutici che, attraverso "lo sguardo dall'alto", consentano di realizzare un processo di comparazione "più approfondito, di tipo cioè non classificatorio né pratico in vista di processi, pur meritorii, di unificazione normativa ... capace di discernimento e verifica di uniformità e differenze, in primo luogo semantiche e in secondo luogo contenutistiche". Così COTTA, *Soggetto umano - Soggetto giuridico*, Milano, 1997, pag. 54, il quale attraverso una siffatta metodologia si prefigge di "poter osservare e considerare il diritto, non solo oltre il moderno ambito nazionale, bensì anche oltre quello eurocentrico attuale" (ivi, pag. 55).

(17) Come, ad esempio, si dispone in Svezia, Nazione in cui, pur prevedendosi un meccanismo di rettifica automatica dei prezzi di trasferimento internazionali dai quali deriva un abbattimento dell'imponibile interno - tanto si dispone al sec. 43 (1) della *Municipal Income Tax Law (KL)*, alla quale si richiama la sec. 2 (1) della *National Income Tax Law* - il trasferimento di utili tra società collegate residenti a mezzo di prezzi di scambio è generalmente ammesso. Per più ampi riferimenti alla normativa svedese cfr. IBFD, *Manuale della tassazione in Europa* (Traduzione a cura di SACCHETTO), Milano, 1991-1992, pagg. 290-291, nonché IBFD, TP, suppl. no. 23, settembre 1998, pag. 9.

(18) Così IBFD, TP, suppl. no. 20, march 1997, pag. 13.

• *in Svizzera*, in cui, analogamente a quanto sopra, non esiste alcuna previsione normativa al riguardo, ma la giurisprudenza dell'Alta Corte ha coniato la definizione del cosiddetto "occultamento o sviamento di distribuzioni di utili" (19), in presenza del quale può essere disposta la rettifica anche nel caso di *transfer pricing* interno (20).

È da notare che in entrambi gli Stati manca una norma espressa che legittima le rettifiche dei prezzi di trasferimento tra soggetti correlati che risiedono nello stesso Stato e che le rispettive Amministrazioni fiscali vengono autorizzate ad intervenire sulla base del ricorso ai generali criteri di riferibilità soggettiva della fattispecie impositiva, che, nel caso di *transfer pricing* (anche interno), risulterebbero deviati a fini elusivi. Non vi è dubbio, peraltro, che tale strada non è percorribile nel nostro Paese, nel quale il disconoscimento ai fini fiscali degli effetti di operazioni realizzate allo scopo di ottenere un'indebita riduzione di imposte è consentito soltanto nei casi tassativamente previsti dalle legge, i quali non comprendono casi simili.

Al contrario, utilizzano, anche nella determinazione delle basi imponibili relative ad operazioni di *transfer pricing* interno, strumenti di "normalizzazione" del reddito che escludono la possibilità di prova contraria *gli Stati Uniti d'America*, la cui sez. 482 dell'Internal Revenue Code prevede che la rettifica a valore normale delle transazioni che intervengono tra imprese associate è applicabile anche quando entrambe le imprese tra le quali la stessa avviene svolgono attività economica tassabile all'interno del Paese, fermo restando, tuttavia, che se l'Amministrazione procede ad una rettifica in aumento del reddito di una delle due imprese deve operare una corrispondente rettifica in diminuzione (cosiddetto *correlative adjustment*) del reddito dell'altra impresa associata coinvolta nell'operazione.

A ben vedere, tuttavia, diversamente dalla corrispondente problematica di diritto tributario internazionale (21), il regime fiscale dei prezzi di

(19) LUTHI-DIGERONIMO, *Transfer pricing in Switzerland*, Amsterdam, 1987, pag. 7.

(20) Ad avviso di LUTHI-DIGERONIMO, *Transfer pricing in Switzerland*, Amsterdam, 1987, pag. 9. Va sottolineato, tuttavia, che la nozione di "impresa associata" delineata dalla giurisprudenza non comprende tutti i possibili rapporti tra soggetti appartenenti ad un gruppo di società ma soltanto quelli nei quali la beneficiaria della distribuzione di profitti sia la società madre o altro soggetto da quest'ultima direttamente o indirettamente controllato.

(21) Per la cui risoluzione entrerebbero in giuoco le problematiche connesse all'individuazione dei criteri di ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati nei quali sono considerate fiscalmente residenti le imprese che realizzano le operazioni in parola. Una soluzione su basi unitarie del problema della tassazione dei gruppi so-

trasferimento tra imprese associate fiscalmente residenti nello stesso Stato potrebbe essere esaminato in una prospettiva radicalmente diversa se si desse il giusto risalto fiscale alla reale essenza economica dei gruppi di imprese (22). Da questo punto di vista, va ricordato che lo studio dei legami instaurati tra imprese diverse per il coordinamento delle attività produttive non è cosa nuova nell'economia aziendale (23). Da parte di ta-

cietari multinazionali viene indicata da LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985, pag. 212, il quale, peraltro, ipotizza l'attribuzione di un *foreign tax credit* ovvero, alternativamente, un sofisticato sistema di compensazioni internazionali, metodi che, ancora oggi, appaiono di difficile attuazione concreta. Tolta questa sporadica eccezione (e prescindendo dalla sorprendente premonizione di MICHELI, *Il regime fiscale delle imprese multinazionali*, in "Impr. amb. e pubbl. amm.", 1974, pag. 317, nonché in Id., *Opere minori di diritto tributario*, Milano, 1982, pag. 375, il quale già in quell'epoca osservava che "il giurista non ha ancora colto tutte le connessioni che conferiscono carattere unitario alle imprese multinazionali"), la restante dottrina si limita ad un esame della fiscalità del gruppo multinazionale dando per scontata la tassazione separata delle singole imprese che vi partecipano. In quest'ultima direzione CROXATTO, *Società multinazionali (diritto tributario)*, in "Nss. dig. it.", App., Vol. VII, Torino, 1987, ove, tuttavia, si evidenzia che "in taluni ordinamenti il fatto che una società appartenga ad un gruppo multinazionale è rilevante ai fini della tassazione del suo reddito" (ivi, pag. 5 dell'estratto); in un'ottica limitata all'individuazione del corretto criterio di ripartizione dei profitti delle diverse filiali, tale da evitare doppie imposizioni ed evasioni fiscali, è impostato il contributo di NUZZO, *Impresa multinazionale (dir. trib.)*, in "Enc. giur.", Vol. XVI, Roma, 1989; analoga impostazione viene adottata da GARBARINO, *Impresa multinazionale nel diritto tributario*, in "Digesto", IV ed., "Disc. priv. sez. comm.", Vol. VII, Torino, 1992, ove, peraltro, si distingue un'impresa multinazionale "unitaria" da un'impresa multinazionale "di gruppo".

(22) Anche con riferimento ai gruppi nazionali, la dottrina italiana più recente, pur sostenendo con vigore l'esigenza di una riforma che porti a considerare il fenomeno in termini diversi da quelli attuali, sembra tuttora attestarsi su posizioni ispirate alla tassazione separata delle singole società ad essi appartenenti. Tra i più recenti e significativi contributi si veda UCKMAR, "Gruppi" e disciplina fiscale, in "Dir. prat. trib.", 1996, I, pag. 3, nonché GIOVANNINI, *I gruppi di società*, in AA.VV., "Imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi", Torino, 1996, pag. 107.

(23) Per un'attenta e completa analisi di questi problemi si veda già CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Bari, 1954, ove si individua il concetto di gruppo "come il tipo più intenso di aggregazione aziendale, quello, cioè, in cui i legami fra le varie imprese partecipanti all'aggregazione sono più stretti e durevoli" (ivi, pag. 79). Più recentemente, SARCONE, *I gruppi aziendali (strutture e bilanci consolidati)*, Torino, 1993, pagg. 5-6, teorizza una duplice accezione dell'espressione "concentrazione aziendale", osservando che, mentre "le forme più intense di concentrazione - intesa in senso stretto - sono le fusioni tra società, per unione e per incorporazione, le acquisizioni di partecipazioni di controllo, con relativa costituzione di gruppo, l'acquisto di aziende o di rami aziendali, gli scorpori di aziende o di suoi rami, anch'essi finalizzati - di solito - alla formazione di un gruppo" ... "in senso lato, invece, si ha concentrazione aziendale quando più imprese stipulano - di solito mediante contratti - accordi diretti ad uniformare taluni aspetti della loro gestione".

li fonti, si è anche osservato che gli accordi organizzativi che costituiscono il gruppo sono favoriti dalla struttura societaria (e, particolarmente dalla struttura societaria azionaria) (24).

È comunque evidente che la siffatta integrazione, a prescindere dalle forme adottate, si propone di realizzare sotto una direzione unitaria l'ottimizzazione dei fattori produttivi al fine di migliorare i risultati economici delle imprese collegate (25). Dando per acquisita tale premessa, può osservarsi che un sistema di tassazione accentrata dei risultati economici dei gruppi sarebbe senza dubbio più rispondente al principio di capacità contributiva sancito dall'art. 53 della Costituzione italiana, in quanto consentirebbe di cumulare in capo al soggetto titolare del potere di direzione unitaria la sommatoria delle diverse componenti reddituali espresse dai soggetti che del gruppo stesso fanno parte. Ciò posto, si può supporre che nel nostro Paese il riconoscimento di una autonoma soggettività tributaria del gruppo sia destinato a seguire un'evoluzione analoga a quella che ha caratterizzato l'imposizione sulle (singole) società di capitali, in cui da una prima fase di completa indifferenza o, addirittura, di avversione per il fenomeno, si è giunti a configurare una siffatta autonomia (26). Per quanto riguarda i gruppi, peraltro, si tratterà di seguire

(24) Richiamandosi alla dottrina francese, LOVISOLO, *GRUPPO DI IMPRESE ...*, cit., pag. 3, distingue *groupements d'entreprises* e *groupes de sociétés*, "indicando con il primo e più ampio termine le diverse forme di collegamento fra le imprese (anche societarie) ... e con il secondo la sola particolare tecnica di concentrazione delle società di capitali realizzata attraverso l'assunzione di partecipazioni sociali, che trova unitaria espressione economica e finanziaria nella redazione del bilancio consolidato". L'Autore, tuttavia, osserva che nel nostro Paese i gruppi "generalmente assumono la veste societaria" (ivi, pag. 4).

(25) Osserva PESSINA, *I gruppi di imprese di fronte alla fiscalità (II)*, in TREMONTI, "La fiscalità industriale", Bologna, 1988, pag. 95, che l'obiettivo finale di ogni gruppo di imprese è il potenziamento economico-finanziario della struttura aziendale. Su questi aspetti, oltre alla ormai risalente trattazione del Cassandro, vedi SARCONE, *I gruppi aziendali ...* cit., pagg. 7 e seguenti, ove ulteriori rinvii bibliografici.

(26) Va ricordato che nel nostro sistema fiscale tutta l'IRPEG (e prima di essa l'abrogata imposta sulle società) può essere inquadrata in una logica antielusiva, essendo rivolta ad anticipare il prelievo sui redditi delle persone fisiche, che sarebbe altrimenti rimasto "congelato" fino alla distribuzione ai soci degli utili conseguiti dalle società di capitali. In effetti, un'autonoma imposizione sui redditi societari fu introdotta in Italia soltanto intorno alla metà degli anni cinquanta per evitare il rinvio a tempo indeterminato della tassazione degli utili non distribuiti. Sui rapporti tra imposizione diretta delle persone fisiche e tassazione delle società, cfr. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AMATUCCI (a cura di), *Trattato di diritto tributario*, Vol. IV, Torino, 1994, pagg. 60-68, ove si evidenzia che l'attuale funzione dell'IRPEG è quella "di essere una imposta in acconto della imposta dovuta dai soggetti

un *iter* logico capovolto rispetto a quello che ha condotto alla soggettivazione a fini tributari delle società di capitali. Ed invero, mentre per queste ultime non si è fatto altro che far coincidere la figura giuridica civilistica con il soggetto passivo d'imposta, nel caso dei gruppi si dovrà pensare ad un soggetto passivo privo di tale connotazione. Anzi, è proprio l'accoglimento (ormai pacifico) della soggettività tributaria delle singole società a precludere il riconoscimento di una soggettività "sostanziale" di tali organismi, con la conseguenza che, almeno nell'attuale contesto giuridico civilistico, in Italia non resterà altra scelta se non quella di ricorrere a meccanismi procedurali che, superando la rappresentazione legale-formale del fenomeno, pongano in risalto in modo unitario gli aspetti contenutistici del fatto imponibile realizzato dal gruppo (27).

Diversamente dall'Italia, tra gli altri Stati occidentali sono numerosi quelli che prevedono forme di tassazione unitaria dei gruppi societari nazionali. In prevalenza, senza raggiungere il livello massimo di integrazione dei risultati (costituito senza alcun dubbio dall'imposizione sul reddito complessivo del gruppo determinato sulla base del bilancio consolidato), viene consentita la possibilità di compensazione tra gli utili e le perdite imputabili alle singole imprese associate.

Un sistema di tal fatta è adottato:

346

• *dalla Gran Bretagna*, ove si prevede ove si specifica che nell'ambito di società appartenenti ad un medesimo gruppo tra le quali esistano partecipazioni di controllo con quote di almeno il 75 per cento, le perdite possono essere trasferite imputandole alla società controllante, alle controllate, nonché tra società consociate, nell'identico esercizio finanziario; è interessante notare che in Gran Bretagna l'ordinamento societario, ormai armonizzato in tutta l'Unione Europea a seguito del recepimento delle direttive in materia di conti annuali e consolidati, è in tutto simile a quello italiano, prevedendo sì l'obbligo dei gruppi di redigere bilanci consolidati, ma non contenendo alcuna disposizione che richieda un rendiconto di gruppo ai fini fiscali (28);

(soci) che matureranno il credito d'imposta per gli utili distribuiti" (ivi, pag. 66) ed ancora, da un punto di vista pratico, "di rendere più sicura la tassazione facendo responsabile del prelievo la società prima dei soci, realizzando una situazione comparabile a quella del sostituto d'imposta" (ivi, pag. 67).

(27) Pone in risalto l'esigenza di mantenere una duplicità di adempimenti delle singole società aggregate da una parte e della società capogruppo dall'altra al fine di consentire all'amministrazione di verificare l'attendibilità delle rappresentazioni offerte da quest'ultima, GIOVANNINI, *I gruppi ...*, cit., pag. 124.

(28) Per indicazioni in tal senso, vedi GATTO, *I gruppi di imprese di fronte alla fiscalità* (1), in TREMONTI, "La fiscalità industriale", Bologna, 1988, pag. 57 ed ivi spec.

• *dalla Germania*, a condizione che le società richiedenti siano residenti nello Stato, si impegnino al consolidamento dei risultati per almeno cinque esercizi e tra loro sussista un rapporto che assicuri il controllo "sia organizzativamente sia economicante" (29);

• *dalla Francia*, ove, sulla base di un sistema più articolato, solo la capogruppo è abilitata a cumulare e tassare in forma unitaria con i propri i redditi e le perdite delle sue controllate nazionali nelle quali possiede una partecipazione pari almeno al 95 per cento ed esiste un ampio potere discrezionale dell'Amministrazione finanziaria ad autorizzare il consolidamento dei risultati infragruppo in situazioni diverse (30);

• *dalla Norvegia*, Paese in cui viene adottato un sistema, anche se analogo nelle finalità, ben diverso tanto nella procedura quanto nella sostanza, che prevede il trasferimento dei risultati tra società affiliate attraverso "contributi di gruppo" (31); in questo caso, anziché a versi la compensazione all'interno del gruppo dei risultati economici delle società affiliate, si consente la deducibilità dal reddito dei versamenti effettuati a favore di altre società del gruppo, nei bilanci delle quali essi devono essere riportati come componenti positivi; a questo proposito, tuttavia, non si può parlare di vero e proprio consolidamento dei risultati, poiché viene riconosciuta una rilevanza fiscale ai soli trasferimenti patrimoniali realmente effettuati in favore delle consociate (32);

• *dagli Stati Uniti*, in cui, fermo restando quanto disposto in generale dalla sez. 482 dell'IRC per il *transfer pricing* interno, si ammette il

pagg. 62-63, nonché IBFD, *Manuale ...*, cit., pag. 257. Più recentemente, ulteriori riferimenti in UCKMAR, "Gruppi" ..., cit., pag. 11. Analoghe disposizioni sono in vigore in Irlanda (IBFD, *Manuale ...*, cit., pag. 158) ed in Austria, tra società nazionali legate dalla medesima percentuale minima di partecipazione prevista in Gran Bretagna (IBFD, *op. cit.*, pag. 38). Anche in Danimarca è previsto un sistema simile a condizione che la percentuale di partecipazione sia pari al 100% (*op. cit.*, pag. 65).

(29) IBFD, *op. ult. cit.*, pagg. 118-119. Requisiti e limiti temporali analoghi a quelli stabiliti dalla legislazione tedesca sono richiesti nel Lussemburgo (IBFD, *op. cit.*, pag. 191).

(30) IBFD, *op. ult. cit.*, pagg. 96-97; UCKMAR, "Gruppi" ..., cit., pag. 13.

(31) È quanto stabilito dalle norme fiscali norvegesi (ma anche da quelle svedesi) per le società appartenenti a gruppi nazionali in virtù di partecipazioni di almeno il 90 per cento. Così, ancora, IBFD, *Manuale ...*, cit., pag. 209 (per la Norvegia) e pag. 290 (per la Svezia).

(32) In tal senso dispone chiaramente la legislazione svedese, quando stabilisce che "gli apporti devono essere effettuati, prima della redazione del conto profitti e perdite dell'anno nel quale essi sono stati concordati, da ciascuna delle società interessate". Così, IBFD, *op. ult. cit.*, pag. 291.

consolidamento fiscale quando esiste un rapporto di partecipazione superiore all'80 per cento (33).

Con tale sistema, pur salvaguardandosi l'identità soggettiva di ciascuna delle società aderenti al gruppo, si prevede la possibilità di queste di compensare tra loro gli utili conseguiti e le perdite sofferte e di trasferirsi valori patrimoniali attivi (beni strumentali e merci) in un regime di totale neutralità fiscale, superando così le problematiche del *transfer pricing* interno affrontate dalla nota ministeriale che qui si commenta. Senza dubbio, una simile soluzione, oltre ad essere più consona al principio costituzionale di capacità contributiva, appare anche facilmente praticabile in contesti impositivi uniformi, quali quelli dell'imposta erariale sul reddito (in Italia IRPEF o IRPEG). Al contrario, sia nel caso di agevolazioni fiscali territoriali, analizzato dal Ministero delle finanze nella circolare sopra riportata, sia in quello dell'imposizione su basi reali, quale la recentemente istituita IRAP (34), un sistema di tassazione accentrato interamente sulla figura del gruppo non sarebbe sufficiente a definire in modo puntuale le diverse fattispecie impositive.

Tuttavia, non sembra che la soluzione prescelta dal Ministero delle finanze italiano sia quella più idonea per ottenere la corretta ripartizione territoriale delle basi imponibili. Infatti, la rettifica del valore dei prezzi di trasferimento in operazioni interne ha natura parziale rispetto al movimento complessivo delle attività del gruppo, mentre per imputare ad una certa area territoriale le componenti della base imponibile che ad essa fanno capo si dovrebbe procedere ad una ricognizione totale dei rapporti di gruppo, tale da assicurare, da un lato, che la suddivisione del reddito tra le diverse aree avvenga tenendo conto del luogo di produzione dello stesso e, dall'altro, che il sistema di ripartizione adottato non consenta il verificarsi né di doppie imposizioni né di lacune impositive. A ben vedere, soltanto un sistema dotato di simili caratteristiche può essere ritenuto coerente con l'obiettivo della tassazione unitaria dei gruppi di società.

