



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

3 • 2002

settembre-dicembre

 **DEAGOSTINI
PROFESSIONALE**

Roma - 2003

il fiscovideo

Banca Dati su CD Rom

Da sedici anni l'aggiornamento fiscale a 360°



Tempestivo

11 CD Rom all'anno garantiscono la pronta disponibilità della documentazione tributaria più recente, consentendo un puntuale aggiornamento

Facile

Le molteplici opzioni disponibili per operare le ricerche ed i rinvii ai documenti correlati consentono di navigare all'interno della banca dati con semplicità e ottimizzare i risultati della consultazione

Completo

- Legislazione Tributaria dal 1910 ad oggi • Istruzioni Ministeriali • Giurisprudenza annotata e commentata
- Scadenziario • Formulario • Convenzioni internazionali
- Articoli esplicativi e di dottrina per l'approfondimento

Compatibile con:
Windows 9x/ME
Windows NT/2000

fiscovideo + fisconline

Abbonamento compact disc ed Internet
per un aggiornamento quotidiano in tempo reale.

Distribuzione De Agostini Professionale S.p.A. - Novara - Roma
Viale Maresciallo Pilsudski, 124 - 00197 Roma
Tel. (numero verde) 800.86.80.91 - Fax 06.80.79.223

CESSIONE GRATUITA
IVA ASSOLTA DALL'EDITORE
(ART. 74, C/, DPR n° 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

COMITATO SCIENTIFICO
SCIENTIFIC BOARD

Ruben ASSOREY (*Argentina*) - Domenico DA EMPOLI (*Italia*) - Feng DATONG (*Cina*)
Patrick DIBOUT (*Francia*) - Hans FLICK (*Germania*) - Gábor FOLDES (*Ungheria*)
Eusebio GONZÁLES GARÇÍA (*Spagna*) - 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*)

REDAZIONE
EDITORIAL STAFF

Lorenzo AGO, Fabrizio AMATUCCI, Francesco AMYAS D'ANIELLO, Teresa ARAGNO, Andrea BODRITO,
Gemma CARALLO, Alberto COMELLI, Serenella CRISAFULLI, Giuseppe D'ANDREA, Guglielmo FRANSONI,
Cristiano GARBARINI, Carlo GARBARINO, Massimiliano GIORGI, Carla LOLLIO, Antonio LOVISOLO,
Tommaso MAGLIONE, Giuseppe MARINI, Giuseppe MARINO, Luca C.M. MELCHIONNA, Enzo PACE, Pasquale PISTONE,
Alberto POZZO, Franco ROCCATAGLIATA, Carlo ROMANO, Carmine ROTONDARO, Gianmarco TARDELLA,
Héleno TAVEIRA TORRES, Silvia TERRADOS MOLLEDO, Maria Nicola VILLANI

COORDINATORE DELLA REDAZIONE
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.ilfisco.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

QUOTE ABBONAMENTI

1. Abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (3 numeri l'anno), minimo 250 pagine a numero, Euro 103,00 (\$ 103,00)
2. Abbonamento alla rivista settimanale "il fisco", fascicoli 1 e 2 (48 numeri l'anno), minimo 12.000 pagine l'anno + abbonamento alla "Rivista di diritto tributario internazionale" (3 numeri l'anno), minimo 250 pagine a numero, Euro 320,00 (\$ 320,00)
3. Una singola copia della "Rivista di diritto tributario internazionale", Euro 36,00 (\$ 36,00)
4. Raccolta "Rivista di diritto tributario internazionale", anni 1999-2000-2001, Euro 104,00 (\$ 104,00) per ciascuna annata

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

ETI ■ De Agostini Professionale S.p.A.
Viale Maresciallo Pilsudski, 124 - 00197 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)

 **DEAGOSTINI
PROFESSIONALE SPA**

Viale Mazzini, 25 - 00195 Roma
Ufficio abbonamenti: Tel. 199.164.164 - Fax 06.32.17.808 - 06.32.17.466
<http://www.ilfisco.it/> • E-mail: mc9423@mcmlink.it

INDICE

CONTENTS

Sezione I - Dottrina *Section I - Academic Writings*

- **Pietro Adonnino**
 - *Profili impositivi delle imprese di trasporto aereo e marittimo* 7
 - *Tax regimes of shipping and air transport enterprises* 50
- **Martin Lausterer**
 - *Taxation of permanent establishments: issues and perspectives from the European Court of Justice* 88
 - *L'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni – Prospettive dalla Corte di Giustizia europea* 116
- **Nicola Pennella**
 - *La direttiva 65/2000/CE sul debitore d'imposta Iva per le operazioni effettuate in un altro Stato membro e la sua attuazione in Italia* 146
 - *VAT Directive 65/2000/EC on the person liable for payment of tax for transactions carried out in another Member State and its implementation in Italy* 171

Sezione II - Giurisprudenza *Section II - Decisions of the Courts*

II - A) Giurisprudenza dell'Unione Europea *EU Case-law*

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

- 1A) **Concept of “court or tribunal of a Member State” within the meaning of Article 234 EC – Lack of jurisdiction of the Court of Justice** (Fifth Chamber, Judgment May 30, 2002, C-516/99, *with note of Pasquale Pistone*) 197
- 1B) **Libertà di circolazione dei capitali – Giurisdizione nazionale ai sensi dell'art. 234 CE – Incompetenza della Corte** (Sezione V, Sentenza 30 maggio 2002, C-516/99, *con nota di Pasquale Pistone*) 202

Sezione III - Documentazione *Section III - Laws, administrative practice and other official documentation*

- **Parere del Comitato economico e sociale riguardante “L'impo-**

<p>sizione diretta delle imprese” (2002/C 241/14) – 7.10.2002 IT C 241/75 Gazzetta ufficiale delle comunità europee (<i>con nota di Francesco Amyas d’Aniello</i>)</p> <p>- Opinion of the Economic and Social Committee on “Direct company taxation” (2002/C 241/14) – 7.10.2002 EN C 241/75 Official Journal of the European Communities (<i>with note of Francesco Amyas d’Aniello</i>)</p> <p>• Italia – Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni</p> <p>- Lo scambio di informazioni nella Convenzione fra l’Italia e l’Ucraina in materia fiscale (<i>con nota di Serenella Crisafulli</i>)</p> <p>• Italy – Double taxation conventions</p> <p>- The exchange of information in the Convention between Italy and Ukraine for tax purposes (<i>with note of Serenella Crisafulli</i>)</p>	<p>219</p> <p>248</p> <p>276</p> <p>284</p>
--	---

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

<p>• Pietro Antonini</p> <p>- <i>La compatibilità della normativa sulle CFC con i trattati internazionali in materia di doppia imposizione (abstract)</i></p> <p>- <i>The compatibility of CFC legislation with tax treaties (testo integrale)</i></p> <p>• Pasquale Pistone e Carlo Romano</p> <p>- <i>Report on the proceedings of the 56th Congress of the International Fiscal Association – Oslo 25-29 August 2002</i></p>	<p>295</p> <p>297</p> <p>348</p>
--	----------------------------------