Pietro Selicato

(33) Per tali richiami, si veda UCKMAR, "Gruppi" ..., cit., pag. 12.

(34) La natura reale dell'IRAP è stata espressamente riconosciuta nella stessa relazione governativa sullo schema del D.Lgs. n. 446/1997, la quale ha affermato (punto 4.1) che il suo presupposto deve essere identificato "nello svolgimento, a carattere abituale, di attività dirette a produrre o scambiare beni, ovvero a prestare servizi", deducendone che ciò "è essenziale al fine di distinguere il nuovo tributo sia dalle imposte sui redditi (che assumono a presupposto il possesso di redditi) sia dall'imposta sul valore aggiunto (che è un'imposta indiretta sui consumi)". In dottrina, si sostiene che essa è un'imposta a carattere reale applicabile all'esercizio di attività economiche organizzate al fine della produzione di beni o di servizi (FANTOZZI, *op. cit.*, pag. 611; nello stesso senso, INTERDONATO, *Tributi regionali*, in *Digesto*, IV ed., Disc. priv., sez. comm. nonché in "Riv. dir. trib.", 1999, I, pag. 29).

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

Examining transfer prices in relation to services with a particular stress on insurance services

di Giuseppe D'Andrea

SUMMARY: 1) Premise 2) General aspects 3) Hermeneutic principles: provision of services 4) The area of investigation: insurance services 5) Elements identifying the case 6) Observations on the limitations as regards the application of the arm's length principle 7) Price control and determination of the normal value A) The comparable uncontrolled price method B) Cost-plus method - Conclusion -

1) PREMISE

The present work will address transfer pricing in the insurance sector with the aim of assessing the efficacy of procedures for checking prices in respect of services.

Seen that the Oecd Reports in matter of international transfer pricing do not intervene in this particular sector, one can make out certain areas of shade in the general legislative picture.

This study will refer to the activity of insurance proper, leaving aside the financial and security activities carried out by the business, therefore transfer pricing legislation in matter of the transfer of capital and intangible assets will not be covered.

Hence, the analysis will start from an examination of the business activity, evaluating the practical applications in order to identify whether there is the possibility of making use of the typical mechanisms of transfer pricing and therefore ascertaining if the existing tax legislation in matter of services can be referred to this particular sector and if so, in what measure.

In order to be brief and respect a certain homogeneity in the analysis to be carried out, this article will not cover aspects of international double taxation (only briefly mentioned) and, in the same way, technical details pertaining to price control procedures will be overlooked. In respect of this latter aspect, please refer to the specific provisions governing their application.

It is deemed appropriate, instead, to give an outline of the essential aspects of transfer pricing and of the criteria on which international principles and internal legislation are based, and then to suggest a different perspective from which to analyse the phenomenon in all its practical applications.

2) GENERAL ASPECTS

The phenomenon of transfer pricing (1), its spread and importance in legislative terms, are conceptually and operationally connected with the birth and development of multinationals. (2)

Transfer pricing as a tool for avoidance originates in the international activity of subjects for the opportunity it offers of minimising the tax load through the transfer of taxable assets to countries practising lower taxation. This objective is realised through intercompany transactions the price of which is determined by the enterprises carrying out the transaction in a manner which deviates from normal market conditions.

By freeing the value of transfer prices from the open market, the tax policy that is thus implemented takes advantage of the different tax regimes practised in the various countries, with the result of a higher return on investments due to the reduced tax collection. (3)

(1) The Oecd model double taxation convention defines transfer prices as: 'profits realised by an enterprise of a contracting state participating directly or indirectly to the management, control or capital of an enterprise in another contracting state and conditions made or imposed between the two enterprises in their commercial and financial relations differ from those which would be made between independent enterprises. Transfer prices are also the profits earned from transactions in which both contracting parties are controlled by the same enterprise.' See art. 9 Oecd model double taxation convention on income and on capital, Paris 1992.

Legal writings on this subject: *Cahiers de droit fiscal international*, 'Allocation of expenses in international arm's length transactions of related companies' I.F.A. Volume LXb, London 1975, *Cahiers de droit fiscal international* I.F.A. Vol. LXXa 'Transfer of assets into and out of a taxing jurisdiction' Vol. LXXIa, New York 1986; *Cahier de droit fiscal international*, 'Transfer pricing in the absence of comparable market prices' I.F.A. Volume LXXVIIa, Cancun 1992; see also IBFD *The international transfer pricing journal*. Amsterdam.

(2) On groups of companies: P.E. Cassandro, *I gruppi aziendali*, Cacucci, Bari 1962; *Le imprese internazionali*, in Riv. dir. intern. Priv. e proc. 1970, 229 ff.; Corapi, *Società multinazionali*, in NNDI (appendix), Utet, Turin; E. Nuzzo, *Impresa multinazionale Dir. Trib.* Enc. Giur. Traccani, Vol XVI, Rome, 1989; V. Salafia, *Patologia dei gruppi di società*, Le Società, 9, 1995, page 1141 ff.

Fiscal aspects examined by the literature: A. Lovisolo, *Il sistema impositivo dei dividendi*, CEDAM, Padua, 1980; *id.* *Gruppo d'impresa e imposizione tributaria*, CEDAM, Padua, 1985; V. Uckmar *Gruppi e disciplina fiscale* Dir. Prat. Trib. 1996, 1, page 3 ff.; F. Gallo *I gruppi d'impresa e fisco* in Studi in onore di V. Uckmar, CEDAM, Padua, 1997.

(3) The literature gives two fundamental categories as the main reasons for using transfer pricing: indirect investment needs, an extremely effective technique for trans-

For an overall analysis, the phenomenon needs to be considered in terms of its avoidance aspect and in connection with the resulting double taxation (4) in the multinational context, caused by the different regimes adopted on the part of the Revenue Authorities and concerning the territorial principles governing the criteria of income taxation.

International double taxation comes about when the basis of similar or corresponding taxes in two or more systems overlap, with the same wealth being subject to different collections through the principle of territoriality.

The tools to eliminate international double taxation are of two different types: one is internal to each system, and consists in acknowledging the tax credit for taxes paid abroad (5), and the other consists in the stipulation of apposite treaties, through which the different contracting states fix the country that will be taxing the single cross-border taxable case (6).

When a State does not accept the alteration of transfer prices, the exceeding margin - constituting the dividend transferred through a transaction the prices of which have been altered - will be taxed both in the alienating State and in the buyer State. In this case, the assessment of the Revenue Authorities, that considers itself prejudiced by this alteration, generates within the multinational company a problem of double taxation.

In the context of international economic relations, the phenomenon of transfer pricing has determined a clash between the interest of

ferring profits independently from the times and forms required by company law and, the parent company's needs of remunerating investments locally. See G. Maisto, in *Il Transfer Price nel diritto tributario italiano e comparato*, sub. footnote 2, page 2, CEDAM, Padua, 1985.

(4) On this subject, the literature offers: P. Adonnino, *'Doppia imposizione'* Enc. Giur. Treccani, Vol XII, Rome 1989; A. Fantozzi, K. Vogel, *'Doppia imposizione internazionale'*, Digesto IV Utet, Turin, 1990; R. Lupi, *Territorialità del tributo* Enc. Giur. Treccani Vol. XXXI Rome, 1989; C. Sacchetto, *Territorialità dell'imposta*, Enc. Diritto Vol. XLIV Giuffrè Milano; M. Del Giudice, *La doppia imposizione internazionale sul reddito e sul patrimonio* F.lli Conte Editori, page 10 ff.; M. Udina *Il diritto internazionale tributario*, page 250 ff, also C. Garbarino, *'Redditi prodotti all'estero'*, in Studi in onore di V. Uckmar, CEDAM, Padua, 1997.

(5) See B. Gangemi on this aspect in *'Credito d'imposta e redditi esteri'*, in Boll. Trib. 1990, 4, page 253 ff.

(6) See G. Melis, *'L'interpretazione delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio'* Part I Rass. Trib. 1995, page 88 and ff.; Part II Rass. Trib. 1996, page 1966 ff.

multinational groups and that of the Revenue Authorities (7) which sees itself deprived of part of the revenue it is due (8). The Revenue Authorities in order to combat avoidance, have implemented legislation in compliance with models elaborated internationally by contrasting the avoidance aspect with the principle of dealing at arm's length established in the Oecd Report of 1979. (9) This report based on the principle of the value of goods in a free and open market, considers the market and its fundamental dynamics of supply and demand as a rule to adopt in order to establish the general terms to use when elaborating price evaluation methods, seen that it cannot be used on its own to determine the normal value of the single transaction being assessed.

To carry out the arm's length principle in practice, the same Report sets down specific methods which, according to the main sectors of economic activity, outline three basic reference areas for the determination of the normal price values. To these areas correspond accurate connection criteria based on the relation between non-resident subject and the legal system of the state; these areas of analysis are the following:

1. transfer of tangible property, producing business income;
2. transfer of intangible property and technology, producing royalties;
3. transfer of capital and loans, producing capital gains;

And, more specifically, the connection criteria is constituted by:

a) the presence of a permanent establishment in the territory of the state in the first case;

b) the residence of the paying subject in the second and third case.

From an extremely operational point of view, the document by the Organisation implements the arm's length principle by resorting to the

(7) Also *Cahiers de droit fiscal international 'Tax avoidance, tax evasion'* I.F.A. Vol LXVIIIa Venice 1983, V. Uckmar, General Report page 17 ff., Kluwer.

(8) In this context, one distinguishes the positions of importing countries from those countries exporting capital. The former group, which generally adopt a taxation system based on the source criterion, see transfer pricing as a tool to transfer taxable material outside their own jurisdictions. The latter group, mainly operating in the direction of income taxation based on residence, look to transfer pricing as a way to allocate profits.

(9) The 1979 Oecd report defines in paragraph 2 the principle of the free and open market price as: 'the price which would have been applied by unrelated parties in similar transactions under similar conditions in the open market', the same definition supplied by the Oecd contains six main characteristics: 1) the transactional analysis 2) the comparison 3) the private law contractual agreement 4) open market feature 5) the subjective features 6) the functional analysis.

comparable uncontrolled price method, the resale price method and the cost-plus method, to be carried out in this order, to arrive at the normal value of transactions when assessing for tax purposes.

As for internal legislation (10), provisions are contained in the Unified Code. They are articles 76, subsections 5 and 9 which define the subjective requisites and the objective element of the transfer pricing case, and, there is subsection 7 bis and ter of the same article 76 which provide for a special non-deductibility regime for those negative components from intercompany transactions carried out between resident companies and companies domiciled in the states or territories with a privileged tax regime (tax havens). (11) For the purposes of

(10) See the literature by: S. Mayr, *Il Rapporto Ocse sul transfer price nelle imprese multinazionali*, Boll. Trib. 1980, page 1461; Licardi, *I prezzi di trasferimento nella determinazione dei redditi delle imprese multinazionali* Il Fisco, 1981, page 2396; G. Saviano, *Il prezzo di trasferimento nella determinazione dei redditi di impresa assoggettati a controllo estero* in Corr. Trib. 1981, page 332; G. Maisto, *Valore normale e diritto penale valutario: applicazione dei principi OCSE sui prezzi di trasferimento*, Dir. prat. Trib. II, 1983; *id.*, *Valore normale e diritto penale tributario: applicazione dei principi OCSE sui prezzi di trasferimento*, D.P.T., II, 1983, page 726; G. Maisto, *Il transfer price nel diritto italiano e comparato*, CEDAM, Padua, 1985, page 72; Menotti Gatto, *Il valore normale nei servizi intragrappo*, in Corr. Trib. 1987, page 1348; Dezzani Pisoni Puddu, *Vendita di prodotti nel mercato nazionale e nei mercati esteri*, il Fisco 1988, page 5109; Grifoni, *Transazioni tra consociate e prezzi di trasferimento*, Le Società, 1990, page 1567; S. Mayr, *Il valore normale nei rapporti tra società italiane e controllate estere*, Corr. Trib. 1990, page 1991; A. Corda, *Normativa sul transfer pricing dei beni: problemi aperti*, Boll. Trib., 1991, page 505; G. Maisto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, Riv. Dir. Trib., I, 1991, page 757 ff.; A. Manzitti, *Gli aspetti penali e tributari delle transazioni tra le società collegate* in Corr. Trib., 1991, page 238; Vitali Picardi, *Il Cost-Sharing Agreement* in Boll. Trib., 1991, page 102; S. F. Cociani, *Profili penali delle transazioni di transfer pricing*, in il Fisco, 1992, page 1099; F. Dezzani, *Il transfer pricing entra nel mirino della dichiarazione dei redditi*, Il Fisco, 1992, page 4047; M. Cremona, *Transfer pricing in Italy*, in Tax Planning International Review, 1992, page 26; P. Sella, *Transfer pricing: i soggetti interessati* in Comm. int. 1992, page 313; *id.*, *Paradisi fiscali e transfer pricing: normative a confronto* in Comm. int., 1992, page 362; G. Maisto, *Temi di diritto tributario internazionale*, in Schede di aggiornamento Sept. 1993, page 39; P. Adonnino, *La nozione di valore normale*, in Il reddito di impresa nel nuovo testo unico, page 265 ff.

(11) Similar provisions are to be found in a great number of EU countries. For an analysis in this sense, please refer to: *International Tax Avoidance and evasion, Four related studies, OECD Paris, 1987*; also, I.F.A., *Recourse to Tax Havens - Use and Abuse*, records of the seminar in Paris for the 34th I.F.A. congress. Legal writings on this subject include: P. Boria, *Riflessioni sul concetto di valore normale nella sistematica delle imposte dirette*, Riv. G.D.F. 1992, page 681 ff.; R. Cordeiro Guerra *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o*

assessment, the Ministry of Finance has adopted the Oecd criteria to determine the normal price values with Circular 2/9/2267, 1980. This circular sets down the contents, characteristics and priorities for the direct application of said criteria.

3. HERMENEUTIC PRINCIPLES: PROVISION OF SERVICES.

The main issue in connection with the principles governing the system of price control in transfers between related companies arises with reference to the treatment of services.

The formulation supplied by the Oecd Report constitutes one of the main limitations in terms of not being able to place services under an independent income category, since, instead of elaborating specific criteria and independent methods for determining the normal value on the basis of typical requisites, said formulation inserts the main cases in the categories of income producing interest or royalties.

Not being able to consider services as an autonomous income category, with the exception of income from dependent work received from commercial or industrial activities, brings us to a residual analysis based on the examination of two main classes, one which is defined as 'typical' and the other which is considered as 'atypical'.

The former category refers to services to be found in the open market, so-called 'typical', where transfers between different entities of a multinational are comparable to those that take place between independent parties. (12) In this situation, to arrive at the normal value of the service

territori a bassa fiscalità, Riv. Dir. Trib. 1992, I, page 277 ff.; P. Adonnino, 'Stati e territori avente regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione', Dir. Prat. Trib. 1993, I, page 500 ff.; G. Maisto, 'Il regime tributario delle operazioni intercorse tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato' in Riv. Dir. Trib., I, 1991, pag. 757; S. Mayr, 'Normativa anti elusione e rapporti inter company' in Corr. Trib. 1991, page 3717; T. Di Tanno, 'L'ineducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti nei Paradisi fiscali individuati nel D.M. 22 Aprile 1992', in Boll. Trib. 1992, page 1405; C. Pessina - F. Margara 'Operazioni di società italiane con i Paradisi fiscali', in il Fisco, 1992, page 8320; G. Marino, *Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica*, Dir. Prat. Trib., 1996, 3, page 735 ff.; M. Lupoi, 'Tax havens', Enc. Giur. Treccani, Vol. XXX, Rome, 1989.

(12) A number of elements such as the definition of the object and of the duration of the service, the fact that the service is supplied by an only legal subject carrying out professionally the provision of services as main activity, renders said service classifiable in the context of a bilateral legal transaction. See, in this sense, G. Maisto, in the work cited, page 232.

supplied, one resorts to - taking into account the structure of the transaction - an evaluation methodology of the main methods used when tangible property, loans and technology are transferred.

Instead, the latter group is constituted by intercompany services, defined also as 'atypical' due to their not being found on the open market and to the fact that they respond to the needs of management policies carried out with a view to achieving all-round management efficiency. Usually, these services include marketing, internal audit, R&D etc, services that are normally made to centre upon the companies of the group managing the same services. In this case, the relation is set up between a company of the group carrying out, as institutional activity, the supply of services, and the other partners which become the beneficiaries of said services. In respect of this latter aspect, in the absence of a specific term of reference that would allow to arrive at the principle of prices in the open market, the determination of the normal value for said services necessitates evaluation criteria that will be independent compared to traditional methods. These criteria would take into account a correct apportionment of costs inside the group between the company supplying the service and that which benefits from it. An apportionment method considered satisfactory in terms of defining the normal value of the intergroup service is constituted by cost-sharing arrangements (13). Using this principle, costs borne by the company of the group supplying the service and the other benefiting entities are shared on the basis of predetermined parameters. This approach has also been confirmed in the project for the new Oecd Report on transfer prices.

Common to the two categories is the possibility of deducting the cost of the service, provided that the same is referable to the production of

(13) Legislative provisions of the different countries do not contain a positive definition of a cost-sharing arrangement. The literature on the subject includes: S. Tolstoy and K. J. McLachlan, *Intercompany transactions*, records of the 11th *International Tax Planning Symposium*, Amsterdam, October 1979. These authors believe that cost-sharing arrangements (the units of the group share costs and risks borne for a particular project in return for specific benefits) constitute, together with cost-funding arrangements (the separate entities of the group make a more generalized contribution towards the costs of R&D programmes performed for their benefit) a subcategory of cost contribution arrangements. The definition supplied in respect of cost-sharing arrangements appears to be somewhat limited since it refers to costs borne for a single transactions, not covering services made available at certain regular intervals such as administrative services. See G. Maisto, *Il transfer price*, cit.

Also with reference to cost contribution arrangements see *International Bar association 'Tax treatment of cost contribution arrangements'*, G. Maisto, General report, page 5 ff., Kluwer.

income of the benefiting company. This condition is preliminary in order to proceed to the determination of the normal consideration of any service and, consequently, to proceed with a deduction for tax purposes.

The most interesting aspect, for the purposes of this article, is undoubtedly constituted by price control procedures for the so-called 'typical' services. The Oecd Report in establishing procedures to arrive at the normal value of consideration for services, extends the criteria used in the transfer of tangible property to the supply of services independently identifiable.

The administrative guidance by the American revenue authorities have had a particular influence over the principles governing this subject. Regulations have been received in the Oecd Report of 1984, both with reference to conditions for deduction of the cost of service and to the procedures of price control. In specifying that the legislation refers mainly to services that can be found in integrated structures and it is important to note that a number of sectors are not included, the insurance sector being one of them. (14)

Of the three basic methods to be found in the document of the Organisation, the cost-plus method seems to be preferred one, seen the difficulty of finding a transaction with characteristics similar enough to constitute a reasonable benchmark for the application of the CUP method; also, there is no express reference being made to the 'relevant market'. (15) Therefore, one would proceed with the elaboration of a safe haven (16), seen that the taxpayer in the presence of a similar

(14) In this respect, see G. Maisto, *Il transfer price nel diritto italiano e comparato*, cit., page 246 ff..

(15) The relevant market is that market in which to place the sample transaction; in this case the relevant market could be that of the benefiting enterprise or that of residence of the subject supplying the service. The application analogy concerning the transfer of goods induces one to consider as relevant the market of the benefiting enterprise (with loans, the nature of the service would point to the opposite criterion). Within the UNO, it was observed that the adoption of the receiver's market as relevant market would entail, for developing countries, inapplicability of the comparable transaction method, seen the non-existence of comparable transactions. Instead, the Oecd Report states the prevalence of the receiver's market in the presence of comparable transactions.