Sezione I - Dottrina
Section I - Academic Writings

Profili impositivi delle imprese di trasporto aereo e marittimo (*)

Prof. Avv. Pietro Adonnino (**)

SOMMARIO: **Parte prima** - Caratteristiche della relazione ed aspetti rilevanti considerati - 1. Oggetto della relazione e suoi confini - 2. Le *guidelines* e le relazioni nazionali - 3. Carattere derogatorio delle norme e valenza emblematica delle stesse - 4. Profili impositivi presi in considerazione - 5. Caratteristiche della relazione - 6. La collocazione delle norme di riferimento - 7. Le norme di riferimento rilevanti - 8. Requisiti e classificazioni - 9. Elementi di necessaria considerazione - 10. Il quadro della questione - 11. I soggetti - 12. I mezzi - 13. I contratti - 14. L'esercizio di navi ed aeromobili - 15. La territorialità - 16. Le attività fondamentali - 17. Le attività ausiliarie - 18. Le attività ausiliarie tipiche del trasporto aereo - **Parte seconda** - I profili impositivi del reddito negli ordinamenti nazionali - 19. Gli ordinamenti tributari nazionali - 20. I soggetti passivi - 21. Regimi speciali per le imprese di trasporto marittimo ed aereo - 22. La determinazione della base imponibile - 23. La doppia imposizione sugli utili distribuiti - 24. Strumenti delle norme interne per evitare le doppie imposizioni internazionali - 25. Le norme antiabuso - 26. I tributi locali - 27. La crisi della competitività delle flotte e la *tonnage tax* - **Parte terza** - Profili impositivi convenzionali - 28. Le convenzioni internazionali - 29. I rapporti tra convenzioni generali e speciali - 30. La storia e l'evoluzione dell'art. 8 - 31. I tributi considerati dalla Convenzione - 32. Il traffico internazionale - 33. Il luogo di direzione effettiva - 34. L'esercizio di navi e aeromobili - 35. Attività esercitata per mezzo di stabile organizzazione - 36. Le norme antielusive convenzionali

7

PARTE PRIMA - Caratteristiche della relazione ed aspetti rilevanti considerati

1 - Oggetto della relazione e suoi confini

1.1 - L'ILADT torna a discutere del regime tributario delle imprese di trasporto aereo e marittimo che era stato già affrontato in un *Seminario* del 1992 ed al quale avevano contribuito con relazioni, per quanto ho potuto accertare, l'Argentina, il Brasile, l'Ecuador, l'Italia, il Messico, l'Uruguay ed il Venezuela.

(*) Testo riveduto della relazione presentata alle XXI Jornadas ILADT (Istituto Latino Americano de Derecho Tributario) Barcellona-Genova 31/8-6/9/2002.

(**) Università di Roma "La Sapienza".

Il tema era stato anche in precedenza discusso durante un Congresso dell'IFA a Bruxelles nel 1952.

Oggi, a distanza di cinquant'anni dal Congresso dell'I.F.A. e di dieci anni dal *Seminario* dell'ILADT, il tema presenta caratteristiche più complesse, più articolate, le norme sia degli ordinamenti interni che degli ordinamenti internazionali hanno subito perfezionamenti e la dottrina le ha commentate con maggiore puntualità ed articolazione.

1.2 - Il trasporto aereo e marittimo viene sostanzialmente esaminato *unitariamente* in considerazione dei tanti aspetti comuni, con evidenziazione e differente valutazione degli aspetti rilevanti propri di ciascuna attività.

Le *attività* prese in considerazione sono quelle svolte sia a livello *nazionale* che a livello *transnazionale* con particolare attenzione a queste ultime, per quanto appresso si dirà.

Si tratta dei modi in cui le attività vengono espresse, sia principali che ausiliarie, oggettivamente considerate.

2 - Le *guidelines* e le relazioni nazionali

2.1 - Il tema è ampio ed ha richiesto l'acquisizione di elementi dalle relazioni nazionali ricevute, che sono state, sia pure con diversa ampiezza, redatte in base alle *guidelines* che avevo inizialmente inviato, anche se questa relazione è concepita con respiro soprattutto internazionale, tenuto conto del contesto cui viene riferita.

È stato necessario acquisire le richieste informazioni per poterne trarre gli elementi comuni o sottolinearne gli aspetti divergenti ai fini di una maggiore focalizzazione di questa relazione sugli aspetti delle attività transnazionali.

Tali aspetti sono stati anche trattati nelle relazioni nazionali che, però, ovviamente, hanno dedicato ampi spazi alla legislazione di diritto interno.

Questa relazione fa dunque riferimento alle relazioni nazionali quanto al trattamento tributario delle imprese previsto dai singoli ordinamenti in base ai principi ed alle norme applicative concernenti le singole categorie di impresa, mentre affronta l'imposizione delle attività a livello transnazionale sia sulla base delle norme autonome dei singoli ordinamenti che sulla base di quelle che hanno, in tutto o in parte eventualmente modificandole, recepito le norme dell'ordinamento internazionale espresse nelle convenzioni generali e speciali per evitare le doppie imposizioni.

3 - Carattere derogatorio delle norme a valenza emblematica delle stesse

La regolamentazione del prelievo fiscale sulle imprese di navigazione

aerea e marittima è emblematica, quale sistema impositivo *diverso e derogatorio* da quello ordinario della imposizione di specifici rami di attività, rispetto all'ordinamento statale ed anche rispetto all'ordinamento convenzionale.

Questo aspetto, qualificante, risulterà da questa relazione, riferita non solo agli ordinamenti come attualmente esistenti e come formati durante il processo storico che li ha prodotti, ma anche, nella parte finale, ad uno sguardo al futuro ed a possibili soluzioni del prelievo tributario sulle imprese di cui è questione, almeno per quanto riguarda gran parte dei tributi rilevanti, secondo proposte in alcuni casi già adottate, in altri ampiamente studiate ed in fase di avanzata promozione.

4 - Profili impositivi presi in considerazione

4.1 - Si tratta delle imposte sul reddito delle imprese costituite in forma di Enti pubblici o privati, o società di ogni tipo, comunque dotate di personalità giuridica, rilevanti quali soggetti passivi degli ordinamenti tributari sia ai fini dei tributi erariali che di quelli locali, ovvero ritenuti tali in base all'ordinamento internazionale.

4.2 - Il prelievo tributario delle imprese può riguardare sia l'aspetto della *proprietà* che l'aspetto della *gestione*, che possono essere riuniti in testa ad un medesimo soggetto ovvero essere attribuiti a soggetti diversi.

L'aspetto relativo alla tassazione della proprietà pur essendo sicuramente importante, presenta minori problematiche, soprattutto sul piano dell'attività internazionale, per cui la tassazione del patrimonio è appena accennata.