(16) A definition of 'safe haven' can be found in the 'International Tax Glossary' published by the IBFD (Amsterdam - 1988) the text of which states that: 'The tax administration may offer taxpayers 'safe haven' rules, under which certain transactions will be accepted by the tax administration without further questions. For instance, a ruling may be issued that interest on loans between related persons will be accepted if the interest rate falls within certain limits.' Page 234.

transaction can apply CUP and, in the absence of a comparable transaction, one would proceed with the reconstruction of the normal value on the basis of the costs of the service obtained by applying the cost-plus method.

With reference to internal legislation, the Italian Revenue Authorities with the Circular 32/9/2267 adopt, in order of ranking, the CUP and if this is inapplicable, then the cost-plus method will be considered, the reconstruction of costs would exclude the application of the margin of profit only in the cases expressly provided for. (17)

4) THE AREA TO INVESTIGATE: INSURANCE SERVICES

With regard to the Oecd guidelines on transfer pricing appearing in the Reports of 1979 (18) and 1984 (19), and with the new project made public between 1995 and 1997, one notices the absence of specific legislation for the insurance sector; this situation appears to be leaving a void in the general legislative reference picture, also on account of the fact that a number of sectors of particular interest, such as banking, have been the object of specific policies. In the light of these elements, we wish to proceed with verifying whether resorting to procedures acknowledged for the purposes of price control for services intended in a general sense can in fact cover the insurance sector, considering that this same sector can be placed under services supplied within a business activity. Obviously, the correlation between types of activity, rather than between income, and price control procedures, open up a broader reflection, in other words the argument of whether insurance services should be the object of an analysis leading to the implementation of independent criteria, as is the case with the banking sector. All that can be stated here is that the legislation of a number of countries has adopted, with reference to insurance services, autonomous criteria

35

(17) These cases that result in exclusion concern: services that do not constitute the institutional activity of the enterprise, services supplied only formally by the associated enterprise acting as intermediary for the independent operator, services that are part of the management activity of the parent company. See Circ. Min. 9/2267.

(18) *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Report of the Oecd Committee on Fiscal Affairs, Paris, 1979.

(19) *Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three taxation Issues*, Oecd, paris, 1984.

compared to that established by the Oecd (20) to counteract avoidance phenomena generated by this type of transactions.

Preliminary to control procedures is verifying the possibility of realising, within the insurance business activity, mechanisms typical of transfer prices. Seen that the insurance business takes on and manages risks transferred by third parties, the same needs of the insured to distribute risks, manifest themselves in respect of insurers who have taken on the initial risks in their portfolios. The latter group, once identified the risk to cover, distribute all that is exceeding between the other entrepreneurs of the sector (reinsurers) who adopt the same technique by carrying out further distributions on another group of operators (retrocessionaries) until there is a pulverisation of the initial risk thus arriving at an efficient management of the same. In defining the area to investigate, we will dwell on reinsurance. It is because of the operational characteristics of reinsurance that the same completely realises the transfer of the risk on a third party (a cost and therefore counting as income) through its negotiation from the insured to the reinsurer. By virtue of this characteristic and for the purposes of this analysis, reinsurance seems to be fit to realise the mechanisms typical of transfer prices by allowing in its reference sector for the transfer of potential taxable bases - concealed in the price - to third parties located in different tax jurisdictions.

360

5) ELEMENTS DEFINING THE CASE

In the current legislation, in order to proceed with assessing a transaction, the subjective requisites and the objective element established in the Unified Code are necessary. (21) Considering that the articles of the Unified Code do not contain provisions on control procedures, one needs to resort to the Ministerial Circular in order to arrive at the normal value of the consideration being assessed. Therefore, one needs to look at those that are, in substantial terms, the elements defining the case for the purposes of assessment.

In line with the Oecd principles in matter of prices in the open market, and implemented in the internal legislation by the ministerial

(20) See *Cahiers de droit fiscal international 'transfer pricing in the absence of comparable market prices'* in the work cited, in every part.

(21) See art. 76, subsection 5 and art. 9 Unified Code 917/86.

Circular 2267, one arrives at the normal value by, basically, referring to the relevant market. With reference to the specific sector being considered, the most relevant aspect is certainly represented by the characteristics and dynamics of the reinsurance market. In antithesis to the traditional sectors, the reinsurance market is not to be identified in a single geographical area, but beyond national borders. The same market is characterised by the presence of principal poles, to which supply and demand for reinsurance converge. These centres are in Europe, North America, Asia and in off-shore markets, the latter group being characterised by the non-existence of particular access barriers which facilitates international free trade of reinsurance services. (22) For such an international market to work, it is essential that there be no national obstacles to the conclusion of reinsurance transactions between operators of different countries, with the consequent transfer of financial means. This principle involves a double series of conditions, the first concerns the freedom of choice with financial investments, and the second regards equal terms for both national and foreign operators. (23) Another characteristic of the international reinsurance market is the absence of public control; this entails that when reinsurance is concluded between subjects of the same nationality, one applies the conditions in force in the state of residence; but with different nationalities, one applies the *lex mercatoria* seen that the market is not linked to any place. However, terms and conditions normally set down, may undergo substantial change if 'captive companies' participate in the operations. These companies, often totally controlled by companies of the group, carry out an activity that consists either in accepting risks from any source or in only accepting the risks of the companies in the group. (24) Captives practise special conditions in respect of the elements of the contract and, if they are off-shore they often operate without being under the obligation of setting up a company or of keeping insurance technical reserves. Operationally speaking, captive companies accept in reinsurance risks of the companies of the group to which they belong,

(22) *Oecd Echange internationaux de services: assurances*. Paris, 1983, 21 ff., page 37 ff.

(23) As for the law for contracts, the rules in force are those of international private law and the convention of Rome of 1980 on contractual obligations.

(24) Within an industrial group, captive companies may offer advantages of a structural and financial kind. On this subject see *Les sociétés de réassurance au Grand Duché de Luxembourg*, various authors, ed. by Rimacorp 1988; Mosar, *La nouvelle loi sur les assurances et réassurances*, Luxembourg 1984.

initially ensured with insurance companies (so-called fronting) generally located in the country of risk. (25) Captive companies are often to be found in off-shore markets, markets which, it behoves one to reiterate this, are characterised by the absence of insurance and reinsurance regulations, by complete freedom to transfer capitals and by a reduced level of taxation.

Of greater interest is the reflection with regard to the classification of the case with regard to income categories. On the basis of the elements previously put forward, in other words not being able to consider services in general and insurance ones in particular as an independent category, with regard to insurance services, a couple of facts need looking into. A first consideration would concern the classification of income, and a second observation would address the criteria used in connection with the specific case: under the first aspect, insurance services would be included in the category of business income, whereas in the second case, one should note that even if insurance services are supplied as part of the business activity, it is not always the case that in the overall management of the activity and in particular with reinsurance services, the presence of a permanent establishment will be needed in the various territories to supply said services. Consequently, the criterion that serves as connection and that is generally used to refer to the category of business income (26) seems to present itself in a homogenous and univocal fashion. Thus, there seems to be a caesura between the income category (business income) and its specific criterion of connection (presence of a permanent establishment in the territory of the state); in the transfer pricing system, it is from this pair that the criteria and procedures for price control descend.

6) LIMITATIONS AS REGARDS THE PRINCIPLE OF 'DEALING AT ARM'S LENGTH'

The main criticism mooted against the principle of the price in the open market is to be explained in the fact that in order to arrive at the determination of the normal value, what is adopted is the theory of

(25) Generally, the transfer of risks from fronting companies to captive companies take place for over 95% shares. Fronting companies are generally applied an additional fee (overrider).

(26) See sub § 2. This phenomenon is not new in international tax law and it is present in Conventions against double taxation in cases where the contracting states negotiate taxing power in respect of certain services differently to conditions dictated by the business income.

separate entities. If one considers an enterprise as single independent unit and not in a group perspective, the arm's length is not referable to situations where there are advantages linked to scale economies and, particularly, to integrated businesses. Another limitation is constituted by the fact that the arm's length principle cannot be applied in all those situations in which only related companies can operate in the presence of certain market conditions and, where independent enterprises would not operate at all or would be intervening as associates. In these cases, the principle described above is inapplicable since the conditions in transactions between unrelated parties are not similar to the ones concerning affiliated companies. Basically, the principle fails 'to capture' all those cases in which one operates strictly in a group perspective. A further limitation of the arm's length principle is constituted by the existence of certain market conditions such as oligopolistic markets (27).

Moreover, for the presentation of the first part of the new Oecd Report, serious perplexities exist as to whether the methods for determining the normal value based on comparing profits conforms with the arm's length principle. The International Chamber of Commerce, though recognising profit comparison as established in § 71 of the 1979 Report, has expressed perplexity as regards this method complying with the arm's length principle. The main reason used to back up this thesis is represented by the fact that prices are determined on the market by the mechanism of supply and demand and not by the operators' profit margins. Consequently, it is not deemed valid to base the conclusion on the difference in price, by comparing profits of related operators with those of independent parties. It should also be noted that if one did proceed in such a manner, then it would be possible, by starting from the market price, to carry out a reliable prediction of the profit for each independent enterprise in the market of reference. This is obviously not feasible, since profits may be higher or lower according to the interaction of factors, among which, the factory, the level of use of the installations, tools, know how and work force. All this can be used to show how absolutely impracticable it is to try and regulate the differences in price by comparing the profits of related operators with those of independent

(27) For example, in these circumstances there can be the case where a parent company intervenes in the purchase of products registering a loss at higher prices and in the purchase of products making a profit at lower prices and this in order to stabilise the profit of the controlled company. The application of the open market price in this case would not be recognising the business policies adopted by the enterprise.

parties. (28) In last analysis, we can see how the principle of the price on the open market is limited for the fact that it is based on 'separate accounting theory' which is used to refer to cases that are typical of 'unitary entity theory', and therefore, it is felt that further criteria needs to be elaborated for all those cases where it is not possible to determine the normal value on the basis of the open market price.

7) PRICE CONTROL AND DETERMINATION OF THE NORMAL VALUE

Before verifying the possibility of determining the normal value of the transaction under consideration, it is useful to provide a premise.

Preliminary conditions are to be set in relation to the following aspects:

- the reinsurance activity through which companies negotiate the risks taken on in their portfolios constitutes a business activity consisting in a supply of services;

- the insurance activity is characterised by, among other things, the antithetical nature of its management, in other words proceeds are definite whereas costs are to be defined according to risks which though predictable are still tied to chance;

- the principle of open market prices is based on the market and its basic rules of supply and demand that define the normal value of goods transferred or services supplied. The same principle elaborates the concept of relevant market which corresponds, in the case under study, to the receiver's market. In this case it is constituted by the international market of reinsurance characterised in the main by the fact that it is not tied to particular places or marked by geographical borders;

- control procedures for CUP and cost-plus according to the terms that the Ministerial Circular 9/2267 adopts in matter of the transfer of tangible property are referable to the services rendered between connected enterprises.

With regard to the last hypothesis, we can now proceed with examining the possibility of arriving at a normal value with a reinsurance transaction, by resorting to the legislative tools of the provisions in force.

(28) For a more in-depth analysis of this particular aspect please refer to *ICC Comments on OECD Transfer pricing guidelines for MNEs and Tax Administrations - Discussion Draft of part 1*. Intertax, I, 1995, page 39 ff.

A) CUP

CUP (29) is preferred in those countries that have adopted the Oecd report to regulate transfer prices. For its application this method identifies a transaction between independent operators to compare with the one in need of assessment. Between the two possibilities, of the internal and external comparison, the ministerial circular prefers the latter. With reference to our hypothesis, a reinsurance transaction entered into by a group enterprise will need to be compared to another transaction occurring between a group enterprise and a third independent company. Also, the degree of comparability of transactions should satisfy a series of conditions (30) among which are the following:

- Relevant market

Particular problems do not arise when identifying a relevant market, however, by referring to the

structural characteristics and to operational dynamics, we can notice that on the international reinsurance market, it is not always the case that the conditions are those belonging to a perfect regime of open market. Added to this aspect, referring to a restricted number of operators, are the contractual conditions practised in the presence of special operators, the captive companies, that actually distort what would otherwise be normal open market conditions. Similar circumstances could in fact prevent a similar transaction from being located.

—
3
—

- Characteristics of the transaction (31)

Beyond the functional analysis or the qualitative characteristics of the transaction that come to be simplified since they refer to a supply of services, the transactions need to share similar characteristics and, when these similar characteristics are lacking, one may proceed with a series

(29) Defined in § 48 of the Oecd 1979 Report, cit.

(30) See Circ. 32/9/2267 cit.

(31) The ministerial circular with reference to the elements relevant for comparison includes the following: a) transport, b) packaging, c) advertising, d) marketing, e) guarantees, f) exchange rates, g) general sale conditions, h) sale accompanied by intangible interests, i) sale time, j) promotional sale, k) discounts on quantity. As one can see these are all characteristics that can be referred to the transfer of goods.

of adjustments. In this respect, there is doubt concerning whether it is possible to compare two reinsurance transactions the object of which is the negotiation of risks taken on. This fact is to be put down to the nature of the risk which is dependent upon a series of variables that do not always present common traits.

Moreover, taking into account that reinsurance transactions often occur between group entities - not only for the purpose of distributing risks but also for other purposes - that realise an actual indirect legal transaction (32), it becomes hard to find a true similarity between the different transactions. Apart from this, one also needs to consider that the adjustments provided for in the circular in case of differences, cannot be referred to the case being examined.

- Tariffs

Practised tariffs come into play with reference to the provisions of the first subsection of article 9 of the Unified Code. Reinsurance tariffs are not predetermined; tariffs are calculated on the basis of the mean of risks taken on. The consequence of this being that it is not always possible to find the conditions against which to compare the different operators' lists.

The observations made give rise to certain doubts concerning the actual comparability of transactions and, consequently, concerning the application in practice of price comparison to arrive at the normal value of the reinsurance service.

At the same time, for reasons given in the above, it is unlikely that a similar enough transaction to set for comparison (33) will be found in order to substitute the one that cannot be used for comparison. In this respect, we wish to point out that the practice that has developed internationally has affirmed the principle whereby one would proceed with a comparison of similar or identical transactions in place of those that do not appear to be comparable and that would entail the inapplicability of the CUP method. Consider, for example, the provisions

(32) In these cases, through the conclusion of the reinsurance contract the parties do not follow the typical effects of the legal transaction, but further and different effects, such as: the reduction of insurance costs, the use of group synergies. See R. Capotosti, in the work cited, page 172 ff..

(33) Paragraph 51 of the Oecd report in laying down that goods should be of a certain similarity to be compared, extends the possibility of comparison to substitute goods.

of the Canadian administration or those contained in the Report of the German Federal Republic of 1983, where it is stated that it is possible to use transactions of a different kind, in place of the non-comparable one, where divergent factors may be reconciled. (34) Also, the flexibility of application of the CUP method is encouraged by the American Bar Association which recommends to split the method into 'comparable and parallel price method'. (35) Furthermore, a number of national Reports exclude the applicability of the comparable price method in certain circumstances among which, market conditions. (36) These further elements confirm the uncertainties of application previously set out. It is considered appropriate to mention a statistic as regards the application of the CUP method; according IBFD data, 90% of multinationals uses the comparison method to determine their transfer prices (37).

B THE COST-PLUS METHOD (38)

Firstly, we note the possibility to proceed with the application of this method, at least generally, by considering that both the insurance and the reinsurance company carry out, as their institutional activity, the supply of services.

In its practical application the cost-plus method sets out the reconstruction of the normal value through the analysis of production costs with a cost-plus mark up; adding the cost-plus mark up to the above costs, it is possible to compare the profit realised by an independent operator with that of the transaction under consideration, thus determining the value of the transaction being examined. The same

31

(34) See *Cahiers de droit fiscal international*, 'Transfer price in the absence of comparable market prices', *cit.*, General report, page 34.

(35) American Bar Association, *Administrative Recommendation N. 1968-8*, Committee on Affiliated and related Corporations, April 15 1986 in *Cahiers de droit fiscal international 'transfer pricing in the absence of comparable market prices'*, *cit.*, page 34.

(36) See *Cahiers de droit fiscal international 'transfer pricing in the absence of comparable market prices'*, *cit.*, page 34, General Report.

(37) *Idem*, page 35

(38) Some countries resort to the application of the cost-plus method also with regard to the supply of services sector, this is the case with Holland. See *idem* above, page 36

circular gives specifications in matter of the comparability of the profit margin and of the circumstances for its application. (39)

Wishing to apply the method to the case under consideration, then one should proceed with comparing the costs of the insurance service and the corresponding gross margins in the transaction being assessed with those of a sample transaction found on the market. Picking up again on the premise postulated in the preliminary part of this analysis, we should note that, first of all, the controversial operational dynamics typical of the insurance sector (one first obtains the proceeds and only after the hypothetical damaging event is it possible to determine the cost) gives rise to doubts as to whether this method is adequate, since where this same method is based on a process of price and profit formation within dynamics that first record costs and then profits according to prices, with insurance, we have the exact opposite. Furthermore, comparing the costs of the insurance service means basically comparing risks with one another, the damaging manifestation of which, susceptible to a quantitative evaluation only after the event, determines the profit margin in connection with definite proceeds. Though the same costs may, from the outset, present similar characteristics, their quantification is strictly linked to probability. The same structural methodology of the cost-plus method, in other words starting from a structure of analogous or comparable costs to which a gross margin is added in order to arrive at a sale price constitutes a serious limitation as regards its application to practical cases.

368

(39) As stated in the ministerial circular, the gross margin in question may be obtained in the following:

- by comparing the gross margin of the transaction being assessed with that obtained from the same enterprise in selling to third parties products on the same market that are similar and with identical functions to those transfers that are the object of evaluation;

- in the absence of products being sold to third parties, the gross margin will be equal to that obtained by third independent parties who carry out similar sales with identical functions;

- in the absence of similar sales between independent third parties, then one may resort to a comparison of the functions carried out by the producer with those carried out by third parties.

With reference to the similarity of the transactions the observations made for the resale price method still hold.

- Adjustments are particularly important. One resorts to adjustments when the comparable transaction presents different or even additional functions. Also in relation to costs supported by the producer, the Administration may recognise the accounting system used, make changes or may even use a different method.

In last analysis, comparing costs and profits made by two insurance operators would mean comparing two different risks, the manifestation of which depends merely on chance. Though, the cost-plus method is used to determine the normal value in the services sector, it seems clear that an analysis carried out on the basis of the cost-plus method might lead to completely unjustified conclusions. When we consider that 70% of companies dealing in the services (40) sector uses the cost-plus method, one can appreciate the consequences of its inapplicability.

In conclusion, taking into account current provisions in matter of services and considering the nature of the transaction, the main methods adopted by the Revenue Authorities in determining the normal consideration seem to point to application and procedural uncertainties. In addition, the other methods that are resorted to, when the preferred methods are inapplicable, do not seem able to furnish a reasonable and reliable solution.

The stance that emerges by the analysis here carried out is backed up by the legislative experience of some countries where the law-maker in implementing internally the Oecd Report focused particularly on the specific sector under consideration by proceeding with the issue of specific alternative methods to counteract avoidance phenomena occurring with insurance transactions. Denmark and Switzerland (41) are cases in point: their internal legislation contain specific methods for the treatment of transactions between insurance parent companies and their subsidiaries.

It should, however, be pointed out that of the methods elaborated in internal legislation, no particular one constitutes a standard practised internationally (the Oecd, for example, does not consider the Danish method as complying with the arm's length), what we have are specific regulations issued in each national legislation, with a range of alternative methods for specific sectors, among which, insurance. (42)

In this context, a further case that deserves mentioning is one pertaining to the Republic of South Africa and following a report

(40) See *Cahiers de droit fiscal international 'transfer pricing in the absence of comparable market prices'*, cit., page 36, General Report.

(41) The specific rule is contained in section 12(3) of the act of corporate income taxation. See idem above, page 360 ff.

The computation method, called unitary taxation, is like that used by some US federal states (Alaska, California, Montana and North Dakota).

(42) See *Cahiers de droit fiscal international 'transfer pricing in the absence of comparable market prices'*, cit., page 57 ff..

prepared by a Commission (43) on the activity of reinsurance captives. The conclusion this report draws is that the activity carried out by these companies was also used for avoidance purposes. The same Commission wished that internally there would be specific methods issued with reference to the activity being here examined.

CONCLUSION

First of all, we have established that there are perplexities as regards the application of existing price control procedures. In this respect, the main conclusions that can be drawn from the analysis here carried out can be summarised in the following points:

i) in the absence of specific legislation that takes into account the special characteristics of the activity we have been dealing with, similarly to what has occurred with the manufacturing, commercial and banking sectors, confronted with the possibility of transferring taxable bases concealed in reinsurance prices, the Revenue Authorities counteract this phenomenon by using the procedures adopted with supplies of services. With reference to our specific case, there are limitations in terms of the comparable uncontrolled price and cost-plus methods actually being able to yield the normal value of the transaction thus eliminating the higher amount concealed in the transfer price.

The doubts surrounding the application of the two traditional methods, apart from the difficulty of locating similar transactions with the comparison method and the indeterminacy of the cost when choosing the cost-plus method, mainly arise in relation to conditions found on the market; these conditions, due to their being referred to the cornerstone principle of arm's length, represent the main limitation and the recent experience has brought this state of affairs to our notice.

These methods have a further impact on 'alternative' methods - a greater use of which is in sight for the near future - that base the determination of the normal value on the level of profits, and here also there are limitations. In our specific case, profits would not be able to determine the correct value of the prices, seen that the profit is expressed according to non-homogeneous elements which, therefore, are non-comparable.

(43) Report of the Commission of Inquiring into the flow of Short-Term Insurance premiums out of the Republic and the Operations of Captive insurers, RP 53/1990. *Idem* above, page 593.

We have here traced the uncertainties that point to potential gaps in the application of procedures used in order to arrive at normal values. In this context, the most interesting aspect is surely offered by the specific market conditions that constitute the common denominator of the two methods generally admitted by current legislation.

ii) Where basic methods appear somewhat unreliable, provisions in subsections 7 bis and ter constitute instead a definite limitation being that costs from transactions entered into with states or territories with a privileged fiscal system are non-deductible. The non-deduction of the cost is referable to the reinsurance transactions and therefore reinsurance transactions entered into with reinsurance companies located in tax havens meet with this limitation of fiscal irrelevance which, in practical terms, neutralises hypothetical transfers of profit.

I would like to stress that this subject is particularly important when one considers that captive companies are generally located in off-shore territories, particularly privileged because of a gentler tax collection. However, one needs not to lose sight of the fact that the same anti-avoidance provisions contain specific exempting circumstances.

Lastly, when using the operational principles of the basic methods in order to arrive at the normal value of an insurance transaction, we can notice that the principle of dealing at arm's length meets with operational limitations as shown by the uncertainties surrounding application and this principle is consequently potentially unreliable in terms of results. At the same time, observations on the applicability of the cost-plus method (based on profits) still seems to share the same unreliability, though the project of a new Oecd Report does propose a greater use of the latter method.

The same 1979 Report containing general guidelines did not include specific criteria for particular economic sectors, a lacuna that the 1984 Report set right as regards the banking sector. The economic situation was characterised at that time by a strong presence of the industrial and commercial sectors, therefore, services and the tertiary sector in general, that only in later years registered a considerable increase, were left behind.

Moreover, in § 8 of the 1979 Report it was specified that: 'seen that the aim here is to establish, wherever possible, general principles, any attempt to treat particular industries or types of enterprises with special transfer pricing problems is beyond the scope of this Report.'

The experience of those countries that have adopted internally, though subordinately to the principal methods, policies to counteract avoidance on the part of insurance companies, confirms that basic methods and the arm's length principle in general are not able to

counteract the price alterations to shift taxable bases in the insurance sector.

And not only this: if we consider the typical group structure with the integration of the different operational compartments of the enterprise, it emerges clearly that the aspects examined may have an impact of a fiscal kind in those enterprises operating in sectors that differ from insurance but which are part of a single entity.

At this point the reflection is no longer merely laid on potential limitations of price control procedures and concerning a specific sector (though of considerable size and interests), but is now extended to all those supranational entities that in their context include the insurance division or simply a single reinsurance enterprise.

Hence, the subject comes to acquire greater substance in view of the nature and avoidance consideration pertaining to transfer pricing.

Giuseppe D'Andrea

Osservazioni sui prezzi di trasferimento in materia di servizi con particolare riferimento ai servizi assicurativi

di Giuseppe D'Andrea

SOMMARIO: 1. Premessa 2. Profili Generali 3. Principi ermeneutici: le prestazioni di servizi 4. L'area d'indagine: i servizi assicurativi 5. Gli elementi di qualificazione della fattispecie 6. Riflessioni in merito ai limiti applicativi del principio "dealing at arm's length" 7. Controllo dei prezzi e determinazione del valore normale **A)** Il metodo del confronto del prezzo **B)** Il metodo del costo maggiorato - Conclusioni

1. PREMESSA

Il presente lavoro si propone di verificare l'efficacia delle procedure di controllo dei prezzi in materia di servizi, riferendo il fenomeno del transfer price al settore assicurativo. Poiché i Rapporti con cui l'OCSE ha disciplinato in campo internazionale il fenomeno dei prezzi di trasferimento non intervengono nello specifico settore, lasciano intravedere delle zone d'ombra nel quadro normativo generale.

L'ipotesi di studio si riferirà alla tipica attività assicurativa, tralasciando quella finanziaria e immobiliare svolta dall'impresa, di conseguenza non sarà esaminata la normativa del transfer price relativa al trasferimento di capitali e diritti immateriali.

L'analisi che verrà condotta partirà dall'esame dell'attività dell'impresa, valutandone le concrete applicazioni al fine di individuare la possibilità di porre in essere i tipici meccanismi del transfer price e accertare, quindi, se la normativa fiscale vigente in materia di servizi è riferibile, e in quale misura, allo specifico settore.

Per ragioni di spazio e omogeneità di analisi, non ci occuperemo degli aspetti relativi alle doppie imposizioni internazionali di cui forniremo soltanto un breve accenno, così come non saranno esposti i dettagli tecnici delle singole procedure di controllo dei prezzi, per le quali si rinvia alle specifiche norme che presiedono la loro applicazione.

Si ritiene opportuno, invece, dare una descrizione dei tratti essenziali del fenomeno del transfer price e dei criteri su cui si basano i principi internazionali e la normativa interna, per proporre una differente prospettiva dalla quale analizzarlo in una delle sue concrete applicazioni.

2. PROFILI GENERALI

Il fenomeno del transfer price (1), la sua diffusione e la sua rilevanza a livello normativo, sono concettualmente ed operativamente connessi con la nascita e lo sviluppo delle società multinazionali (2).

In relazione a questo aspetto, la sua pratica quale strumento elusivo trae origine dall'attività internazionale dei soggetti e dalla conseguente possibilità di minimizzare il carico fiscale mediante il trasferimento di ricchezza imponibile verso paesi a fiscalità ridotta. Quest'obiettivo si realizza per mezzo di operazioni intercompany il cui prezzo è determinato dalle imprese del gruppo che lo hanno posto in essere, in maniera difforme rispetto alle normali condizioni di mercato.

Svincolando il valore dei prezzi di scambio dalle regole del mercato, si attua una politica fiscale che sfrutta i differenti regimi di tassazione, praticati nei diversi Paesi, per ottenere una maggiore redditività degli investimenti in ragione di un minore prelievo fiscale (3).

(1) Secondo il Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'OCSE sono definiti *prezzi di trasferimento* "gli utili realizzati da un'impresa di uno Stato contraente che partecipa direttamente o indirettamente alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente e le imprese nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti. Sono considerati altresì prezzi di trasferimento gli utili derivanti da una transazione in cui entrambe le parti contraenti siano sottoposte al controllo della medesima impresa". Cfr art.9 OCSE *Model double taxation convention on income and on capital*, Parigi 1992.

In dottrina sull'argomento Cfr: "Cahiers de droit fiscal international", *Allocation of expenses in international arm's length transactions of related companies*, IFA Volume LXb, Londra 1975. "Cahiers de droit fiscal international" I.F.A. Vol LXXIa *Transfer of assets into and out of a taxing jurisdiction*, Vol LXXIa, New York 1986; "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, IFA Volume LXXVIIa, Cancun 1992; inoltre International Bureau of Fiscal Documentation *The international transfer pricing journal*, Amsterdam, December.

(2) Sui gruppi aziendali: P.E. CASSANDRO, *I gruppi aziendali*, Cacucci, Bari, 1962; CONFORTI, *Le imprese internazionali*, in "Riv. dir. intern. priv. e proc." 1970, pgg. 229 ss.; Corapi, *Società multinazionali*, in "NNDI" (appendice), Utet, Torino; E. NUZZO, *Impresa Multinazionale Dir. Trib.* "Enc. Giur. Treccani", Vol XVI, Roma, 1989; V.SA-LAFIA, "Patologia dei gruppi di società" *Le Società*, 9, 1995 pgg. 1141 ss.

Per gli aspetti fiscali in dottrina: A. LOVISOLO, *Il sistema impositivo dei dividendi*, CEDAM, Padova, 1980, *id Gruppo d'impresa e imposizione tributaria*, CEDAM, Padova, 1985; V.UCKMAR, *Gruppi e disciplina fiscale*, Dir. Prat. Trib. 1996.1, pgg. 3 ss; F. GALLO, "I gruppi d'impresa e fisco", in "Studi in onore di V. Uckmar", CEDAM, Padova, 1997.

(3) Le principali motivazioni del transfer price sono state individuate dalla dottrina da due fondamentali categorie: esigenze indirette di investimento come tecnica

Nell'analisi generale l'inquadramento del fenomeno va tracciato considerando la valenza elusiva e i conseguenti aspetti connessi alla doppia imposizione (4) causati nel contesto del gruppo multinazionale, dai diversi regimi adottati dalle Amministrazioni finanziarie riguardo ai principi territoriali che presiedono i criteri di tassazione del reddito.

Si verifica doppia imposizione internazionale quando si sovrappongono i presupposti di imposte simili o analoghe in due o più ordinamenti, in modo tale da assoggettare la stessa ricchezza a diversi prelievi in ordine alla manifestazione del principio di territorialità, inteso come limite della potestà impositiva.

Gli strumenti con i quali si elimina la doppia imposizione internazionale sono di due tipi: il primo è interno ai singoli ordinamenti, e consiste nel riconoscimento del credito di imposta relativo alle imposte pagate all'estero (5), il secondo ha rilievo internazionale e si concretizza nella stipula di appositi trattati, attraverso i quali i diversi Stati contraenti stabiliscono chi di loro dovrà assoggettare al tributo l'unica fattispecie imponibile prodotta su base transnazionale (6).

Nel momento in cui uno Stato non riconosce l'alterazione dei prezzi di trasferimento instaurando un contenzioso, il margine in più che costituisce il dividendo trasferito mediante una transazione alterata nei prezzi, verrà tassato sia nello Stato della società alienante che nello Stato della società acquirente. In questo caso l'accertamento da parte dell'Amministrazione finanziaria che si ritiene danneggiata genera, nell'ambito dell'impresa multinazionale, un problema di doppia imposizione.

3

estremamente efficace per il trasferimento di utili indipendentemente dai tempi e dalle forme richieste dal diritto societario e necessità di remunerare gli investimenti della capogruppo a livello locale. Cfr. G.MAISTO, in *Il Transfer Price nel diritto tributario italiano e comparato*, sub nt. 2 pag. 2, Cedam, Padova, 1985.

(4) In dottrina sull'argomento: P.ADONNINO, *Doppia imposizione*, Enc. Giur. Trecani Vol XII, Roma 1989; A.FANTOZZI, K.VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, "Digesto IV" Utet, Torino 1990; R. LUPI, *Territorialità del tributo*, "Enc. Giur. Trecani" Vol XXXI Roma 1989; C.SACCHETTO, *Territorialità dell'imposta* "Enc Diritto Vol. XLIV" Giuffrè Milano; M.DEL GIUDICE, *La doppia imposizione internazionale sul reddito e sul patrimonio*, F.lli Conte Editori pg.10 ss; M.UDINA, *Il diritto Internazionale tributario*, pg 250 ss, inoltre C. GARBARINO, *Redditi prodotti all'estero* in "Studi in onore di V. Uckmar", CEDAM, Padova, 1997.

(5) In dottrina sull'argomento si segnala B.GANGEMI, *Credito d'imposta e redditi esteri*, in "Boll.Trib." 1990, 4, pgg. 253 ss.

(6) Sull'argomento si segnala G.MELIS, *L'Interpretazione delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, Parte I "Rass. Trib." 1995, pagg. 88 ss; Parte II "Rass. Trib." 1996, pgg. 1966 ss.

Nel contesto delle relazioni economiche internazionali il fenomeno del transfer price ha determinato la contrapposizione tra l'interesse dei gruppi multinazionali e quello delle Amministrazioni finanziarie (7), a cui viene sottratto parte del gettito erariale (8). Queste ultime per contrastare gli effetti elusivi, hanno attuato interventi normativi conformi a modelli elaborati in sede internazionale contrapponendo all'aspetto elusivo il principio del "dealing at arm's length" stabilito nel Rapporto OCSE del 1979 (9). Questo basandosi essenzialmente sul principio del valore dei beni in un regime di libera concorrenza, si riferisce al mercato e alle sue dinamiche fondamentali dell'offerta e della domanda come regola da adottare per stabilire una clausola generale da utilizzare nell'elaborazione dei metodi di valutazione dei prezzi, non consentendo da solo di determinare il valore normale della singola transazione in verifica.

Per la concreta attuazione del principio dealing at arm's length, lo stesso Rapporto definisce dei metodi specifici che in funzione dei principali settori di attività economiche delineano tre fondamentali aree di riferimento nella determinazione del valore normale dei prezzi, alle quali corrispondono precisi criteri di collegamento espressi in funzione del rapporto tra il soggetto non residente e l'ordinamento giuridico dello Stato; queste aree di analisi sono:

1. cessione dei beni materiali, produttiva di redditi d'impresa;
2. trasferimento di beni immateriali e tecnologie, produttivo di royalties;
3. trasferimento di capitali e finanziamenti, produttivo di redditi di capitale.

E nello specifico i criteri di collegamento risultano costituiti da:

- a) la presenza di stabile organizzazione nel territorio dello Stato nel primo caso;

(7) Inoltre "Cahiers de droit fiscal international", *Tax avoidance tax evasion*, I.F.A. Vol LXVIIIa Venezia 1983 V.Uckmar, General Report pgg. 17 ss, Kluwer

(8) In questo contesto si distinguono le posizioni dei Paesi importatori e dei Paesi esportatori di capitali. I primi, che in genere adottano un sistema di tassazione basato sul criterio della fonte, vedono il transfer price come uno strumento per trasferire imponibile al di fuori delle loro giurisdizioni. I secondi, principalmente orientati sulla tassazione dei redditi in base al criterio di residenza, individuano nel transfer price un modo per ripartire gli utili.

(9) Il Rapporto OCSE del 1979 definisce il principio del *prezzo di libera concorrenza* nel paragrafo 2 come "il prezzo che sarebbe stato convenuto tra operatori indipendenti per delle transazioni identiche o simili nel libero mercato", la stessa definizione fornita dall'OCSE contiene sei principali caratteristiche: 1) the transactional analysis 2) the comparison 3) the private law contractual arrangement 4) open market feature 5) the subjective features 6) the functional analysis.

b) la residenza del soggetto erogante nel secondo e nel terzo.

Da un punto di vista strettamente operativo, il documento dell'Organizzazione attua il principio "arm's length", ricorrendo ai metodi del confronto del prezzo, del prezzo di rivendita ed del costo maggiorato per ricondurre la transazione al valore normale in sede di accertamento.

Sul piano della normativa interna (10) le norme di riferimento contenute nel Testo Unico sono gli articoli 76 quinto comma e 9 che definiscono i requisiti soggettivi e l'elemento oggettivo della fattispecie dei prezzi di trasferimento ai quali si aggiungono i commi 7 bis e ter dello stesso articolo 76 che prevedono un particolare regime di indeducibilità per le componenti negative di reddito derivanti da operazioni intercompany concluse tra imprese residenti e società domiciliate in Stati o territori avente regime fiscale privilegiato (c.d. tax havens) (11). Ai fini dell'accertamento i

(10) In dottrina sull'argomento Cfr.: S.MAYR, *Il Rapporto OCSE sul transfer price nelle imprese multinazionali*, "Boll. Trib." 1980 pag. 1461; LICARDI, *I prezzi di trasferimento nella determinazione dei redditi delle imprese multinazionali* IL FISCO, 1981, pag. 2396; G.SAVIANO, *Il prezzo di trasferimento nella determinazione dei redditi di impresa assoggettati a controllo estero*, in "Corr. trib." 1981, pag. 332; G.MAISTO, *Valore Normale e diritto penale valutario: applicazione dei principi OCSE sui prezzi di trasferimento*, "Dir. prat. trib." II, 1983; *id.*, *Valore normale e diritto penale valutario: applicazione dei principi OCSE sul prezzo di trasferimento*, D.P.T. II, 1983 pag. 726; G.MAISTO, *Il transfer price nel diritto Italiano e comparato*, CEDAM, Padova 1985; pag. 72; MENOTTI GATTO, *Il Valore normale nei servizi intra gruppo*, in "Corr. Trib." 1987, pag.1348; DEZZANI PISONI PUDDU, *Vendita di prodotti nel mercato nazionale e nei mercati esteri*, "il fisco" 1988, pg.5109; GRIFONI, *Transazioni tra consociate e prezzi di trasferimento* "Le Società", 1990 pag. 1567; S.MAYR, *Il valore normale nei rapporti tra società italiane e controllate estere*, "Corr. Trib.", 1990, pag. 1991; A.CORDA, *Normativa sul transfer pricing dei beni: problemi aperti*, "Boll. Trib.", 1991, pag. 505; G.MAISTO, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, "Riv. Dir. Trib." I, 1991, pg. 757 ss; A.MANZITTI, *Gli aspetti penali e tributari delle transazioni tra le società collegate*, in "Corr. Trib.", 1991, pag. 238; VITALI PICARDI, *Il Cost-Sharing Agreement*, in "Boll.Trib." 1991, pag. 102; S.F.COCIANI, *Profili penali delle operazioni di transfer pricing*, in "il fisco" 1992, pg.1099; F.DEZZANI, *Il transfer pricing entra nel mirino della dichiarazione dei redditi*, "il fisco", 1992, pag.4047; M.CREMONA, *Transfer pricing in Italy* in "Tax Planning International Review", 1992 pag.26; P.SELLA, *Transfer pricing: i soggetti interessati*, in "Comm.int." 1992, pag.313, *id.*, *Paradisi fiscali e transfer pricing: normative a confronto* in "Comm.int.", 1992, pag.362; G.MAISTO, *Temi di diritto tributario internazionale*, in "Schede di aggiornamento", Sett. 1993 pag.39; P.ADONNINO, *La nozione di valore normale*, in "Il reddito di impresa nel nuovo testo unico" pag. 265 ss.