Si tratta, quindi, fondamentalmente della *imposizione sul reddito* nell'ambito dell'esercizio dell'*attività di trasporto* e delle attività *ausiliarie* (*ancillary*); di altri aspetti che pure gravano sotto il profilo del prelievo tributario sulle imprese di cui è questione, quali le tasse aeroportuali, le tasse di accesso e di utilizzo delle infrastrutture dei porti, le tasse sui carburanti, ovvero le imposizioni sui redditi dei dipendenti, ed i contributi sociali, così come quelle che gravano l'attività di costruzione, riparazione e manutenzione delle navi o degli aeromobili (ad eccezione di quelle di assistenza ad aeromobili in transito - *handling*) ed altre simili, che pur pongono, quando si manifestano in relazione alle attività transnazionali, non pochi problemi, ho ritenuto di non occuparmi per non appesantire di molto il lavoro. È fatto cenno *soltanto* ai *capital gains* derivanti dalle *alienazioni* di navi o *aereomobili* adibiti a *traffico internazionale od in vie acquatiche interne* per il cui trattamento di favore ai sensi dell'art. 13 c 3 c 22 c 3 del *modello* di convenzione OCSE rileva il *luogo* di effettiva dire-

zione dell'*impresa* e le modifiche al commentario in corso limitano lo specifico trattamento solo se il venditore è gestore delle *navi* o *aeromobili*.

5 - Caratteristiche della relazione

I profili impositivi delle imprese di navigazione aerea e marittima qualificano la relazione sotto il profilo del trattamento tributario di specifiche attività di impresa che presuppongono la considerazione anche di principi e di norme di valenza generale e di principi e di norme di applicazione specifica.

Questa relazione, quindi, si differenzia sotto questi profili dall'altra programmata per queste stesse *Jornadas* e da altre discusse in precedenti *Jornadas*, che riguardano ed hanno riguardato soprattutto aspetti e principi generali dei sistemi o delle politiche tributarie, nonché l'identificazione e la valutazione delle finalità e degli effetti del prelievo tributario, che più specificamente si prestano a considerazioni di teoria generale.

6 - La collocazione delle norme di riferimento

10

6.1 - La caratteristica principale delle imprese considerate è quella di svolgere attività, anche in maniera assai rilevante, in ambito di spazi diversi, rientranti quindi sia nella giurisdizione di un medesimo ordinamento che nelle giurisdizioni di ordinamenti diversi.

Si tratta, inoltre, di attività che per la loro natura possono rientrare, quanto alla regolamentazione ed alla imposizione, sia nell'ambito di distinte previsioni di un medesimo ordinamento che di previsioni di ordinamenti diversi e che appartengono sia al settore del Diritto Civile che a quello del Diritto Tributario; per quanto qui prevalentemente interessa rilevano le attività svolte in ambiti territoriali nazionalmente diversi e rientranti, quindi, come già precisato, nella giurisdizione di ordinamenti diversi.

Le attività in questione proprio in virtù della latitudine in cui si esercitano e dei diversi ordinamenti che interessano sono inoltre soggette ad un notevole numero di regolamentazioni internazionali che le condizionano e che influiscono, in qualche misura, sulla soggettività tributaria rispetto ai diversi ordinamenti.

6.2 - Al di là delle regolamentazioni delle attività in questione, che hanno trovato collocazione negli ordinamenti nazionali in relazione alle attività che soggettivamente od oggettivamente fossero sottoposte alla loro giurisdizione, la regolamentazione delle medesime attività sotto il profilo della loro *estensione transnazionale* ha creato attenzione sia nell'ambito dei singoli ordinamenti interni che nell'ambito dell'ordinamento in-

ternazionale. In tale ultimo ambito ci si è espressi in base a *convenzioni*, accordi quindi negoziati tra gli Stati e resi, normalmente, esecutivi all'interno degli ordinamenti nazionali degli stessi in base a specifiche procedure previste dalle rispettive Costituzioni o leggi fondamentali ed hanno avuto ad oggetto l'eliminazione delle doppie imposizioni, sia giuridiche che, in alcuni casi, economiche.

6.3 - Nell'ambito degli ordinamenti interni hanno trovato regole proprie, regole derogatorie che tengono conto della specificità delle attività e che, normalmente, sono condizionate, quanto alla loro concreta applicabilità, dal principio della *reciprocità*.

Tale principio è stato per molto tempo, come si vedrà più avanti quando si ricostruirà brevemente la storia dell'evoluzione delle norme convenzionali e anche nazionali tendenti ad eliminare le doppie imposizioni per il settore che qui interessa, la linea di demarcazione circa la concreta possibilità, o meno, di eliminare le doppie imposizioni.

6.4 - L'interpretazione delle norme di riferimento collocate nell'ambito degli ordinamenti nazionali e di quelli internazionali portano in alcuni casi a risultati non omogenei e possono confliggere anche con il commentario al modello di convenzione OCSE che in alcune passaggi denota le conseguenze di pressioni dovute alla necessità di risolvere problemi pratici.

6.5 - La valutazione dei profili impositivi delle imprese di trasporto aereo e marittimo si inquadra nell'area degli incentivi fiscali e quindi delle valutazioni controverse che si danno delle libertà e opportunità di tali incentivi.

Nessuno pone in dubbio che le scelte di politica fiscale siano anche strumenti della politica economica che, quindi, può essere finalizzata anche al raggiungimento di obiettivi extra-fiscali. Certo, devono essere rispettati il principio di capacità contributiva soprattutto sotto il profilo di realizzazione del principio di uguaglianza, nonché esprimere le caratteristiche di *razionalità*, *proporzionalità*, *effetto utile* richieste sia dall'ordinamento interno che da quello comunitario. Che si tratti del resto di un settore di attività di impresa che denota particolari problemi di crescita, penalizzati dalla concorrenza internazionale e soggetta a frequenti situazioni di doppia imposizione è anche dimostrata dalle iniziative, di cui si dice più avanti, dell'Unione Europea pur tanto vigile in tema di aiuti di Stato fra i quali anche quelli di natura fiscale.

7 - Le norme di riferimento rilevanti

7.1 - I riferimenti normativi cui occorre aver riguardo in ogni singolo Paese possono distinguersi in due categorie, sia per quanto riguarda

gli aspetti civilistici che per quelli tributari, di cui l'una riferentesi a leggi di carattere generale, l'altra riferentesi a leggi per lo specifico settore di cui qui ci si interessa.

Distinzione va fatta per quanto riguarda il trasporto aereo e quello marittimo sotto il profilo civilistico.

7.2 - Per quanto riguarda le attività di trasporto aereo i riferimenti normativi sono da rinvenirsi con riguardo, in ogni caso, a leggi speciali per il settore.

Si tratta, infatti, del *Codigo de Navigación Aerea* per l'Argentina, del *Codigo brasileiro aeronautico* per il Brasile, della *Ley de Aviación Civil* per il Messico, del *Codice della navigazione* per l'Italia, del *Codigo Aeronautico* per il Paraguay e l'Uruguay, della *Ley sobre Navigación Aerea* per la Spagna.

7.3 - Per quanto riguarda il trasporto marittimo rilevano il *Codigo de comercio* per l'Argentina, il *Codigo comercial* per il Brasile, il *Codice della Navigazione* per l'Italia, la *Ley de Navigación* e la *Ley de vias generales de Comunicación* per il Messico, il *Codigo de Navigación Fluvial*, data la particolare struttura del Paese, per il Paraguay, il *Codigo de Comercio* per la Spagna e l'Uruguay.

Solo per quanto riguarda l'Italia sia le attività di trasporto marittimo che le attività di trasporto aereo fanno capo quindi alla stessa legge, al Codice della Navigazione, mentre è interessante notare come in Spagna la legge di navigazione aerea vigente nel Paese è stata influenzata da principi e norme del Diritto Comunitario.

7.4 - I riferimenti normativi per quel che riguarda la legislazione tributaria devono essere rinvenuti nelle leggi dell'ordinamento interno di ciascun Paese per quanto riguarda il prelievo tributario in relazione alla attività di trasporto interna alla giurisdizione, ed anche per quel che riguarda la considerazione *unilaterale* delle possibili situazioni di doppia imposizione conseguenti ad attività a livello transnazionale, per l'applicazione delle quali assume rilievo il principio di *reciprocità*.

Per quanto riguarda queste ultime attività occorre poi, più specificamente, aver riguardo alle convenzioni internazionali, normalmente *bilaterali*, generali o specifiche, stipulate dai singoli Paesi per evitare le doppie imposizioni.

Non essendo possibile, dato il grande numero, analizzarle singolarmente si fa riferimento, come di consueto, al Modello di Convenzione (MC) dell'OCSE ed al relativo Commentario, ed in particolare all'art. 8 che tratta degli utili derivanti dall'esercizio di navi od aeromobili in traffico internazionale.

7.5 - Le attività marittime ed aeree presentano analogie, per quanto qui interessa, sotto il profilo sia degli aspetti soggettivi che di quelli og-

gettivi, di cui si dirà più avanti, ma che devono essere già fin da adesso identificati.

Si tratta delle *tipicità* delle attività che rilevano sia per quanto riguarda gli ordinamenti interni che per quanto riguarda l'ordinamento internazionale.

La tipicità può riguardare sia gli elementi soggettivi che qualificano l'imprenditore o l'impresa, sia la individuazione oggettiva delle attività da prendere in considerazione, sia la qualificazione del traffico svolto.

Per quanto riguarda il primo aspetto la tipicità rileva sotto il profilo dei soggetti cui va riferita prima che in relazione all'eventuale particolare tipo di prelievo tributario operato; per quanto riguarda il secondo aspetto la tipicità rileva invece al fine di valutare quale sia l'attività principale ed eventualmente quali siano le attività ausiliarie che sono attratte a quella principale e che possono godere, con riferimento ai soggetti cui sono riconducibili, degli specifici regimi previsti per l'attività svolta a livello interno, così come di quello previsto per l'attività svolta a livello internazionale.

Con riferimento a questo ultimo profilo assume quindi anche rilevanza la definizione del *traffico internazionale*, sia aereo che marittimo.

8 - Requisiti e classificazione

In alcuni ordinamenti l'attività di trasporto può essere classificata quale *civile o commerciale* a seconda che tra i fini dell'impresa sia mancante o presente il fine di lucro.

Si ricorda in particolare come la distinzione sia rilevante a fini fiscali e che, per quanto riguarda le imprese che esercitano attività civile le stesse sono interessate soltanto alle imposte patrimoniali.

La *proprietà* della nave o dell'aeronave può essere *pubblica o privata* anche se, la privatizzazione delle imprese pubbliche è sempre più avanzata.

La distinzione tra attività di trasporto *merci (cargo)* o *passaggeri* rileva soprattutto ai fini dell'IVA.

Infine le attività che qui interessano possono essere classificate quali *regolari*, in quanto sviluppate lungo rotte regolari con cadenze ed orari prestabiliti, ovvero meno quando esercitate soltanto occasionalmente.

Come si vedrà la *bandiera* della nave o dell'aeronave ne contraddistingue la nazionalità conseguente alla iscrizione in un *registro navale nazionale*, ed è l'elemento essenziale per poter essere riconosciuta ed invocare la protezione delle norme dei singoli ordinamenti giuridici così come obbliga al rispetto delle previsioni dagli stessi enunciate.

Ai fini della regolamentazione tributaria delle attività internazionali rileva l'iscrizione nel *registro internazionale*; infatti, in principio, una nave iscritta in detto registro non può essere adibita in attività di cabotaggio nazionale.

In alcuni Paesi il registro è unico e ciò comporta che ai fini dei regimi agevolativi non si fa differenza tra attività di cabotaggio e attività di trasporto internazionale.

La rilevanza della bandiera, della nazionalità della nave o dell'aeromobile rileva particolarmente per quanto riguarda i requisiti necessari per la immatricolazione nei registri, quale strumento per l'acquisizione del diritto ad innalzare la bandiera nazionale.

9 - Elementi di necessaria considerazione

Così come si rileva dall'analisi di alcuni ordinamenti sotto il profilo soggettivo è innanzitutto importante distinguere tra la *proprietà* della nave o dell'aereo e la *gestione* degli stessi mezzi; è poi da distinguere la tipicità dei *contratti* in relazione alle singole possibili attività, soprattutto di quelli di trasporto di cose e di persone e di quelli di noleggio del mezzo.

14

Ricordo a questo proposito che la dottrina uruguayana considera che: "En cuanto a la distinción entre los contratos de transporte propiamente dichos (particularmente el fletamento) y el arrendamiento de buques, en nuestra doctrina se reitera la ya vieja polémica de la doctrina francesa respecto de la identidad o la separación entre ambas modalidades contractuales. Esta polémica es trascendente desde el punto de vista fiscal, principalmente a dos niveles: a) en lo concerniente a la imposición a las rentas, pues, dado un sujeto propietario de buques cuya actividad consista en darlos en arriendo, la resolución de la discusión permitirá ubicar o no al mismo en la categoría de 'compañía de navegación marítima'; b) en lo concerniente a la imposición indirecta, pues la inclusión o exclusión de un arrendamiento de buques en las categorías de 'transporte de bienes' o 'transporte de pasajeros' implicará su correlativa inclusión o exclusión de los tratamientos específicos que - según veremos - otorgan las normas del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una y otra categoría comercial".

L'analisi delle *attività* da prendere in considerazione emerge sia dagli ordinamenti nazionali che, soprattutto, dall'ordinamento internazionale.

Riassuntivamente si possono identificare e distinguere le attività suddivise per attività *principali*, come tali qualificanti il regime tributario, ed attività *ausiliarie* (connesse e strumentali), eventualmente attratte a quelle principali per quanto riguarda il regime tributario cui sono anche sottoposte.

Tenuta presente la distinzione soggettiva di *proprietà* della nave o dell'aeromobile da quella di *gestione* degli stessi mezzi è necessario delimitare il significato dell'espressione *esercizio di navi o aeromobili* per individuare quali dei proventi delle imprese che esercitano tale attività possono usufruire degli speciali regimi sia degli ordinamenti nazionali che dell'ordinamento internazionale.

È da notare che alcuni concetti ed alcune nozioni rilevanti per individuare il regime tributario delle imprese qui considerate non trovano definizione negli ordinamenti nazionali mentre lo trovano in quelli internazionali.