(11) Analoghe disposizioni si riscontrano negli ordinamenti di molti paesi membri della Comunità economica europea, per una loro analisi si rimanda a: *Internatio-*

criteri OCSE per determinare il valore normale dei prezzi sono stati adottati da parte del Ministero delle Finanze con la Circolare 2/9/6627 del 1980. La stessa ne precisa i contenuti, le caratteristiche e la priorità da seguire nella loro diretta applicazione.

3. PRINCIPI ERMENEUTICI: LE PRESTAZIONI DI SERVIZI

La principale riflessione in ordine ai principi che disciplinano il sistema dei controlli dei prezzi negli scambi tra le società del gruppo, si pone riguardo al trattamento delle prestazioni di servizi.

L'impostazione fornita dal Rapporto OCSE costituisce uno dei principali limiti a definire i servizi in un'autonoma categoria reddituale in ragione dell'inserimento delle principali fattispecie nelle categorie dei redditi produttivi di interessi, o royalties piuttosto che procedere all'elaborazione di specifici criteri di collegamento e di autonomi metodi per determinare il valore normale sulla base di requisiti tipici.

Pertanto l'impossibilità di considerare i servizi come un'autonoma categoria di redditi, con eccezione dei redditi di lavoro autonomo conseguiti nell'ambito di attività commerciali o industriali, definisce un'analisi residuale che si basa sull'esame di due principali classi che si differenziano tra loro in base al requisito della tipicità.

La prima è quella dei servizi rinvenibili sul libero mercato, c.d. tipici, in cui i rapporti di scambio intercorrenti tra le diverse entità di un'impresa multinazionale sono paragonabili a quelli che si riscontrano tra

nal Tax Avoidance and Evasion, Four related studies, OECD Paris, 1987; inoltre IFA Recourse to Tax Havens - Use and Abuse atti del seminario svoltosi a Parigi durante il 34 congresso IFA. Mentre in dottrina: P.BORIA, Riflessioni sul concetto di valore normale nella sistematica delle imposte dirette "Riv. G.D.F." 1992, pag. 681 ss; R.CORDEIRO GUERRA, Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità, "Riv Dir Trib" 1992, I, pag. 277 ss; PADONNINO, Stati e territori avente regime fiscale privilegiato e loro concreta identificazione, "Dir. Prat. Trib." 1993, I, pag. 500 ss; G.MAISTO, Il regime tributario delle operazioni intercorse tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato in "Riv. Dir. Trib." I, 1991, pag.757; S.MAYR, Normativa anti elusione e rapporti intercompany in "Corr. Trib." 1991, p. 3717, T. DI TANNO, L'indeducibilità dei componenti negativi di reddito nei rapporti con residenti nei Paradisi fiscali individuati nel D.M. 22 aprile 1992 in "Boll. Trib." 1992, pag 1405, C.PESSINA - F.MARGARA, Operazioni di società italiane con i Paradisi fiscali, "il fisco", 1992, pag. 8320; G.MARINO, Paradisi fiscali: problemi applicativi e proposte di modifica "Dir. Prat.Trib." 1996, 3, pag.735 ss, M.LUPOI, Tax havens "Enc. Giur. Treccani", Vol XXX, Roma 1989.

operatori indipendenti (12). In questa circostanza per ricondurre il corrispettivo del servizio reso al suo valore normale, si ricorre, sulla base di un esame che tenga conto della struttura dell'operazione, alla metodologia valutativa dei metodi principali utilizzati nelle ipotesi di cessioni di beni materiali, finanziamenti e trasferimento di tecnologie.

Mentre la seconda è costituita dai servizi infragruppo, definiti anche atipici per il fatto di non essere rinvenibili sul libero mercato e di rispondere ad esigenze di politiche gestionali finalizzate al conseguimento di una migliore efficienza di gestione. Si tratta generalmente di servizi quali il marketing, l'internal audit, la ricerca e sviluppo ecc., servizi che per la loro natura, vengono centralizzati in società del gruppo alle quali ne è affidata la gestione. In questo caso il rapporto si instaura tra una società del gruppo che svolge come attività istituzionale l'attività di servizio e le altre consociate che ne diventano beneficiarie. Relativamente a quest'aspetto, in assenza di uno specifico termine di paragone che sia riconducibile al principio del prezzo di libera concorrenza, nella determinazione del valore normale di simili servizi, occorre elaborare criteri di valutazione autonomi rispetto ai metodi tradizionali che tengano conto della corretta ripartizione dei costi all'interno del gruppo tra la società che presta il servizio e quella che ne beneficia. Il criterio di ripartizione ritenuto idoneo a definire il valore normale del servizio infragruppo è costituito dal *cost-sharing arrangements* (13), in base a questo principio i costi sostenuti dall'impresa del gruppo che presta il servizio e le altre be-

3'

(12) Alcuni elementi quali la definizione dell'oggetto e della durata della prestazione, il fatto che la prestazione sia resa da un unico soggetto giuridico che svolga professionalmente la prestazione di servizi come attività principale, la rende classificabile nel contesto dei negozi bilaterali. In tal senso G.MAISTO, *op.cit.*, pag. 232

(13) Le disposizioni legislative dei vari paesi non contengono una definizione positiva di *cost-sharing arrangement*. In dottrina si veda S.TOLSTOY R K.J. MCLACHLAN, *Intercompany transactions*, Atti del "11 International Tax planning Symposium", Amsterdam, Ottobre 1979, gli autori ritengono che i *cost-sharing arrangements* (le unità del gruppo ripartiscono i costi effettivi ed i rischi sostenuti per un particolare progetto in relazione al beneficio atteso) costituiscono, insieme ai *cost-funding arrangements* (le imprese del gruppo contribuiscono in via generale al costo dei programmi di R & D condotti a favore del gruppo) una sottocategoria dei *cost contribution arrangements*. La definizione data ai *cost-sharing arrangements* risulta essere riduttiva in quanto riferita ai costi sostenuti per una singola operazione e non estesa ai servizi che sono messi a disposizione con una certa periodicità quali, ad esempio, quelli amministrativi. Cfr. G. MAISTO, *Il Transfer price*, cit.

Inoltre in merito ai *Cost contribution arrangements* si veda INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, *Tax treatment of cost-contribution arrangements*, G.MAISTO, General Report pag. 5 ss, Kluwer.

beneficiarie sono ripartiti sulla base di parametri predeterminati. L'impostazione è stata inoltre confermata nel progetto di nuovo Rapporto OCSE sui prezzi di trasferimento.

Comune alle due categorie esaminate è la condizione di detraibilità del costo del servizio, che risulta subordinato all'inerenza dello stesso con la produzione del reddito dell'impresa beneficiaria. Questa condizione risulta preliminare per poter procedere alla determinazione del corrispettivo normale di un qualsiasi servizio e, conseguentemente, anche alla sua deducibilità fiscale.

L'elemento di maggiore interesse, ai fini della nostra analisi, è sicuramente costituito dagli aspetti relativi alle procedure di controllo dei prezzi per i c.d. servizi tipici. Il Rapporto OCSE nello stabilire le procedure per ricondurre al valore normale i corrispettivi dei servizi, estende i criteri utilizzati nella cessione dei beni materiali alle prestazioni di servizi autonomamente identificabili.

Una particolare influenza sui principi che regolano la materia è stata esercitata dalla disciplina amministrativa elaborata dall'Amministrazione finanziaria statunitense fondamentalmente recepita nel Rapporto OCSE del 1984, sia con riferimento alle condizioni di detraibilità del costo del servizio sia alle procedure di controllo dei prezzi. Nel precisare che la normativa si riferisce principalmente ai servizi prevalentemente riscontrabili nelle strutture integrate è importante notare che ne restano esclusi alcuni settori specifici tra i quali, è importante precisarlo, quello assicurativo (14).

Nel documento dell'Organizzazione fra i tre metodi base si individua quello del costo maggiorato come preferibile, attesa la difficoltà di rinvenire un'operazione di caratteristiche analoghe da assumere come termine di paragone per procedere all'applicazione del metodo del confronto; al tempo stesso non si fa esplicito riferimento al mercato rilevante (15). Si

(14) In proposito G. MAISTO, *Il transfer price nel diritto Italiano e comparato* cit. pag. 246 ss.

(15) Il mercato rilevante è quel mercato su cui deve essere rinvenuta la transazione campione, in questo caso il mercato rilevante potrebbe essere quello dell'impresa beneficiaria o quello di residenza del soggetto che presta il servizio, l'analogia applicativa relativa alla cessione dei beni induce a considerare rilevante il mercato dell'impresa beneficiaria (per i finanziamenti, la natura del servizio individua il criterio opposto). In sede ONU, era stato osservato che l'adozione del mercato del destinatario come mercato rilevante avrebbe comportato, per i paesi in via di sviluppo, l'inapplicabilità del metodo del confronto, data l'inesistenza di transazioni simili. Viceversa il Rapporto OCSE afferma la prevalenza del mercato del destinatario in presenza di operazioni analoghe.

procede, pertanto, all'elaborazione di un *safe haven* (16) poiché il contribuente in presenza di un'operazione similare può applicare il metodo del confronto del prezzo e, in assenza, procedere alla ricostruzione del valore normale sulla base dei costi del servizio applicando il metodo del costo maggiorato.

Con riferimento alla normativa interna l'orientamento seguito dall'Amministrazione finanziaria italiana con la Circolare 32/9/2267, prevede l'adozione in via principale del metodo del confronto e subordinatamente alla sua inapplicabilità, il ricorso all'applicazione del metodo del costo maggiorato secondo una ricostruzione dei costi che esclude l'applicazione del margine di utile solo in alcune ipotesi tassative (17).

4. L'AREA D'INDAGINE: I SERVIZI ASSICURATIVI

Nell'ambito degli interventi OCSE volti a disciplinare il fenomeno dei prezzi di trasferimento realizzati attraverso i Rapporti del 1979 (18) e del 1984 (19), oltre al nuovo progetto reso pubblico tra il 1995 e il 1997, si nota l'assenza di una specifica normativa per il settore assicurativo, questa circostanza sembra lasciare un vuoto nel quadro normativo di riferimento generale anche in considerazione del fatto che alcuni settori di rilevante interesse, come quello bancario, sono stati oggetto di speci-

38

(16) Una definizione di "*safe heavens*" può essere rinvenuta nel "International Tax Glossary" pubblicato dall'International Bureau of Fiscal Documentation (Amsterdam-1988) che testualmente definisce: "The tax administration may offer taxpayers 'safe heaven' rules, under which certain transactions will be accepted by the tax administration without further questions. For instance, a ruling may be issued that interest on loans between related persons will be accepted if the interest rate falls within certain limits". pag. 234.

(17) Le ipotesi di esclusione riguardano: i servizi che non costituiscono l'attività istituzionale dell'impresa, i servizi resi solo formalmente dalla consociata che agisce come intermediaria rispetto all'operatore indipendente, i servizi che sono riconducibili all'attività di direzione amministrativa della casa madre. Cfr. Circ. Min. 9/2267.

(18) *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, Report of OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris, 1979.

(19) *Transfer Pricing and Multinational Enterprises, Three Taxation Issues*, OCSE Parigi, 1984.

fici interventi. Alla luce di questi elementi si vuole verificare se il ricorso alle procedure recepite ai fini del controllo dei prezzi per i servizi genericamente intesi siano afferenti al settore assicurativo, considerando il fatto che lo stesso può essere inserito nell'alveo delle prestazioni di servizi rese nell'ambito di un'attività d'impresa. Ovviamente le considerazioni in merito alla correlazione tra tipologia di attività, piuttosto che di reddito, e le procedure di controllo dei prezzi, aprono una riflessione di portata più ampia, vale a dire se anche i servizi assicurativi debbano essere oggetto di un'analisi che conduca all'emanazione di criteri autonomi, così come è accaduto per il settore bancario. In questa sede rileviamo semplicemente che nelle esperienze normative di alcuni Paesi per gli specifici servizi assicurativi si sono adottati criteri autonomi rispetto a quelli stabiliti dall'OCSE (20) per contrastare fenomeni elusivi generati da simili operazioni.

Preliminare rispetto le procedure di controllo risulta essere la verifica circa la possibilità di realizzare, nell'ambito dell'attività dell'impresa assicurativa, i meccanismi tipici dei prezzi di trasferimento. Poiché l'attività assicurativa è incentrata sull'assunzione e sulla gestione dei rischi trasferiti da terzi, le medesime esigenze di ripartizioni dei rischi che si riscontrano a livello degli assicurati, si manifestano a livello degli assicuratori che hanno assunto i rischi iniziali nei loro portafogli. Questi ultimi una volta determinato il rischio da conservare, ripartiscono tutto ciò che eccede tra altri imprenditori del settore (riassicuratori), i quali adottando la stessa tecnica effettuano ulteriori ripartizioni su altri operatori (retrocessionari) fino ad ottenere una polverizzazione del rischio iniziale e conseguendo una gestione efficiente dello stesso. Nell'ambito dell'attività svolta dalla compagnia assicurativa ci soffermeremo sulla riassicurazione, nel definire l'area di indagine, in quanto questa in funzione delle caratteristiche operative realizza il completo trasferimento del rischio (elemento di costo e quindi con valenza reddituale) verso un terzo soggetto attraverso una sua negoziazione dall'assicurato al riassicuratore. In virtù di questa caratteristica la riassicurazione si dimostra idonea, ai fini della nostra analisi, a realizzare i meccanismi tipici del transfer price consentendo nel suo settore di riferimento di trasferire potenziali basi imponibili nascoste nel prezzo verso terzi soggetti localizzati in diverse giurisdizioni fiscali.

(20) Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. *passim*.

5. GLI ELEMENTI DI QUALIFICAZIONE DELLA FATTISPECIE

Nella normativa vigente per poter procedere alla verifica di una transazione devono ricorrere i requisiti soggettivi e l'elemento oggettivo statuiti nel Testo Unico(21). Considerando che le norme del Testo unico non contengono disposizioni circa le procedure di controllo, occorre fare rinvio alla Circolare Ministeriale per ricondurre il corrispettivo in verifica al valore normale. Resta da verificare quindi, in termini sostanziali, gli elementi di rilievo della fattispecie ai fini dell'accertamento.

In linea con i principi OCSE del prezzo di libera concorrenza, attuati nella normativa interna dalla Circolare Ministeriale 6627, la riconduzione al valore normale si realizza essenzialmente in riferimento al mercato rilevante. In relazione con lo specifico settore in esame, l'aspetto di maggior rilievo è sicuramente rappresentato dalle peculiarità e dalle dinamiche del mercato della riassicurazione. Antitetivamente rispetto ai tradizionali comparti operativi, il mercato riassicurativo non è da individuare all'interno di una singola area geografica, ma al di sopra delle frontiere nazionali. Lo stesso mercato si caratterizza per la presenza di poli principali, su cui converge la domanda e l'offerta di riassicurazione. Questi centri sono situati in Europa, Nord America, Asia e mercati "offshore", in particolare questi ultimi si caratterizzano per l'inesistenza di particolari barriere di accesso che facilita il libero scambio internazionale di servizi riassicurativi (22). Condizione essenziale affinché un simile mercato internazionale, possa funzionare, è l'inesistenza di ostacoli nazionali alla conclusione delle operazioni riassicurative tra gli operatori dei vari Paesi, con il conseguente trasferimento dei relativi mezzi finanziari. Questo principio implica una duplice serie di condizioni, la prima è che vi sia libertà nella scelta degli investimenti finanziari, la seconda riguarda la parità di condizioni tra operatori nazionali ed operatori stranieri (23). Altra caratteristica del mercato riassicurativo internazionale è l'assenza di controlli pubblici, questo comporta che quando la riassicurazione è conclusa tra soggetti della stessa nazionalità, si applicano le condizioni vigenti nello Stato di residenza;

(21) Cfr. Art. 76 comma 5 e art. 9 T.U. 917/86.

(22) OCDE, *Echanges internationaux de services: assurances*, Paris, 1983 pagg. 21ss. . pag.37 ss.

(23) Per la legge applicabile al contratto, valgono le norme di diritto internazionale privato e la convenzione di Roma del 1980 sulle obbligazioni contrattuali.

ma quando si incontrano operatori di nazionalità diverse, si applica la *lex mercatoria* non essendo il mercato legato a luoghi determinati. Tuttavia i termini e le condizioni normalmente stabiliti, possono subire delle sostanziali variazioni quando alle operazioni partecipano "captive companies". Queste società, che generalmente sono totalmente controllate da società del gruppo, si caratterizzano in relazione alla loro attività consistente nell'accettare rischi da qualunque parte provenienti o per accettare solo rischi delle società del gruppo (24). Le captive, praticano delle condizioni del tutto particolari in relazione agli elementi del contratto e, se "offshore" spesso operano senza obbligo sia di costituzione che di riserve tecniche. Operativamente parlando, le captive accettano in riassicurazione i rischi delle società del gruppo a cui appartengono, assicurati inizialmente presso società di assicurazioni (c.d. fronting) che sono generalmente ubicate nel paese del rischio (25). La presenza di società captive si riscontra prevalentemente nei mercati "offshore", mercati che, giova ricordarlo, si caratterizzano per l'assenza di regolamentazione assicurativa e riassicurativa, piena libertà di trasferimento di capitali e livelli di fiscalità ridotta.

Di maggiore interesse è la riflessione che si pone rispetto la classificazione della fattispecie nell'ambito delle categorie reddituali. Sulla base degli elementi esposti in precedenza, vale a dire l'impossibilità di considerare i servizi in generale e quelli assicurativi in particolare come una categoria autonoma, sui servizi assicurativi è opportuno operare una duplice considerazione. La prima sulla classificazione del reddito, la seconda sui criteri di collegamento da riferire alla specifica fattispecie: sotto il primo aspetto i servizi assicurativi sono riconducibili alla categoria del reddito d'impresa, mentre nel secondo caso bisogna osservare che anche se la prestazioni assicurative sono rese nell'ambito dell'attività d'impresa, non sempre, nella gestione complessiva dell'attività ed in particolare nella riassicurazione, si rende necessaria la presenza di stabili organizzazioni nei vari territori per il suo svolgimento. Conseguentemente il criterio di collegamento genericamente riferibile alla categoria dei redditi

(24) Nell'ambito di un gruppo industriale le società captive possono offrire dei vantaggi di carattere strutturale e finanziario, sull'argomento AA.VV., *Les sociétés de réassurance au Grand Duché de Luxembourg*, a cura di Rimacorp 1988, MOSAR, *La nouvelle loi sur le assurances et réassurances*, Luxembourg 1984.

(25) Generalmente le cessioni dei rischi delle compagnie fronting (assicuratrici) alla compagnia captive (riassicuratrice) avvengono per quote superiori al 95% , alla compagnia fronting, viene generalmente applicato un compenso addizionale "override".

d'impresa (26) sembra ricorrere in maniera omogenea ed univoca. Si profila pertanto una cesura tra la categoria reddituale (redditi d'impresa) e il suo specifico criterio di collegamento (presenza di stabile organizzazione nel territorio dello Stato), binomio dal quale nella sistematica del transfer price discendono i criteri e le procedure di controllo dei prezzi.

6. RIFLESSIONI IN MERITO AI LIMITI APPLICATIVI DEL PRINCIPIO "DEALING AT ARM'S LENGTH"

Le principali critiche rivolte al principio del prezzo di libera concorrenza sono riconducibili al fatto di adottare la teoria delle entità separate nella determinazione del valore normale. Considerando quindi un'impresa come singola unità autonoma e non in un'ottica di gruppo, l'arm's length non è riferibile alle realtà in cui si manifestano i vantaggi delle economie di scala, ed in particolar modo ai business integrati. Un altro limite è costituito dal fatto che l'arm's length non può essere applicato a tutte quelle situazioni in cui solo le imprese associate possono operare in presenza di particolari condizioni di mercato e, dove le imprese indipendenti non opererebbero affatto o interverrebbero in forma associata. Nelle ipotesi prospettate si profila l'inapplicabilità del principio descritto poiché non sono riscontrabili le stesse condizioni tra imprese di gruppo ed imprese indipendenti. In sostanza il principio non riesce a "catturare" tutti quei casi in cui si opera in un'ottica strettamente di gruppo. Un ulteriore limite all'applicazione del principio dell'arm's length è costituito da particolari condizioni di mercato quale quella caratterizzata da una situazione di oligopolio (27).

385

Inoltre in occasione della presentazione della prima parte del nuovo Rapporto OCSE, si sono espresse serie perplessità riguardo alla conformità dei metodi di determinazione del valore normale basati sul profitto, con il principio arm's length. La Camera di Commercio Internazionale, pur riconoscendo il confronto dei profitti così come stabilito dal pa-

(26) Cfr sub § 2. Questo fenomeno non è nuovo nel diritto tributario internazionale e si manifesta nelle Convenzioni sulla doppia imposizione in ipotesi in cui gli Stati contraenti negoziano il potere impositivo riferito ad alcuni servizi a condizioni diverse da quelle stabilite nel reddito d'impresa.

(27) Ad esempio, in queste circostanze si può verificare il caso che la capogruppo intervenga nell'acquisto di prodotti in perdita a prezzi più elevati e quelli in utile a prezzo inferiore al solo fine di stabilizzare l'utile della controllata. L'applicazione del prezzo di libera concorrenza in questo caso non riconoscerebbe le politiche aziendali adottate dall'impresa.

ragrafo 71 del Rapporto del 1979, ha espresso serie perplessità nel riconoscere conformi al principio "Arm's length" i metodi di determinazione del valore normale delle transazioni basati sul confronto del profitto conseguito dagli operatori. La principale motivazione adottata a sostegno di questa tesi è rappresentata dal fatto che i prezzi sono determinati nel mercato dai meccanismi della domanda e dell'offerta e non dal margine di profitto conseguito dagli operatori. Conseguentemente, non si ritiene valido basare le conclusioni sulla differenza dei prezzi, paragonando i profitti di operatori collegati ed operatori indipendenti. Si osserva inoltre che se così fosse sarebbe possibile, partendo dal prezzo di mercato, effettuare una valida previsione dei profitti di ogni impresa indipendente nel mercato di riferimento. Questo ovviamente non è praticabile, poiché i profitti possono essere alti o bassi in relazione ai fattori che interagiscono su di essi, quali, lo stabilimento, il livello di utilizzazione degli impianti, i mezzi, il know-how e la forza lavoro. Tutto ciò dimostra l'assoluta impraticabilità di regolare le differenze di prezzo attraverso il confronto dei profitti tra operatori collegati e concorrenti indipendenti (28). In definitiva possiamo vedere che il principio del prezzo di libera concorrenza presenta dei limiti applicativi genericamente riconducibili al fatto che basandosi essenzialmente sul principio della *separate accounting theory*, viene riferito a fattispecie tipiche della *unitary entity theory*, pertanto si avverte la necessità di elaborare ulteriori criteri da adottare in tutte quelle circostanze in cui non è possibile determinare il valore normale sulla base del prezzo di libera concorrenza.

386

7. CONTROLLO DEI PREZZI E DETERMINAZIONE DEL VALORE NORMALE

Prima di verificare la possibilità di determinare il valore normale della transazione presa in esame, è opportuno porre alcune premesse.

Le condizioni preliminari sono da porre in relazione ai seguenti aspetti:

- l'attività riassicurativa mediante la quale le compagnie negoziano i rischi assunti in portafoglio, costituisce un'attività di impresa consistente in una prestazione di servizi;

- l'attività assicurativa si caratterizza, tra l'altro, per l'antiteticità di gestione, nel senso che sono certi e definiti i ricavi mentre sono da defi-

(28) Per un maggiore approfondimento sull'argomento specifico, *ICC Commentes on OECD Transfer pricing guidelines for MNEs and Tax Administrations - Discussion Draft of part I*. "Intertax", 1, 1995 pagg. 39 ss.

nire i costi in funzione di un'alea di rischio che per quanto prevedibile resta sempre legata alla fatalità degli eventi;

- il principio del prezzo di libera concorrenza si basa sul mercato e sulle sue regole fondamentali della domanda e dell'offerta che definiscono il valore normale dei beni ceduti o dei servizi resi. Lo stesso principio elabora il concetto di mercato rilevante che corrisponde, nel caso di studio, al mercato del destinatario del servizio. Nella fattispecie è costituito dal mercato internazionale della riassicurazione fondamentalmente caratterizzato dal fatto di prescindere da luoghi determinati o da confini geografici;

- ai servizi resi tra imprese collegate sono riferibili le procedure di controllo del confronto del prezzo ed il metodo del costo maggiorato secondo le modalità che la Circolare Ministeriale 9/2267 adotta per la cessione dei beni materiali.

In riferimento all'ultima ipotesi, procediamo ad analizzare la possibilità di ricondurre a valore normale una transazione riassicurativa, ricorrendo agli strumenti normativi previsti dalle vigenti disposizioni.

A) Il metodo del confronto del prezzo

Il metodo del confronto (29) è utilizzato in misura preferenziale nei paesi che hanno adottato il Rapporto OCSE a disciplina dei prezzi di trasferimento. Nella sua applicazione il metodo individua una transazione intercorsa tra operatori indipendenti da porre a confronto con quella in verifica. Tra le due possibilità del confronto interno e del confronto esterno, la Circolare ministeriale preferisce la seconda, che riferita alla nostra ipotesi, dovrà porre a confronto una transazione riassicurativa posta in essere tra un'impresa del gruppo, ed un'altra avvenuta tra un'impresa del gruppo ed un terzo indipendente. Inoltre la comparabilità delle operazioni deve soddisfare una serie di condizioni (30) tra le quali:

- *mercato rilevante*

Non sorgono particolari problemi nell'identificare il mercato rilevante, tuttavia riferendoci alle sue caratteristiche strutturali ed alle dinamiche operative, possiamo notare che sul mercato internazionale della riassicurazione non sempre si verificano condizioni di perfetto regime di libera concorrenza. A questo aspetto che va ricondotto al ristretto numero di operatori, si aggiungono le condizioni contrattuali praticate in pre-

(29) Definita nel paragrafo 48 del Rapporto OCSE del 1979, *cit.*

(30) Cfr. Circ. 32/9/2267 *cit.*

senza di particolari operatori, captive companies, che di fatto creano una distorsione rispetto a quelle che potrebbero essere le normali condizioni di libera concorrenza. Simili circostanze potrebbero impedire l'effettivo riscontro di una transazione similare.

- *caratteristiche della transazione* (31)

Al di là dell'analisi funzionale o delle caratteristiche qualitative della transazione che vengono semplificate dal fatto di riferirsi ad una prestazione di servizi, si devono riscontrare caratteri simili tra le transazioni e, quando questo non si verifica, si può procedere con una serie di correttivi. In proposito sorgono delle perplessità circa la possibilità di poter confrontare due operazioni riassicurative il cui oggetto è costituito dalla negoziazione di rischi assunti. Questa considerazione si pone in funzione della natura del rischio, essenzialmente connessa con un'alea dipendente da una serie di variabili che non sempre presentano caratteri comuni.

Inoltre, tenendo conto del fatto che le operazioni di riassicurazione spesso sono poste in essere tra imprese del gruppo non per ripartire dei rischi, ma anche per finalità diverse, che realizzano un vero e proprio negozio indiretto (32), diventa difficile riscontrare un'effettiva similarità tra le varie transazioni. Oltre a questo si deve considerare il fatto che i correttivi previsti dalla Circolare in caso di difformità, non sono riferibili al caso in esame.

388

- *tariffe*

Il riferimento alle tariffe praticate acquista fondamento in funzione delle disposizioni del primo comma dell'articolo 9 del Testo Unico. In proposito rileviamo che le tariffe riassicurative non sono predeterminate, ma vengono calcolate sulla base della media dei rischi assunti. La conseguenza è quella che non sempre si possono riscontrare le condizioni per poter paragonare i listini dei diversi operatori.

Le valutazioni effettuate fanno sorgere delle fondate perplessità in

(31) La Circolare ministeriale riferendosi agli elementi che si devono considerare nell'applicazione del metodo del confronto tra cui: a) trasporto, b) imballaggio, c) pubblicità, d) commercializzazione, e) garanzia, f) tassi di cambio, g) condizioni generali di vendita, h) vendita accompagnata da diritti immateriali, i) tempo della vendita, l) vendite promozionali, m) sconti sulla quantità. Come si può facilmente notare trattasi di caratteristiche riferibili alla cessione di merci.

(32) In questi casi, attraverso la conclusione del contratto riassicurativo le parti non perseguono gli effetti tipici del negozio, ma effetti ulteriori e diversi, quali: la riduzione dei costi assicurativi, l'utilizzazione delle sinergie di gruppo. Cfr. R.CAPOTOSTI, *op. cit.*, pagg. 172 ss.

merito all'effettiva comparabilità delle transazioni e, conseguentemente sull'applicabilità in concreto del metodo del confronto del prezzo per ricondurre il corrispettivo del servizio riassicurativo al suo valore normale.

Al tempo stesso, per i motivi esposti, non sembra possibile rinvenire una transazione simile da porre a confronto (33) in sostituzione di quella che risulta incomparabile. In proposito segnaliamo che la prassi applicativa che si è sviluppata in ambito internazionale ha affermato il principio di procedere alla comparazione di operazioni simili o analoghe in luogo di quelle che non risultano paragonabili e che comporterebbero l'inapplicabilità del metodo del confronto. Si vedano ad esempio le disposizioni dell'Amministrazione canadese o quelle contenute nel Rapporto della Repubblica Federale Tedesca del 1983 in cui si afferma la possibilità di utilizzare transazioni di differente tipo, in luogo di quella incomparabile, nell'ipotesi che si possano riconciliare i fattori di divergenza (34). Peraltro la flessibilità applicativa del metodo del confronto viene ad essere incoraggiata dall'American Bar Association che raccomanda la suddivisione del metodo in "*comparable and parallel price method*" (35). Inoltre alcuni Rapporti nazionali escludono l'applicabilità del metodo del confronto in determinate circostanze tra le quali le condizioni di mercato (36). Questi ulteriori elementi confermano le incertezze applicative profilate in precedenza. Si ritiene opportuno menzionare un dato statistico in ordine all'applicazione del metodo del confronto, secondo stime dell'International Bureau of Fiscal Documentation il 90% delle imprese multinazionali utilizza il metodo del confronto per stabilire il proprio prezzo di trasferimento (37).

3

(33) Il paragrafo 51 del Rapporto OCSE nello stabilire che i beni devono essere abbastanza simili da essere comparati, estende la possibilità della comparazione a beni sostitutivi.

(34) Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer price in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 34 General Report

(35) American Bar Association, *Administrative Recommendation N. 1968-8 Committee on Affiliated and related Corporations*, April 15 1986 in "Cahiers de droit fiscal international", *transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 34.

(36) Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 34. General Report.

(37) Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 35. General Report.

B) Il metodo del costo maggiorato (38)

Anzitutto rileviamo la possibilità di procedere all'applicazione del metodo, almeno in via di principio, considerando il fatto che sia la compagnia assicurativa che quella riassicurativa svolgono come attività istituzionale una prestazione di servizi.

Nella sua concreta applicazione il metodo del costo maggiorato articola la ricostruzione del valore normale attraverso l'analisi dei costi di produzione aumentato del margine di utile, la combinazione di questi fattori permettono di comparare il profitto realizzato da un operatore indipendente con quello della transazione in verifica determinando in questo modo il valore della transazione in verifica. La stessa circolare fornisce particolari precisazioni in merito alla paragonabilità del margine di utile ed alle circostanze di applicazione (39).

Volendo applicare il metodo al caso in esame, si dovrebbero paragonare i costi del servizio assicurativo ed i relativi margini di profitto tra la transazione in verifica ed un'altra campione rinvenuta sul mercato. Ricollegandoci alle premesse postulate nella parte preliminare dell'analisi, rileviamo anzitutto che la controversa dinamica operativa tipica del settore assicurativo (vengono prima conseguiti i ricavi e solo

390

(38) In alcuni Stati si ricorre all'applicazione del metodo del costo maggiorato anche nel settore delle prestazioni di servizi, è questo il caso dell'Olanda. Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 36. General Report.

(39) Come precisato nella Circolare Ministeriale, il margine di utile di che tratta si può essere ricavato:

- comparando il margine di utile della transazione in verifica con quello ricavato dalla stessa impresa in vendite a terzi di prodotti similari sullo stesso mercato e con funzioni identiche a quelle delle cessioni oggetto di valutazione;
- in assenza di vendite a terzi, il margine di utile sarà uguale a quello ricavato da terzi indipendenti impegnati in vendite similari con uguali funzioni;
- in assenza di vendite similari tra terzi indipendenti, potrà farsi ricorso ad una comparazione delle funzioni esercitate dal produttore con quelle esercitate da terzi.

Con riferimento alla similarità della transazione valgono le considerazioni fatte per il metodo del prezzo di rivendita.

Particolare importanza rivestono gli aggiustamenti cui si deve ricorrere quando la transazione comparabile presenta funzioni diverse o addirittura aggiuntive.

Anche in relazione ai costi sostenuti dal produttore l'Amministrazione potrà riconoscere il sistema di contabilità gestionale adottato, apportarvi delle modifiche o addirittura basarsi su un altro metodo.

Per i dettagli tecnici si rimanda a: Circolare ministeriale 9/2267 citata.

successivamente all'ipotetico evento dannoso è possibile determinare il costo) rende dubbia l'idoneità del metodo in ordine al fatto che mentre lo stesso si basa su un processo di formazione dei prezzi e degli utili su una dinamica in cui si manifestano prima i costi e poi i ricavi in funzione dei prezzi, nell'attività assicurativa avviene l'esatto contrario. Inoltre paragonare i costi del servizio assicurativo significa fondamentalmente paragonare tra di loro delle aree di rischio, la cui manifestazione dannosa, suscettibile di valutazione quantitativa solo a posteriori, determina l'eventuale margine di profitto a fronte di un ricavo certo. Per quanto gli stessi costi possano presentare a priori delle caratteristiche di similarità, la loro quantificazione è strettamente legata alla probabilità della casistica. La stessa struttura metodologica del costo maggiorato, vale a dire partire da una struttura di costi analoghi o paragonabili tra di loro a cui si aggiunge un margine di profitto per pervenire al prezzo di vendita, costituisce un serio limite posto in ordine alla sua applicabilità al caso concreto.

In definitiva, paragonare i costi e gli utili conseguiti da due operatori assicurativi significherebbe paragonare due diverse aree il cui manifestarsi dipende esclusivamente dalla fatalità degli eventi. Sebbene si proceda ad un utilizzo del metodo del costo maggiorato per la determinazione del valore normale nel settore dei servizi, appare evidente che un'analisi svolta sulla base del metodo del costo maggiorato potrebbe condurre a conclusioni completamente inattendibili. Ove si consideri che il 70% delle società operanti nel settore dei servizi (40) utilizza il metodo del costo maggiorato si ha una percezione delle conseguenze della sua inapplicabilità.

Conclusivamente, tenendo conto delle attuali disposizioni in materia di servizi e considerata la natura dell'operazione, i principali metodi adottati dall'Amministrazione finanziaria nella determinazione del normale corrispettivo sembrano definire un quadro applicativo caratterizzato da incertezze applicative e perplessità procedurali. In aggiunta a ciò gli altri metodi a cui si ricorre, in via subordinata nel momento in cui i metodi principali risultano inapplicabili, non sembrano poter fornire una alcuna soluzione attendibile.

Gli orientamenti emersi dall'analisi condotta, vengono confermati dalle esperienze normative di alcuni paesi in cui il legislatore nell'attuazione interna del Rapporto OCSE ha dedicato particolare attenzione allo specifico settore procedendo all'emanazione di specifici metodi alternativi per contrastare i fenomeni elusivi generati da operazioni assicurative. È que-

(40) Cfr. "Cahiers de droit fiscal international", *transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 36. General Report.

sto il caso della Danimarca (41) e della Svizzera dove nelle normative interne esistono degli specifici metodi riferiti al trattamento delle transazioni intercorse tra la casa madre e le filiali di compagnie assicurative.

Va comunque precisato che nessuno di questi metodi elaborati nelle normative interne costituisce uno standard di portata internazionale (addirittura l'OCSE non ritiene il metodo danese conforme al principio arm's length), ma si tratta di specifiche regole emanate nelle singole normative nazionali, con il rango di metodi alternativi, per specifici settori di attività tra cui quello assicurativo (42).

In questo contesto un ulteriore caso che merita di essere menzionato è quello della Repubblica del Sud Africa dove in seguito ad un rapporto condotto da una specifica Commissione (43) sull'attività delle società captive di riassicurazione, si giungeva alla conclusione che l'attività svolta da queste compagnie veniva usata anche per fini strettamente elusivi. La stessa Commissione auspicava l'emanazione di specifici metodi, nel contesto normativo interno, da riferire alla specifica attività.

CONCLUSIONI

392

Innanzitutto vanno rilevate le perplessità operative che si riscontrano in funzione dell'applicazione delle vigenti procedure di controllo dei prezzi. In ordine a questo aspetto le principali conclusioni che si possono trarre dall'analisi condotta, sono riassumibili nei seguenti punti:

i) In assenza di una specifica normativa che tenga conto delle peculiari caratteristiche dell'attività di riferimento, così come è avvenuto per il settore manifatturiero, commerciale e bancario, di fronte alla possibilità di spostare basi imponibili nascoste nei prezzi di operazioni riassicurative, l'Amministrazione finanziaria contrappone le procedure adottate per

(41) La specifica norma è contenuta nella sezione 12(3) dell'atto di tassazione del reddito delle società. Cfr "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 360 ss.

Il metodo di calcolo, denominato tassazione unitaria, è uguale al metodo adottato da alcuni stati federali USA (Alaska, California, Montana, e Nord Dakota).

(42) Cfr "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 57 ss

(43) Report of the Commission of Inquiring into the flow of Short-Term Insurance premiums out of the Republic and the Operations of Captive Insurers, RP 53/1990. In "Cahiers de droit fiscal international", *Transfer pricing in the absence of comparable market prices*, cit. pag. 593.

le prestazioni di servizio. Riferite al caso concreto queste dimostrano dei limiti in ordine alla possibilità dei metodi del confronto del prezzo e del costo maggiorato di ricondurre a valore normale la transazione, depurandola dal maggiore importo nascosto nel prezzo di trasferimento.

Le perplessità applicative relative ai due metodi classici, oltre che all'effettiva possibilità di rinvenire operazioni simili per il metodo del confronto e l'indeterminatezza del costo per il metodo del costo maggiorato, sono fondamentalmente riconducibili alle condizioni riscontrate sul mercato che riferite al principio cardine del *dealing at arm's length*, ne costituiscono il principale limite come è dimostrato dall'esperienza degli ultimi anni.

Questi elementi hanno un'ulteriore ricaduta sui metodi "alternativi", di cui si prospetta una maggiore utilizzazione in un futuro prossimo, che basano la determinazione del valore normale sul livello dei profitti, a cui si aggiungono i limiti propri dei medesimi, che nella fattispecie non riuscirebbero a determinare il corretto valore dei prezzi, poiché l'utile nel caso specifico è espresso in funzione di elementi non omogenei e, pertanto, non paragonabili.