Ne risulta che nel settore del prelievo tributario delle imprese di navigazione aerea e marittima il regime evidenzia la necessità di una significativa interpretazione integrativa tra norme di diritto interno e norme di diritto internazionale.

Per quanto riguarda le attività ausiliarie in alcuni ordinamenti se ne trova più precisa indicazione, in altri sono le individuazioni dei principi da parte degli interpreti che le identificano.

10 - Il quadro della questione

15

Da quanto premesso emerge che ai fini della migliore valutazione del tema complesso è necessario si tenga conto delle seguenti rilevanti variabili:

- a) gli *elementi soggettivi ed oggettivi* alle volte interagiscono soprattutto per quanto riguarda gli aspetti agevolativi delle imprese in relazione alle attività;
- b) la *molteplicità delle figure soggettive* che sono evidenziate dagli ordinamenti nazionali;
- c) le *differenze del superamento* delle situazioni di doppia imposizione tra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento convenzionale;
- d) gli *aspetti classificatori* degli strumenti principali dell'attività di trasporto considerata;
- e) gli *aspetti definitivi* della attività di trasporto e di traffico internazionale, siano esse *principali* ovvero *ausiliarie*.

11 - I soggetti

La tipologia dei soggetti è potenzialmente varia ma può essere ricondotta a schemi sufficientemente uniformi.

I soggetti che operano l'attività di trasporto marittimo ed aereo possono essere sia persone fisiche che persone giuridiche.

Non sono richieste particolari forme giuridiche e sono poche le limitazioni richieste.

Una limitazione può essere considerata la previsione nei rispettivi ordinamenti che soltanto persone di origini del Paese possono essere titolari dell'esercizio dell'attività di trasporto aeronautico domestico.

La distinzione fondamentale, già ricordata, è tra imprese proprietarie della nave od aeronave ed imprese che ne sfruttano, utilizzandole a vario titolo, la potenzialità produttiva.

La titolarità dell'attività può quindi essere sia a titolo di *proprietà* che a titolo di *possesso* del mezzo, acquisito in base a negozi di varia natura di cui dirò più avanti.

Le figure soggettive possono essere individuate in quelle del *proprietario*, dell'*armatore* (che avendo la disponibilità del mezzo lo utilizza affidandone la responsabilità delle operazioni ad un capitano da lui designato), del *noleggiatore* (concessionario, a titolo oneroso ed a tempo, della disponibilità del mezzo e che provvede al suo sfruttamento) del *detentore* a qualsivoglia titolo della disponibilità del mezzo.

Si possono rinvenire anche figure soggettive particolari quali le *Compagnie di bandiera* che assumono rilevanza in alcuni ordinamenti al fine di usufruire di regimi particolarmente vantaggiosi.

In Italia si ricordano le cosiddette *società di armamento*, sprovviste di autonoma personalità giuridica e caratterizzate dall'esercizio congiunto, da parte dei soggetti, della navigazione, con scopo di lucro, senza aver stipulato un contratto di società tipico.

In alcuni Paesi si individuano anche figure come quella del *trasportatore* descritta come quella di colui che negozia con il responsabile del trasporto delle merci, sia esso proprietario, armatore o noleggiatore o quella del *consegnatario* o *destinatario* della merce.

Alcune di tali figure possono solo indirettamente essere riferite alle attività di trasporto.

È da menzionare la soggettività degli operatori che non siano né proprietari né armatori e sono ricordate le *Single Ship Companies* che si hanno quando uno stesso soggetto, al quale fanno capo una o più navi, costituisca una pluralità di società ciascuna delle quali è proprietaria ed armatrice di una sola nave; in tal caso l'unitarietà della flotta viene suddivisa in una molteplicità di distinti soggetti giuridici, dotati di autonomia patrimoniale, ognuno proprietario e armatore di una sola nave e quindi responsabile unicamente delle obbligazioni derivanti dall'esercizio di detta nave.

12 - I mezzi

La classificazione dei mezzi nautici è molto varia. Per quanto qui interessa rileva la distinzione tra le navi [idonee al trasporto di *cose* (cargo) o *persone*] e le altre imbarcazioni; si annoverano poi anche mezzi aventi le caratteristiche per essere destinati a specifici utilizzi, quali i rimorchiatori (*hauling*), le imbarcazioni da pesca, i mezzi per dragare i porti (*dredging*).

Le navi sono anche diversamente classificate in relazione agli spazi in cui operano.

Le navi iscritte nel *registro internazionale* sono adibite soltanto a trasporti internazionali.

13 - I contratti che attribuiscono la disponibilità del mezzo

Quando l'utilizzo del mezzo non è effettuato dal proprietario il trasferimento della disponibilità avviene in base a contratti:

a) di locazione della nave armata ed equipaggiata (*leasing on a full charter basis*) che può in alcune circostanze influenzare l'attribuzione della bandiera alla nave;

b) di locazione a scafo nudo di navi e aeromobili (*leasing on a bareboat charter basis*);

c) di noleggio a tempo (*time charter*), nel quale l'armatore, mantenendo la disponibilità della nave, la fa utilizzare, per un corrispettivo di noleggio, da un altro soggetto, realizzando i viaggi da questi richiesti nel tempo ed alle condizioni convenute;

d) di noleggio di tutto o parte degli spazi utili per il trasporto di persone o di cose.

14 - L'esercizio di navi od aeromobili

Il concetto di *esercizio di navi o aeromobili* che non è definito nel MC e che in base a questi dovrebbe essere rimesso alla definizione, secondo i principi generali, anche delle norme del Paese contraente interessato, crea problemi perché molto spesso nelle norme interne degli Stati non si trova, egualmente, alcuna definizione.

Eppure il problema non è di poco conto dal momento che è necessario determinare quali tra i proventi di una impresa di navigazione possano fruire di un regime di esenzione eventualmente in base a norma in-

terna o in base a norma convenzionale, ovvero possano usufruire di speciale regime tributario in base alla previsione della norma interna.

Si ritiene che gli utili derivanti dall'esercizio di navi o aeromobili siano, in primo luogo, quelli previsti dalle attività di *trasporto di ogni tipo* (passeggeri, merci, posta, animali, ecc...) e che, quindi, a tale attività occorre innanzi tutto riferire l'esercizio dei mezzi, per quanto qui interessa.

Si ritengono assimilati gli utili derivanti dalla locazione di scafi, navi e aeromobili, a condizione che tale locazione sia secondaria rispetto all'esercizio delle navi ed aeromobili od al noleggio di *containers*.

Ad alcune figure contrattuali riferite alle ricordate attività fa riferimento il Commentario al MC; convengo che tale previsione interpretativa possa anche essere considerata ai fini della definizione degli utili di esercizio di navi e aeromobili nell'ambito degli ordinamenti nazionali.

L'esercizio di navi ed aeromobili è anche definito rispetto allo *spazio* in cui viene posto in essere.