I tratti dell'analisi condotta tracciano un quadro di evidenti incertezze applicative in cui si profilano delle probabili smagliature nell'applicazione delle procedure per ricondurre i prezzi al loro valore normale. In questo contesto l'aspetto di maggiore interesse è sicuramente costituito dalle specifiche condizioni del mercato che costituiscono il denominatore comune tra i due metodi ammessi, in via principale, dalla normativa vigente.

ii) Mentre i metodi base dimostrano alcune perplessità in ordine alla loro efficacia applicativa, le disposizioni dei commi sette bis e ter costituiscono un limite certo in relazione alla completa indeducibilità dei costi derivanti da operazioni intercorse con Stati o territori aventi regime fiscale privilegiato. L'indeducibilità del costo è riferibile alla transazione riassicurativa e pertanto anche le operazioni di riassicurazione intercorse con società riassicuratrici localizzate nei paradisi fiscali, incorrono nel limite di irrilevanza fiscale che di fatto neutralizza gli ipotetici trasferimenti di utili.

Vorrei sottolineare che l'argomento assume una particolare rilevanza ove si consideri che le *captive companies* sono generalmente localizzate nei territori offshore, prevalentemente considerati privilegiati sotto il profilo del prelievo fiscale. Tuttavia bisogna tenere presente che le stesse disposizioni antielusive prevedono delle specifiche circostanze di esenzione.

Infine, nel riferire i principi operativi dei metodi base per ricondurre a valore normale una transazione nella realtà assicurativa, possiamo riscontrare che il principio del *dealing at arm's length* sembrerebbe incontrare dei limiti operativi dimostrati da incertezze applicative e probabili inattendibilità dei risultati di una loro applicazione. Al tempo stesso

le considerazioni svolte sull'applicabilità del metodo del costo maggiorato profilano le stesse incertezze riferite ai metodi basati sul profitto di cui il progetto di nuovo rapporto OCSE prospetta un maggiore utilizzo.

Lo stesso Rapporto del 1979 contenendo delle previsioni di carattere generale non dettava specifici criteri per particolari settori economici, lacerata che veniva colmata per il settore bancario con il Rapporto del 1984, e per il fatto di riferirsi ad una realtà economica caratterizzata, all'epoca, da una forte presenza del settore industriale e commerciale, tralasciava quello dei servizi e del terziario in genere che subiva un forte incremento negli anni successivi.

Inoltre nel paragrafo 8 del Rapporto del 1979 veniva puntualizzato che: "fuori dalla portata del Rapporto, poiché lo scopo è stato per quanto possibile di stabilire dei principi generali, è ogni tentativo di trattare con speciali problemi di prezzi di trasferimento riguardanti particolari industrie o particolari tipi di imprese"

Le esperienze normative interne di alcuni paesi in cui si sono adottati, seppure in forma subordinata rispetto ai metodi principali, interventi volti a contrastare i fenomeni elusivi attuati dalle compagnie assicurative, confermano l'impossibilità dei metodi base e del principio arm's length in generale di contrastare le alterazioni dei prezzi per spostare basi imponibili nello specifico comparto assicurativo.

Ma non solo: ove si consideri la struttura tipica del gruppo riferita all'integrazione dei comparti operativi dell'impresa nel suo contesto, appare evidente che gli aspetti esaminati possono avere riflessi di carattere fiscale in imprese che operano in settori differenti rispetto a quello assicurativo ma facenti parte di un'unica entità.

A questo punto la riflessione non si pone semplicemente sui possibili limiti delle procedure di controllo dei prezzi in funzione di uno specifico settore (anche se di consistenti dimensioni ed interessi), ma si estende a quelle entità sovranazionali che nel loro contesto comprendono il comparto assicurativo o semplicemente di una singola impresa riassicuratrice.

La riflessione acquista maggiore fondamento in considerazione della natura e della valenza elusiva del transfer price.

Giuseppe D'Andrea

IRAP and the recent tax agreement Italy-Usa *Sequel to a Congress: some considerations*

di Gemma Carallo

On October 28th 1999 the American Chamber of Commerce in Italy organised a Congress on the recent convention against double taxation of income between Italy and the USA, agreement that was signed on August 25th 1999 in Washington (1).

As well as IRPEF and IRPEG among the taxes 'creditable' in the US, the new Treaty (2), made up of 29 articles and a Protocol containing 8 provisions the function of which is one of clarification, also includes IRAP (Regional Tax on Productive Activities). It behoves one to mention that it is precisely the need to obtain recognition of the 'crediting' of this recent regional tax - applied in Italy as from 1998 - which has led to the tax agreements between the two countries being revised *in toto*.

During the Congress, expert in commercial law Achille Frattini, Vice President and Honorary Fiscal Advisor of the AmCham Italy, pointed out that between the convention of 1955 and that of 1985 thirty years had lapsed, whereas the need to alter the agreements of 1985 was felt only after fifteen years; due to the constant reforming activity in internal legislation, the speaker considered that agreements in future would need to be revised with greater frequency. The speaker then dwelled on an important aspect relating to those enterprises in need of tax planning: the convention should become effective as from January 1st 2000, but, realistically speaking this effectiveness will not come about before September 2000; also, news on when the new Treaty will be ratified in Italy is still not forthcoming. The central part of the second speech - Professor Guglielmo Maisto, teaching tax law at the Università Cattolica of Piacenza and Chairman of the Legal and Tax Committee at the AmCham Italy - addressed the personal scope of the convention. Prof. Maisto discussed the peculiarities of the convention; peculiarities to be found both in the differences when compared to the Oecd model and

(1) Said convention, already initialled but still to be ratified, now substitutes the Treaty signed in Rome on April 17th 1984, ratified in Italy with Law December 11th 1985 no. 763 becoming effective on December 30th 1985.

(2) Please note that from this point onwards we will be referring to the convention signed in Washington on August 25th 1999 as the 'new' Treaty.

in particular aspects that the US normally include in international conventions. Among these, we can mention the so-called saving clause, according to which, though the Treaty is applicable to residents of one or both Contracting States, both States may still apply to their own citizens internal provisions (this clause has been entirely transposed from the old to the new treaty). Still on the subject of personal scope of the convention, the speaker then noted that the 1999 convention does not diverge from the previous one in any considerable manner, since it is applied to residents - subject to the tax by virtue of a number of criteria (residence, domicile, place of management and so on) - legal persons, including trusts, and partnerships: a particularity we should mention is the fact that the 1985 convention used to apply only to resident partnerships, whereas the new treaty refers to the partners' residence and not to that of the partnership (under this aspect, therefore, the new treaty anticipates the recent Oecd trends). A further novelty with significant effects is that partnerships are now specifically part of the new formula which states that: 'the term 'person' includes an individual, a company, an estate, a trust (3), partnerships and any body of persons.' (article 3)

Article 4 of the convention contains the notion of 'resident of a Contracting State'. This expression means: 'any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of management, place of incorporation, or any other criterion of a similar nature'; this definition (which, moreover, is relevant with respect to pensions) is further stated in article 1 § 5 of the Protocol.

Business profits are regulated under article 5 (permanent establishment), following the criteria dictated by the 1977 Oecd model, whereas article 7 defines the procedures for determining the profits of permanent establishments. There are no substantial alterations appearing under the new article 5, unless we refer to § 5 which states that: 'an enterprise shall not be deemed to have a permanent establishment merely because it carries on business through a broker, general commission agent, or any other agent of an independent status, where such persons are acting in the ordinary course of their business as independent agents'; the last part, 'as independent agents' appears in the new version, and this seems a clarification of some importance.

(3) We should note here that in the Italian version the term 'trust' appears as 'associazione commerciale'. Since even Law October 16th no. 364 - which recognises trusts in Italy - does not translate the term in question, it might have been more appropriate to speak of trust in this context also, instead of using a locution which is bound to be reductive and which is probably incorrect.

Professor Maisto concluded with the substantial changes brought to the taxation of dividends (article 10) and interests (article 11), also pointing out that the anti-avoidance objectives of article 10 § 10 (4) and article 11 § 9 (5) might cause problems when ratifying. Big American enterprises and industries have referred to the introduction of these clauses as a 'coup de main' of the administration; the objection being that the avoidance phenomenon, which is, by the way, immensely common, cannot be counteracted with an international convention mainly because of the following: it would create an extremely important precedent, and because anti-avoidance laws should have a special *iter* for their approval, different to that which is followed in respect of conventional rules.

Lawyer Bruno Gangemi, Secretary for the Italian Section of the IFA, focused on issues relating to the IRAP, and explained how this tax has conditioned the negotiation of the Treaty. The latter is a particularly significant aspect seen that it was the very entry of IRAP, as earlier pointed out, in the Italian fiscal system which motivated renegotiations between Italy and the US. The 1985 Convention applied also to 'any identical or substantially similar taxes which are imposed by a Contracting State after the date of signature of this Convention in addition to, or in place of, the existing taxes.' (article 3). Gangemi underlined how the US negotiators firmly excluded that IRAP might be considered under article 3, since said tax does not fulfil American criteria in matter of direct taxes and that it absolutely cannot be considered an income tax. Article 44 does state that: 'for the purposes of the application of international treaties, the regional tax on productive activities is made equal to the revenue taxes abolished with article 36'; but one should not lose sight of the fact that said statement can only be relevant internally. The solution offered in the 1998 Agreement was one which had been hypothesised for the period going from the same Agreement to the conclusion of the Treaty. The issue of the crediting of IRAP has been resolved by making one entitled to a tax credit for the purposes of the income tax due in the United States, and limited to the part of tax paid (or due) on profits. In order to identi-

(4) Article 10 §10 states: 'The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the shares of other rights in respect of which the dividend is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment.'

(5) In the same way as above Article 11 §9 states: 'The provisions of this Article shall not apply if it was the main purpose or one of the main purposes of any person concerned with the creation or assignment of the debt-claim in respect of which the interest is paid to take advantage of this Article by means of that creation or assignment.'

fy said part, taxpayers will need to calculate on the IRAP that is due a percentage, which is the ratio between the taxable basis reduced by interest allowed and by non-deducted costs and the taxable basis on which the IRAP has actually been calculated.

Making IRAP equal to ILOR as direct tax is relevant, as mentioned earlier, only internally; however, an event occurred which rendered said statement relevant also with reference to the Agreement. This equalization has made the request legitimate, on the part of the US delegation, that American shipping and air transport (6) companies, then exempt from ILOR, should similarly be exempt from IRAP.

It might be argued that American shipping and air transport companies could be exempted from IRAP only to the extent to which this tax is recognised in the U.S.; the impossibility of being granted total exemption might result in the levying of partial taxation (7).

The Congress then saw the contribution of Siegfried Mayr, expert in commercial law in Milan, which examined recent conventional law material in respect of individual categories of incomes. The most important innovation is the introduction, alongside the corporate income tax, of the branch profits tax, to which the profits of permanent establishments of foreign companies are subject; the branch tax is equivalent to the tax on dividends which would be due if the branch had been a subsidiary of the foreign company and had distributed its profits as dividends. As for immovable property, the only new elements subsist in connection with that owned by Italian companies; the branch profits tax having here increased the level of taxation. There are no changes with regard to immovable property situated in Italy and owned by American companies. Article 25 states in § 5 that a board of arbitration may be resorted to, whereas in §2 it is stated that: 'any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States'.

Mayr then outlined the main novelties in matter of dividend taxation, the rates of which have been changed. 'Dividends paid by a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed

(6) Shipping and air transport companies are amongst the subjects required to keep account books under article 13 dpr no. 600, 1973, as all non-resident companies carrying on a business in Italy through a permanent establishment. The judgement of the Cassation, sez. I, April 8th - September 1st 1994, no. 7609, concerning a case in which a non-resident air transport company, referred to subsection 3 of the article in question stating that the obligation to keep account books is also a consequence of their role as withholding agents to be fulfilled in relation to remuneration given out.

(7) Further details on the introduction of IRAP in the Agreement, see comments expressed *infra*

in that other State' (article 10 §1); however, under article 10 §2, 'such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident' In the latter case, where the beneficial owner of the dividends is a resident in the other Contracting State then the rates of letter a and b of the same article shall apply. Letter a provides for a 5% of the gross amount of dividends if the beneficial owner is a company 'which has owned at least 25% of the voting stock of the company paying the dividends for a 12 month period'; in the 1985 Convention there appeared two different rates, percentages of 5 and 10, for 50% and 10% of the voting stock respectively. In all other cases, the rate has remained fixed at 15% of the gross amount of the dividends (article 10 letter b). With reference to the branch profits tax, which is also innovative as far as the regulation of dividend taxation is concerned, doubts surround its compatibility with article 1 § 18 of the Protocol, which does not allow for provisions contained in article 24 of the Convention to be construed (non-discrimination): 'Nothing in Article 24 (Non-discrimination) of the Convention shall be construed as preventing either Contracting State from imposing a tax as described in paragraph 6 of Article 10 (Dividends) or paragraph 8 of Article 11 (Interest) of the Convention.' Mayr's final point considered the importance of exceptions to the above mentioned regulations and described in article 10 paragraph 4, especially with reference to certain company set-ups for investments in the US - such as the *Regulated Investment Company* (8) and the *Real Estate Investment Trust* (9) - for which, where there is a distribution of profits, there are no benefits to take advantage of. As for taxation of interests, the main innovative aspect is to be found in paragraphs 8 and 9 of article 10. Under paragraph 8, in the case of the US, the excess amount of interests imputable to the business profits of a company which is resident in Italy but which same profits are attributable to a permanent establishment in the US - or are taxed therein - 'is considered as deriving from the US and received by a resident of the other Contracting State who is the beneficial owner of said part in excess'; paragraph 9 contains the anti-avoidance provision earlier looked at.

The bigger changes, however, are to do with how the taxation of royalties has been regulated (article 12); previous rates have been reduced

(8) The *Regulated Investment Company* is a typically American company set-up, also known as 'mutual fund'. Investors use RIC to effect extremely diversified investments, and then receive dividends and profits.

(9) The *Real Estate Investment Trust* is also an entity born of the American system and through it one invests solely in securities. In order that a company might be recognised as REIT, its structure needs to include certain characteristics; there are specific 'tests' to be carried out and shareholders need to satisfy certain requisites.

from three to two (5% of the gross amount in case of royalties for the use of, or the right to use, computer software or industrial, commercial, or scientific equipment; and 8% of the gross amount in all other cases), whereas there is exemption on royalties for the use of, or right to use, a copyright of literary, artistic or scientific work. Still on the subject of royalties, § 8 contains an anti-avoidance provision structured in the same way as those relating to dividends and interests.

The final contribution to the Congress had the expert in commercial law Luciano Olivieri further analysing some aspects of the anti-avoidance clause, as it appears in articles 10, 11 and 12 and in article 2 of the Protocol. These provisions are aimed at counteracting treaty shopping, a series of acts (formation of a company, or creation or assignment of shares, credits or rights of other kind) carried out in order to obtain the favourable conditions as contained in international Conventions. The US, which pays particular attention to the concept of 'substance over form', have already inserted an anti-avoidance clause alongside that of the 'beneficial owner' (10) in numerous international Conventions (11).

Already the 1985 Convention contained a provision aimed at contrasting the abuse of the Treaty: we are referring here to article 2 of the Protocol. The applicability of this legislative provision - which has proved to be of little effect - was, however, subordinated to the auditing by the administration of the other State to check whether an abuse was actually intended. Today, those who carry on in the state of residence an activity which is deemed substantial for the purposes of the Convention compared to an activity carried on in the source state may be entitled to the benefits offered by this Convention; parameters used in order to identify if an industrial or commercial activity is substantial for the purposes of the Convention are to be found in articles 2 §3 letter c of the Protocol. The discretion clause appearing in article 2 §4 of the Protocol also deserves a mention: 'a resident of a Contracting State not otherwise entitled to benefits may be granted benefits of the Convention if the competent authority of the State from which benefits are claimed so determines'.

Having described the comments put forward during the Congress, it seems fitting to analyse a few aspects of the essence of IRAP, considera-

(10) In common law countries, the term 'beneficial owner' defines the person who actually enjoys the benefits deriving from a legislative provision, as opposed to the 'legal owner' who instead might simply be the person who 'appears' to be the one entitled to the benefits.

(11) Among these, one should particularly note the Agreements concluded between the US and Holland, France, Belgium, and Luxembourg.

tions that go beyond the practical solutions offered to the problem with reference to the Convention Italy-USA.

Conventions against double taxation have always been effective in respect of income taxes only (article 2 Oecd model); and it is in this context, as mentioned earlier, that the different criteria adopted - principle of the source of income, world-wide principle, nationality - may come to be superimposed thus giving rise to double taxation. The issue of double taxation clearly does not arise with taxation other than that on income; stamp duties, inheritance taxes and local taxes have never caused a problem of 'overlap' in two or more systems.

Being that IRAP is a local tax, which, moreover, does not hit income, but a productive activity, it is hard to have it occupy a place among the taxes 'considered' in a Convention against international double taxation.

Making IRAP equal to ILOR has not proved useful either in matters of adjusting international Treaties, which cannot be amended by an internal provision, or, with respect to solving the problem of those already exempted from ILOR, and who now find themselves subject to a new tax. For this group, a tax increase (12) has materialised since, before the 'Visco reform', one could be exempted from ILOR and deduction could be admitted; instead, with IRAP, the characteristic of schedular tax in the same way as the criteria for determining the taxable basis, make it impossible to consider IRAP an income tax. And this, on an international level, means that foreign investments in Italy are penalised (13).

In the attempt to solve these problems, it has been maintained that IRAP should be considered, at least in part, an income tax, and this would be through matching it to ILOR thus making it deductible following the same conditions established in matter of ILOR deduction.

By using such an approach, not only have there been misunderstandings with repercussions both internally and internationally, but, more importantly, a political interpretation/solution has inappropriately been supplied on a matter that is essentially technical.

Gemma Carallo

(12) Part of the *doctrine* moves away from such formulation. On one hand, it does not seem likely that foreign investors might be discouraged by a somewhat contained tax increase. And, on the other, the view has been supported that: 'the potential negative effect on the tax load will need to be assessed against the positive effects deriving from the application of other legislative decrees pertaining to the tax reform.' (Sigfried Mayr, *IRAP per i non residenti: considerazioni contro corrente*, in Corr. Trib. 1/1998, page 11).

(13) Said penalisation results from both the greater tax load on foreign companies and from the fact that deduction of IRAP from taxes owed in the foreign state is not permitted.

L'IRAP e il recente Patto Fiscale Italia-USA *Riflessioni a margine di un Convegno*

Gemma Carallo

Il 28 ottobre 1999 si è tenuto a Roma un Convegno di studi organizzato dall'American Chamber of Commerce in Italy sulla recente Convenzione tra Italia e Stati Uniti contro la doppia imposizione dei redditi, firmata il 25 agosto 1999 a Washington (1).

Il nuovo Trattato (2), composto di 29 articoli e di un Protocollo che contiene otto disposizioni con una funzione prevalentemente chiarificatrice, oltre ad IRPEF e IRPEG, include tra le imposte "accreditabili" negli USA anche l'Imposta Regionale sulle Attività Produttive (IRAP). Vale la pena ricordare che proprio la necessità di ottenere il riconoscimento della accreditabilità della recente imposta regionale – applicata in Italia a partire dal 1998 – ha portato alla revisione *in toto* degli accordi fiscali già esistenti tra i due Paesi.