L'esercizio di navi è di *cabotaggio* quando la nave comunica tra porti di un medesimo Paese senza perdere di vista la costa; è *frontaliero* quando si fa scalo in porti costieri di nazioni limitrofe; è *internazionale* quando il servizio inizia in un porto situato nell'ambito della giurisdizione di un ordinamento e termina in porto sottoposto alla giurisdizione di altro ordinamento.

18

L'esercizio di aerei è *nazionale* (cabotaggio), se effettuato tra aeroporti di un medesimo Paese, e *internazionale* se effettuato da un aeroporto di un Paese ad un aeroporto di altro Paese, ovvero anche se effettuato tra due aeroporti dello stesso Paese con atterraggio intermedio in aeroporti di altro Paese.

Per quanto riguarda questa ultima definizione si fanno, comunque, distinzioni.

15 - La territorialità

Le attività di trasporto marittimo ed aereo si svolgono rispettivamente in *spazi marittimi* ed in *spazi aerei*.

I primi sono costituiti da *acque marine, fluviali e lacustri*.

Le *acque marine* sono territoriali ed internazionali a seconda che rientrino nella giurisdizione di un Paese o meno; lo stesso può dirsi per le *acque fluviali e lacustri*.

Sono definite nelle conclusioni del CNUDM (Convegno delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare) del 1982.

La definizione della *territorialità*, quale delimitazione dello spazio marino e aereo, è particolarmente rilevante trattandosi di attività che interessano le giurisdizioni di ordinamenti diversi i cui territori possono es-

sere impegnati *regolarmente* od *occasionalmente* od ancora *strumentalmente* (in caso di sorvolo di spazi aerei per raggiungere uno spazio aereo sottoposto a diversa giurisdizione).

Tutte le legislazioni considerano *territorio nazionale* quello delle navi che battono la propria bandiera, ovunque si trovino.

Alcuni ordinamenti considerano anche le vie di *navigazione fluviale* nazionali od internazionali, in quanto rilevanti.

Una particolare previsione è contenuta nella legislazione colombiana nella quale sono considerate effettuate nel Paese le attività che iniziano in un porto colombiano e terminano in un porto soggetto alla stessa giurisdizione anche se lungo l'itinerario toccano porti soggetti a giurisdizioni diverse; si tratta delle cosiddette *crociere circolari*.

A precisare la definizione dello *spazio aereo* contribuisce la considerazione secondo la quale la sua delimitazione dipende dalla demarcazione dei territori terrestre e marittimo, essendo lo spazio aereo una proiezione verticale degli stessi.

Si ricorda ancora che quanto alla regolamentazione del concorso di norme in relazione all'attività di trasporto aereo è generalmente accettata la legge del territorio dello Stato sorvolato, riconoscendo quindi l'esercizio della sovranità sopra lo spazio aereo corrispondente al territorio; si precisa che al di fuori dei limiti degli spazi aerei di sovranità si applicano le leggi dello Stato di immatricolazione della aeronave, essendo questa la tesi maggiormente condivisa.

Viene impegnato, sotto il profilo della territorialità, lo spazio aereo internazionale quando si tratta di servizi che iniziano in un aeroporto interno e terminano in un aeroporto situato in territorio sottoposto a giurisdizione di un altro Paese.

È considerato servizio internazionale alle volte anche quello che ha inizio in un aeroporto e termina in un altro aeroporto del medesimo Paese ma con scalo in un aeroporto situato in territorio non sottoposto alla sovranità del Paese in cui il servizio ha inizio e fine.

16 - Le attività fondamentali

La riconduzione ad una classificazione omogenea delle attività delle imprese è più complessa, dato il gran numero di possibili fattispecie, anche se non impossibile.

Si tratta, fondamentalmente, del trasporto di *persone e cose* al quale si aggiunge, soprattutto per il trasporto aereo, il trasporto della *posta*.

Ho già ricordato che tali attività possono essere esperite dall'impresa titolare della proprietà della nave o dell'aeromobile ovvero da gestori a vario titolo.

L'attività di trasporto di persone e cose (merci) è comune nelle considerazioni di tutti i Paesi e costituisce sicuramente l'attività principale delle imprese che qui interessano.

Occorre dire che le diverse attività poste in essere dalle imprese sono comuni all'attività svolta nell'ambito di una medesima giurisdizione ovvero di più giurisdizioni.

Tali attività non sono sempre definite dalle norme delle singole giurisdizioni e sono quindi rimesse alla identificazione degli interpreti che, molto spesso, ricorrono alla normativa ed ai commentari dettati per le attività internazionali al fine di evitare le doppie imposizioni, che se ne occupano con maggiore precisione anche se non compiutamente; infatti come si vedrà più avanti, nella parte di questa relazione destinata alle problematiche concernenti l'attività internazionale, spesso si trovano definizioni di principio dalle quali bisogna poi trarre la definizione delle singole possibili fattispecie.

17 - Le attività ausiliarie

Dal momento che si tratta di individuare quali siano le attività i cui utili possono essere ricondotti all'attività di trasporto marittimo e aereo e conseguentemente essere, sotto il profilo impositivo, considerati sia nell'ambito delle giurisdizioni nazionali che di quelle internazionali, al fine di evitare le doppie imposizioni, è necessario prendere in esame altre attività di natura ausiliaria (*ancillary*) già in precedenza in parte ricordate.

Alcune di queste attività sono funzionali al trasporto, quali la vendita dei biglietti, la prestazione di servizi di trasporto dalle città agli aeroporti e ai porti, di trasporto nell'ambito degli aeroporti ed i porti, di trasporto su ruota di merci dal porto o aeroporto a depositi.

Mi pare che al di là della generica definizione di attività funzionali al trasporto occorre distinguere innanzitutto in base al *soggetto* che le pone in essere, in quanto se si tratta di soggetti terzi non mi sembra possano essere qualificate attività di trasporto rientranti nel concetto di navigazione marittima od aerea, anche se, come dirò più avanti nella sezione relativa alle regolamentazioni convenzionali, l'attività di *handling* solleva sotto questo profilo diversi interrogativi e differente qualificazione.

In secondo luogo dovrebbe rilevare la *natura* dell'attività e quindi il suo collegamento, diretto ed indispensabile, all'attività principale.

Il problema sarà ripreso, anche per quanto qui concerne, in maniera più pregnante, quando più avanti si tratterà della regolamentazione internazionale per evitare le doppie imposizioni.

È da ricordare sin da ora che dopo le modifiche apportate al commentario del MC OCSE nel 2000 si è previsto che nel concetto di attività ausiliaria (*ancillary*) devono ricomprendersi tutte le attività che per loro

natura o per stretta connessione sono identificabili con quelle di trasporto.

Nella stessa ottica bisogna anche inquadrare i servizi di ristorazione e di alloggio sulle navi in crociera e la vendita di oggetti vari, anche a bordo di aerei, ovvero gli spettacoli di intrattenimento che spesso vengono offerti sulle navi adibite al trasporto di passeggeri.

Mi sembra rilevante innanzitutto il soggetto che tali attività pone in essere.

Se si tratta di soggetti terzi, i quali hanno avuto in locazione alcuni spazi della nave, ne consegue che le attività non sono riconducibili a quelle di navigazione o comunque di trasporto; se fossero gestite dallo stesso proprietario o dallo stesso gestore della nave dovrebbe distinguersi tra le attività di alloggio e le attività di ristorazione e le altre attività in quanto solamente le prime potrebbero, eventualmente, ricondursi funzionalmente alla attività di trasporto di persone quando questa duri per un periodo superiore ad un giorno.

18 - Attività ausiliarie tipiche del trasporto aereo

Il trasporto aereo presenta anche alcune attività ausiliarie tipiche che non possono essere trascurate.

L'attività di *handling* consiste nell'attività di assistenza a terra che una Compagnia aerea presta nei confronti di un'altra Compagnia aerea per le necessità che le aeronavi di questa possano avere durante la sosta in un aeroporto diverso da quello di base.

È una attività, già ricordata, rilevante, che in passato era stata ritenuta inerente ma che di recente ha cominciato ad essere contrastata sotto il profilo della inerenza e, quindi, della ausiliarietà alle attività di navigazione aerea.

In relazione a tali attività sorgono notevoli problemi interpretativi a seguito delle recenti modifiche al Commentario MC OCSE delle quali si dirà più avanti.

PARTE SECONDA - I profili impositivi del reddito negli ordinamenti nazionali

19 - Gli ordinamenti tributari nazionali e l'ordinamento internazionale

19.1 - Le imprese di navigazione, in virtù delle specifiche caratteristiche già sottolineate, più di altre devono affrontare i problemi relativi

al prelievo fiscale, che incidono sostanzialmente sulla pianificazione aziendale.

Si tratta di imprese a vocazione fortemente transnazionale i cui processi di creazione di valore non sono realizzati nel territorio, così come non vi sono stabilmente fissati i loro strumenti produttivi (navi ed aeromobili); le attività produttrici di reddito ricadono, quindi, nelle giurisdizioni di più ordinamenti che assumono rilevanza quanto agli strumenti del prelievo tributario.

Questo fenomeno ha creato da parte dei vari ordinamenti interventi tesi ad alleggerire l'imposizione di tali imprese ed al tempo stesso ha creato una situazione di competizione fiscale che, se in alcuni casi può premiare le imprese più dinamiche, in altri casi rischia di penalizzarle.

In sostanza, come si vedrà, sono state adottate per questa tipologia di imprese forme di tassazione comportanti la riduzione delle basi imponibili ovvero la forfetizzazione delle imposte.

L'esame degli ordinamenti tributari in atto vigenti nei Paesi interessati a questa relazione non può non essere il punto di partenza, anche se esposto con visione e considerazioni di sintesi, per il successivo esame degli strumenti vigenti, sia nazionali che internazionali, per evitare le doppie imposizioni.

22

Questi sono tipici delle attività che si svolgono sotto l'impero di giurisdizioni diverse, ognuna delle quali sovrana, che richiedono comunque interventi per superare situazioni sicuramente pregiudizievoli per lo sviluppo ordinato delle attività e dei mercati.

Gli ordinamenti, infatti, hanno in parte provveduto al loro interno, in parte mediante accordi a livello internazionale; questi secondi sono sicuramente prevalenti e quindi a questi ultimi è giusto riservare la maggiore considerazione.

Ulteriore complessità, che tocca anche gli aspetti internazionali del problema, è data dagli ordinamenti degli Stati federali che, come il Brasile, l'Argentina, recentemente l'Italia, comportano l'attribuzione di potere normativo per quanto riguarda imposte, addizionali, contributi speciali, alle Unioni, agli Stati, ai Distretti, ai Comuni.

19.2 - Con l'eccezione del Paraguay e dell'Uruguay, che adottano, quanto alla imposizione del reddito, il principio della fonte, gli altri Paesi interessati a questa relazione, sono ispirati al principio del reddito mondiale (*world wide principle*).

Pur tuttavia, anche i Paesi che si ispirano al principio del reddito mondiale, lo adottano, ovviamente, per quanto riguarda i soggetti residenti, mentre per quanto riguarda i soggetti non residenti che producono reddito nel Paese adottano il principio della fonte.

È interessante notare come la relazione uruguayana richiama l'at-

tenzione sul fatto che parte della dottrina latino-americana è sostenitrice della adozione del principio della fonte in quanto più idoneo a concepire un corretto prelievo tributario per i Paesi in via di sviluppo.

L'occasione è anche opportuna per ricordare che la contrapposizione della scelta tra principio del reddito mondiale e principio della fonte è oggi nuovamente dibattuta dalla dottrina tributaria internazionalistica e che trova terreno fertile quando si affrontano problemi quali quello della definizione di stabile organizzazione in relazione ai problemi del commercio elettronico.

Il criterio di collegamento (*link*) dei soggetti con l'ordinamento è individuato, in quelli che adottano il principio del reddito mondiale, nella *residenza* per le *persone fisiche* o nel *domicilio* per le *persone giuridiche*, mentre per quanto riguarda gli ordinamenti che adottano il principio della fonte rileva il concetto, negativo, di *non residenza*, ovvero di *stabile organizzazione*.

20 - I soggetti passivi

I soggetti passivi presi in considerazione dagli ordinamenti sono le *persone fisiche*, le *persone giuridiche*, le *stabili organizzazioni* di imprese non residenti, per le quali peraltro non in tutte le regolamentazioni interne sono previste definizioni rimandandosi, in tal caso, alla definizione che si possa ricavare dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, così come è oggi universalmente riconosciuto dalla giurisprudenza in Italia ed in altri Paesi.

Del resto negli ordinamenti in cui esiste una definizione di *stabile organizzazione*, quale quello spagnolo, la medesima risulta dagli stessi principi che presidiano la definizione delle convenzioni internazionali.

Per quel che riguarda l'imposizione sul reddito delle imprese di trasporto marittimo od aereo quello che in genere rileva, ai fini della soggettività passiva, è il *soggetto utilizzatore* delle navi o delle aeronavi, a diverso titolo e non quindi soltanto a titolo di proprietà, ma delle quali abbia comunque il possesso, ne sia titolare del diritto di sfruttamento.

Il tema è stato analizzato soprattutto nel caso di agevolazioni per le quali, come ad esempio è stato stabilito dalla Amministrazione finanziaria italiana, le agevolazioni spettano al soggetto che di fatto utilizza la nave, con questo superando qualsiasi valutazione della natura giuridica del rapporto.

21 - Regimi speciali per le imprese di trasporto marittimo o aereo

Al di là dei regimi ordinari di imposizione, sono previsti dagli ordi-

namenti interni speciali regimi per le imprese di trasporto marittimo ed aereo, intesi a mitigarne l'onere tributario.