Nel corso del Convegno, il Dott. Achille Frattini, Vice Presidente e Honorary Fiscal Advisor dell'AmCham Italy, sottolineava come, mentre tra la Convenzione del 1955 e quella del 1985 erano trascorsi trent'anni, la necessità di una modifica agli Accordi dell'85 si è fatta sentire dopo soli quindici anni; in virtù delle continue riforme delle legislazioni interne, il relatore prospettava per il futuro revisioni degli accordi ancora più frequenti. Il Dott. Frattini rilevava poi un aspetto importante per quelle imprese che hanno la necessità di effettuare un *tax planning*: la Convenzione dovrebbe entrare in vigore il primo gennaio 2000, ma realisticamente ciò non avverrà prima del settembre 2000; inoltre, a tutt'oggi, non si ha notizia di quando il nuovo Trattato sarà ratificato in Italia. Il tema dell'ambito di applicazione soggettiva della nuova Convenzione ha costituito la parte centrale della seconda relazione, tenuta dal Prof. Guglielmo Maisto, docente di Diritto Tributario all'Università Cattolica di Piacenza e Presidente del Comitato Legal and Tax dell'AmCham Italy. Il Prof. Maisto rilevava come la Convenzione presenti alcune peculiarità, dovute sia

402

(1) Questa Convenzione, già siglata ma non ancora ratificata, sostituisce il Trattato firmato a Roma il 17 aprile 1984, ratificato in Italia con Legge 11 dicembre 1985 n°763 ed entrato in vigore il 30 dicembre 1985.

(2) Da questo momento, ci si riferirà alla Convenzione firmata a Washington il 25 agosto 1999 come al "nuovo" Trattato.

ad una serie di differenze rispetto al modello OCSE, che ad alcune particolarità che gli Stati Uniti sono soliti includere nelle Convenzioni internazionali. Tra queste, la c.d. clausola di salvaguardia, secondo cui, nonostante il Trattato si applichi ai residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti, è pur sempre possibile in entrambi i Paesi applicare ai propri cittadini le norme interne (clausola integralmente riportata dal vecchio al nuovo Trattato). Rilevava inoltre il relatore che, con riferimento all'ambito di applicazione soggettiva, la Convenzione del 1999 non si discosta di molto dalla precedente, in quanto si applica ai residenti - assoggettati ad imposta in virtù di vari criteri (residenza, domicilio, sede e così via) - alle persone giuridiche, compresi i *trusts*, e alle società di persone: una particolarità consiste nel fatto che la Convenzione del 1985 si applicava solamente alle società di persone residenti, mentre nel nuovo Trattato, che si pone per tale aspetto in una posizione anticipatrice rispetto alle recenti tendenze dell'OCSE, non si fa più riferimento alla residenza delle società di persone, bensì a quella dei soci. Un'altra novità che ha effetti sostanziali significativi è che alle società di persone si fa espressamente riferimento laddove si specifica che "il termine 'persona' comprende le persone fisiche, le società, un patrimonio ereditario (*estate*), un'associazione commerciale (*trust*) (3), le società di persone ed ogni altra associazione di persone" (art. 3).

L'art. 4 della Convenzione individua la nozione di "residente di uno Stato contraente", specificando che questa locuzione "designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione, del suo luogo di costituzione, o di ogni altro criterio di natura analoga"; questa definizione (rilevante, tra l'altro, con riferimento ai fondi pensione) è ulteriormente specificata all'art.1 par.5 del Protocollo.

I redditi di impresa sono regolati all'art. 5 ("Stabile organizzazione"), che segue i criteri dettati dal modello OCSE del 1977, mentre l'art. 7 specifica le modalità di determinazione del reddito della stabile organizzazione. L'articolo 5 non presenta modifiche sostanziali rispetto al precedente, se non al paragrafo 5 dove si afferma che non si è in presenza di stabile organizzazione quando l'attività è svolta "per mezzo di un media-

(3) Si fa notare che nella versione italiana dell'Accordo il termine "*trust*" appare come "associazione commerciale". Dal momento che neppure la Legge 16 ottobre 1989, n. 364 - che riconosce il *trust* in Italia - fornisce una traduzione del termine in questione, poteva forse essere più appropriato parlare di *trust* anche in questa sede, piuttosto che utilizzare una locuzione sicuramente riduttiva e probabilmente non corretta.

tore, di un commissionario generale o di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente, a condizione che dette persone agiscano nell'ambito della loro ordinaria attività di agenti indipendenti"; la novità consiste nell'inserimento della specificazione "di agenti indipendenti", ciò che sembra una chiarificazione di una certa importanza.

Con riferimento agli articoli 10 e 11, infine, il Prof. Maisto evidenziava le sostanziali modifiche apportate alla tassazione dei dividendi (art. 10) e degli interessi (art. 11), rilevando inoltre che le finalità antielusive dell'art. 10 par.10 (4) e dell'art. 11 par.9 (5) potrebbero creare problemi in sede di ratifica. L'introduzione di queste clausole è stata qualificata dalle industrie e dalle grandi imprese statunitensi come un "colpo di mano" dell'amministrazione; l'obiezione è che il fenomeno dell'elusione, peraltro estremamente diffuso, non può essere contrastato nell'ambito di una Convenzione internazionale sia perché ciò creerebbe un precedente di grande importanza, sia perché eventuali norme antielusive dovrebbero avere un particolare *iter* di approvazione, diverso da quello seguito per le norme pattizie.

La relazione dell'Avv. Bruno Gangemi, Segretario della Sezione Italiana dell'International Fiscal Association, si è incentrata sulle problematiche afferenti l'IRAP, chiarendo in che modo l'imposta in questione ha condizionato la negoziazione del Trattato. È questo un aspetto di fondamentale importanza poiché, come si è avuto occasione di rilevare, proprio l'ingresso dell'IRAP nel sistema fiscale italiano ha dato impulso alla rinegoziazione degli Accordi Italia-USA. La Convenzione del 1985 si applicava anche "alle imposte di natura identica o analoga che verranno istituite da uno Stato contraente dopo la data della firma della presente Convenzione in aggiunta o in sostituzione delle imposte attuali" (art. 3). L'Avv. Gangemi sottolineava che i negoziatori degli Stati Uniti hanno fermamente escluso la possibilità di ricomprendere l'IRAP nella fattispecie di cui all'art. 3, in quanto tale imposta non soddisfa i criteri statunitensi concernenti l'individuazione delle imposte dirette e non può in nessun modo essere considerata un'imposta sul reddito. Vero è che ai sensi dell'ar-

(4) Recita l'art.10 par.10: "Le disposizioni del seguente articolo non si applicano se lo scopo principale o uno degli scopi principali di una persona interessata alla costituzione o al trasferimento delle azioni o di altri diritti in relazione ai quali sono pagati i dividendi sia stato quello di ottenere i benefici del seguente trattato per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento".

(5) Nello stesso senso l'art.11 par.9: " Le disposizioni del seguente articolo non si applicano se lo scopo principale o uno degli scopi principali di una persona interessata alla costituzione o al trasferimento dei crediti in relazione ai quali sono pagati gli interessi sia stato quello di ottenere i benefici del seguente trattato per mezzo di detta costituzione o di detto trasferimento".

articolo 44, "ai fini dell'applicazione dei trattati internazionali, l'imposta regionale sulle attività produttive è equiparata ai tributi erariali aboliti con l'articolo 36"; ma bisogna tener presente che si tratta di un'affermazione che può avere rilevanza solo ai fini interni. La soluzione data al problema è quella che, nell'Accordo del marzo 1998, era stata ipotizzata solo per il periodo transitorio che andava dall'Accordo stesso alla conclusione del Trattato. Il problema dell'accreditabilità dell'IRAP è stato risolto prevedendo che tale tributo darà diritto a un credito d'imposta ai fini dell'imposta sul reddito dovuta negli Stati Uniti, limitato alla parte del tributo pagato (o dovuto) sugli utili. Per individuare tale parte, i contribuenti dovranno applicare all'IRAP dovuta una percentuale, costituita dal rapporto tra la base imponibile decurtata degli interessi passivi e dei costi di lavoro non dedotti e la base imponibile su cui è stata effettivamente calcolata l'IRAP.

L'equiparazione dell'IRAP all'ILOR come imposta diretta ha, come già sottolineato, rilevanza esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento interno; esiste però una circostanza in cui tale affermazione ha assunto rilievo anche con riferimento all'Accordo. Tale equiparazione, infatti, ha legittimato la richiesta da parte della delegazione statunitense di mantenere l'esenzione già prevista per l'ILOR a favore delle società americane di navigazione marittima e aerea (6), anche con riferimento all'IRAP. Di contro, è possibile sostenere che le società di navigazione marittima e aerea statunitensi potrebbero essere esenti da IRAP solo nella misura in cui questa imposta sia riconosciuta negli Stati Uniti; così, l'impossibilità di configurare l'esenzione totale renderebbe ipotizzabile un parziale assoggettamento ad imposta (7).

I lavori del Convegno sono proseguiti con la relazione tenuta da Siegfried Mayr, Dottore Commercialista in Milano, che ha esaminato le novità con riferimento alla disciplina convenzionale dei singoli redditi. La più importante novità è l'introduzione, accanto alla "corporate income tax", della "branch profits tax", che colpisce i profitti realizzati dalle sta-

(6) Le società di navigazione marittima e aerea sono annoverate fra i soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili ai sensi dell'art. 13 del DPR n. 600 del 1973, come tutte quelle società non residenti che esercitano un'attività in Italia mediante una stabile organizzazione. La Sentenza della Cassazione, sez. I, 8 aprile - 1° settembre 1994, n. 7609, riferendosi al caso di una compagnia di navigazione aerea non residente, richiamava il comma 3 dell'articolo in questione affermando che l'obbligo di tenuta delle scritture contabili discende anche dal ruolo di sostituti di imposta che tali società rivestono in relazione ai compensi corrisposti.

(7) Per ulteriori precisazioni sull'introduzione dell'IRAP nel Accordo, si vedano le considerazioni espresse *infra*.

bili organizzazioni di imprese residenti all'estero; la "branch tax" è l'equivalente dell'imposta sui dividendi normalmente dovuta nel caso in cui la succursale sia una sussidiaria della società straniera che abbia distribuito i profitti sotto forma di dividendi. Per quanto riguarda gli immobili, le uniche novità si hanno con riferimento a quelli posseduti da società italiane, per i quali la *branch profits tax* ha portato un aumento della tassazione; non ci sono invece variazioni per gli immobili posseduti in Italia da società americane. L'articolo 25 contempla al paragrafo 5 il ricorso ad arbitrato, mentre al paragrafo 2 è previsto che ogni accordo raggiunto dovrà "essere adempiuto nonostante i limiti temporali previsti dalla legislazione nazionale degli Stati contraenti".

Il Dott. Mayr ha poi illustrato le principali novità in materia di tassazione dei dividendi, per i quali si è assistito ad una variazione nelle aliquote. In linea generale, "i dividendi pagati da un residente di uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente, sono imponibili in detto altro Stato" (art.10 par.1); tuttavia, ai sensi dell'articolo 10 par.2, "tali dividendi possono essere tassati anche nello Stato contraente di cui la società che paga i dividendi è residente". Nella seconda ipotesi, qualora l'effettivo beneficiario dei dividendi sia residente nell'altro Stato, è necessario rispettare le aliquote previste alle lett. a e b dello stesso articolo. La lett. a prevede un'aliquota del 5% dell'ammontare lordo dei dividendi se il beneficiario è una società "che ha posseduto almeno il 25% delle azioni con diritto di voto della società che paga i dividendi per un periodo di 12 mesi"; nella Convenzione dell'85 erano previste due differenti aliquote - rispettivamente del 5% e 10% - per partecipazioni di entità diversa - superiori al 50% e al 10%. In tutti gli altri casi, l'aliquota è rimasta invariata al 15% dell'ammontare lordo dei dividendi [art.10 lett. b)]. Con riferimento alla "branch profits tax", principale novità anche nella regolamentazione della tassazione dei dividendi, sono sorti dubbi circa la sua compatibilità con l'art.1 par.18 del Protocollo, che vieta di interpretare le disposizioni di cui all'art. 24 (non discriminazione) "nel senso che impediscano a ciascuno Stato contraente di applicare un'imposta così come prevista nel paragrafo 6 dell'articolo 10 (Dividendi) o nel paragrafo 8 dell'articolo 11 (Interessi)". Il Dott. Mayr sottolineava, infine, l'importanza delle eccezioni alla predetta regolamentazione previste dall'art.10 par.4, soprattutto con riferimento ad alcune forme societarie per gli investimenti negli Stati Uniti - quali la *Regulated Investment Company* (8) e la *Real*

(8) La *Regulated Investment Company* è una forma societaria tipicamente americana, conosciuta anche come "mutual fund". Gli investitori fanno confluire dei fondi nella RIC allo scopo di effettuare investimenti estremamente diversificati, per poi percepire i dividendi e gli utili realizzati.

Estate Investment Trust (9) – per le quali, in caso di distribuzione degli utili, non è prevista la possibilità di usufruire di alcun beneficio. Per quanto riguarda la tassazione degli interessi, la principale novità è l'introduzione dei paragrafi 8 e 9 nell'articolo 10. Ai sensi del par.8, nel caso degli Stati Uniti, l'eccedenza dell'ammontare degli interessi imputabili agli utili di una società residente in Italia ma attribuibili ad una stabile organizzazione negli USA – o ivi assoggettati ad imposta – “si considera proveniente dagli Stati Uniti e percepita da un residente dell'altro Stato contraente che ne è il beneficiario effettivo”; il paragrafo 9 contiene la norma “antiabuso” già esaminata *supra*.

Le maggiori novità si ritrovano comunque nella regolamentazione della tassazione delle *royalties* (art. 12); le precedenti aliquote sono state ridotte da tre a due (5% dell'ammontare lordo nel caso di canoni corrisposti per l'uso o la concessione in uso di *software per computer*, di attrezzature industriali commerciali o scientifiche; 8% in tutti gli altri casi), mentre è stata prevista l'esenzione per i canoni corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche. Anche con riferimento alle *royalties* è stata introdotta, al paragrafo 8, una disposizione “antiabuso” strutturata allo stesso modo di quelle previste per i dividendi e gli interessi.

Nell'ultimo intervento del Convegno Luciano Olivieri, Dottore Commercialista in Milano, ha ulteriormente approfondito alcuni aspetti della clausola “antiabuso”, contenuta sia negli art. 10, 11 e 12, sia nell'art. 2 del Protocollo. Sono queste norme con finalità antielusive mirate ad impedire il fenomeno del *treaty shopping*, che si sostanzia in una serie di comportamenti (costituzione di società, ovvero costituzione o trasferimento di azioni, crediti o diritti di altro genere) posti in atto al fine di ottenere le condizioni particolarmente favorevoli previste dalle varie Convenzioni internazionali. Gli Stati Uniti, particolarmente attenti al concetto di “*substance over form*”, hanno già inserito la clausola antiabuso accanto a quella del “*beneficial owner*” (10) in numerose Convenzioni internazionali (11). Già la Convenzione dell'85 conteneva una disposizione che mirava ad impedire l'abu-

(9) Anche la *Real Estate Investment Trust* è un'entità formatasi nell'ambito dell'ordinamento americano, ma tramite di essa si effettuano esclusivamente investimenti di tipo immobiliare. Perché una società sia riconosciuta come REIT, deve avere una struttura con particolari caratteristiche, che superi specifici “*tests*”, e i suoi azionisti devono soddisfare i requisiti previsti.

(10) Nei Paesi di *common law*, il termine *beneficial owner* indica colui che realmente gode dei benefici derivanti da una disposizione legislativa, in contrapposizione al *legal owner* che potrebbe anche essere un titolare apparente del beneficio.

(11) Tra queste, ricordiamo gli Accordi conclusi dagli Stati Uniti con l'Olanda, la Francia, il Belgio, il Lussemburgo.

so del Trattato: si fa qui riferimento all'art. 2 del Protocollo. L'applicabilità di questa previsione normativa – che ha dimostrato di avere scarsa efficacia – era però subordinata ad un accertamento dell'Amministrazione dell'altro Paese mirato a verificare la sussistenza di una concreta volontà di effettuare un abuso. Oggi, hanno diritto ad usufruire dei benefici della Convenzione coloro che svolgono nello Stato di residenza un'attività *sostanziale* rispetto all'attività svolta nello Stato della fonte; i parametri per determinare se un'attività industriale o commerciale sia sostanziale si ritrovano all'art. 2 par. 3 lett. c del Protocollo. Merita di essere menzionata, infine, la c.d. clausola discrezionale (art. 2 par.4 del Protocollo), secondo cui l'Amministrazione di uno Stato può valutare che una società, benché non soddisfi i parametri richiesti, "meriti" comunque di beneficiare del Trattato.

Dopo aver riferito le considerazioni esposte nel corso del Convegno, sembra opportuno svolgere alcune riflessioni sull'effettiva natura dell'IRAP, al di là delle soluzioni pratiche che sono state date al problema nell'ambito della Convenzione Italia-USA.

Le Convenzioni contro la doppia imposizione hanno sempre avuto efficacia esclusivamente con riferimento alle imposte sui redditi (art. 2 modello OCSE): è in quest'ambito che, come già rilevato *supra*, i diversi criteri adottati dagli Stati – principio della fonte del reddito, *world-wide principle*, principio della nazionalità – si possono "incrociare" dando luogo al fenomeno della doppia imposizione. È pacifico che la questione della doppia imposizione non si è mai posta con riferimento a tributi diversi dalle imposte sul reddito – quali le imposte di registro, di successione, o le imposte locali – per le quali non si è mai avuto un problema di "sovrapposizione" di due o più ordinamenti.

Essendo l'IRAP un'imposta locale, che peraltro non colpisce un reddito, bensì un'attività produttiva, non si vede in che modo la si possa far rientrare tra le imposte "considerate" nell'ambito di una Convenzione contro la doppia imposizione internazionale.

L'equiparazione dell'IRAP all'ILOR non si è rivelata utile né per l'adeguamento dei Trattati internazionali, che non possono essere modificati da una norma interna, né per risolvere il problema di quei soggetti già esenti dall'ILOR, ora assoggettati ad una nuova imposta. Per questi soggetti si è verificato un aggravio dell'imposizione (12) poiché, prima

(12) Parte della dottrina si discosta da tale impostazione. Da un lato, non si ritiene verosimile l'ipotesi secondo cui gli investitori stranieri sarebbero scoraggiati da un aggravio del carico fiscale non eccessivamente rilevante. Dall'altro, è stato sostenuto che "il possibile effetto negativo sul carico fiscale dovrà essere valutato alla luce degli eventuali effetti positivi derivanti dall'applicazione degli altri decreti legislativi della riforma tributaria" (SIGFRIED MAYR, *IRAP per i non residenti: considerazioni contro corrente*, in "Cort. Trib." 1/1998, pag.11).

della "riforma Visco", per l'ILOR potevano essere previste l'esenzione ovvero la deducibilità; al contrario, con riferimento all'IRAP, il carattere di imposta reale così come i criteri di determinazione della base imponibile, rendono evidente l'impossibilità di configurare questo tributo come un'imposta sui redditi. Questo, a livello internazionale, significa penalizzazione per gli investimenti esteri in Italia (13).

Nel tentativo di risolvere questi problemi, è stato sostenuto che l'IRAP doveva essere considerata, almeno in parte, un'imposta sul reddito, e ciò mediante l'equiparazione all'ILOR che avrebbe consentito la detraibilità dell'IRAP alle medesime condizioni per cui era prevista la detraibilità dell'ILOR.

Così facendo, non solo si è venuto a creare un equivoco che ha avuto ripercussioni tanto in ambito internazionale quanto a livello interno, ma soprattutto si è voluto dare una soluzione di tipo politico ad un problema di natura essenzialmente tecnica.

Gemma Carallo

(13) Tale penalizzazione discende sia dal maggior carico fiscale gravante sulle imprese straniere che dall'impossibilità di detrarre l'IRAP dalle imposte dovute nel Paese estero.