I regimi di favore per le imprese che esercitano le attività che qui interessano si esprimono, o con norme di valenza generale, eventualmente limitate ad alcune specifiche attività, come in Italia in cui il reddito derivante dall'utilizzazione di navi iscritte nel *Registro internazionale* concorre a formare il reddito dell'esercizio nella misura del 20%, ovvero in Spagna dove, essendo già stata adottata la *tonnage tax* di cui si dirà in seguito, le imprese che esercitano trasporto marittimo, domiciliate in Spagna, così come quelle non residenti che vi abbiano una stabile organizzazione, determinano la base imponibile per l'imposta delle società in funzione dei ricavi e dei costi, ma che per il 2002, in base ad una legge speciale, determinano la base imponibile, quando ricorrono determinati presupposti, in base ad una stima obiettiva effettuata in funzione del tonnellaggio delle navi e dei giorni in cui le stesse sono state a disposizione del soggetto passivo; tale sistema di determinazione non consente la compensazione con perdite e comunque non è applicabile per le imprese esercenti il trasporto aereo.

Anche l'aliquota speciale è applicata in base alle norme speciali.

Il sistema speciale di determinazione della base imponibile, ricordato, evidenzia che esistono alcuni sistemi di favore, che sono opzionali, come quello spagnolo, che peraltro necessita anche di una specifica autorizzazione del Ministero delle finanze. Egualmente è opzionale il sistema italiano.

22 - La determinazione delle basi imponibili

La determinazione della base imponibile nell'ambito dei diversi ordinamenti non è uniforme e pone, comunque, problemi.

In Messico le stabili organizzazioni delle imprese non residenti in luogo delle deduzioni ordinarie deducono la parte proporzionale del costo medio delle operazioni nel periodo d'imposta, con un tetto massimo percentuale stabilito dalla norma secondo le diverse attività (6% se si tratta di imbarcazioni, 10% se si tratta di aerei).

In Colombia la base imponibile delle società non residenti esercenti attività di trasporto che iniziano o terminano nel territorio colombiano è determinata applicando all'utile delle attività commerciali di trasporto conseguite in tutto il mondo una percentuale pari a quella dei ricavi lordi conseguiti in Colombia rispetto ai ricavi lordi conseguiti in tutto il mondo per la medesima attività.

Altri ordinamenti adottano sistemi forfetari.

In Argentina la base imponibile delle imprese non residenti e concernente servizi di trasporto che iniziano in Argentina, è pari al 10% dei ricavi lordi da noleggio conseguiti all'estero per il trasporto di passeggeri o merci.

La percentuale sale al 20% se si tratta di trasporto di *containers*.

In Paraguay, Paese che, ricordo, adotta il principio della fonte, ai fini della base imponibile si considera che, quanto ai noleggi internazionali, il 50% dei ricavi sono considerati di fonte paraguayana quando gli stessi sono realizzati in trasporti tra il Paraguay e l'Argentina, la Bolivia, il Brasile, e l'Uruguay, ed il 30% quando siano realizzati fra il Paraguay e un qualsivoglia altro Paese.

I soggetti non residenti, che abbiano o meno in Paraguay una succursale, una agenzia, o una stabile organizzazione, considerano reddito netto derivante dall'attività di trasporto marittimo, aereo, fluviale, il 10% dei ricavi se derivanti da attività iniziate in Paraguay con destinazione estera, così come considereranno egualmente reddito netto il 10% dei ricavi da noleggi a carattere internazionale.

Ho già ricordato il regime particolare vigente in Italia quanto al concorso nella misura del 20% del reddito derivante da utilizzazione di navi iscritte al Registro internazionale alla formazione del reddito complessivo ai fini dell'imposta sul reddito.

La relazione italiana ricorda come gli utili dell'esercizio che non concorrono a formare il reddito in base alla ricordata disposizione sono comunque rilevanti per l'attribuzione del credito d'imposta ai soci sugli utili distribuiti.

Si tratta della determinazione delle cosiddette *imposte virtuali* di cui dirò più avanti e che fa superare una difficoltà che sorge allorché sono concesse alle società agevolazioni che successivamente possono creare problemi per quanto riguarda il credito d'imposta che spetta ai soci sulla distribuzione degli utili, allorché tale sistema è in vigore nell'ordinamento.

23 - La doppia imposizione sugli utili distribuiti

Il problema della doppia imposizione interna sugli utili distribuiti dalle società si pone in varia misura in tutti gli ordinamenti.

Si tratta di evitare, o di ridurre, il fenomeno per il quale l'utile, già tassato in capo alla società, viene nuovamente tassato allorché è distribuito ai soci o ai partecipanti.

Gli strumenti adottati sono vari; vanno dalla esenzione totale a quella parziale, al credito di imposta a sua volta totale o limitato.

In Colombia esiste lo strumento della esenzione, in Argentina e in Italia quello del credito d'imposta.

Il problema, già ricordato, è quello che laddove, come nei casi di specie, l'ordinamento prevede strumenti impositivi di favore per le attività delle società, occorre fare in modo che questi possano riverberarsi anche in sede di distribuzione di utili ai soci, al fine di non vanificare, nei fatti, il regime di favore.

In Italia si è posto il problema di evitare che il risparmio fiscale ottenuto dalla società venisse di fatto ad onerare, al momento della distribuzione del dividendo, gli azionisti, non essendo prevista l'attribuzione di un credito d'imposta figurativo così come a volte previsto in caso di altre ipotesi di tassazione agevolata.

Il problema è stato risolto in sede di istruzioni allegate al modello della dichiarazione unica che ha consentito il credito figurativo.

Si tratta, in fondo, di adottare strumenti normativi ispirati al medesimo principio che presiede lo strumento del *matching credit* usato nei rapporti internazionali.

24 - Strumenti delle norme interne per evitare la doppia imposizione internazionale

26

Ho già ricordato come le situazioni di doppia imposizione internazionale possono essere superate o comunque limitate, in assenza e comunque al di fuori di convenzioni internazionali per evitarle, in base alle previsioni degli ordinamenti interni.

Gli strumenti sono quelli della concessione di esenzione dall'imposta interna per i redditi tassati in altro ordinamento, ovvero quello della concessione di un credito d'imposta per l'ammontare dei tributi definitivamente corrisposti all'estero sullo stesso reddito, normalmente limitato all'ammontare che si sarebbe pagato in base alle norme interne sul medesimo reddito.

In genere l'efficacia di tali norme è condizionata dalla reciprocità.

Il fenomeno non è di poco momento trattandosi, quelle qui prese in considerazione, di imprese che svolgono attività prevalentemente a livello internazionale e che, quindi, possono essere soggette a due o più ordinamenti che adottano quanto alla imposizione sul reddito il principio del reddito mondiale misto al principio della fonte, per i redditi dei non residenti.

Il fenomeno si attenua di molto quando le due o più giurisdizioni adottano tutte l'imposizione del reddito in base al principio della fonte ma permane, anzi può essere aggravato allorché l'uno ordinamento adotta il principio del reddito mondiale e l'altro quello della fonte.

Si è visto come per quanto riguarda gli ordinamenti interessati a questa relazione sei Stati adottano il principio del reddito mondiale e due quello della fonte.

Argentina, Brasile ed Uruguay hanno adottato il principio dell'esenzione, in Argentina il principio è misto a quello del credito d'imposta per le imposte pagate all'estero.

25 - Le norme antiabuso

25.1 - Anche a livello di ordinamenti interni, ma soprattutto, per quanto qui interessa, a livello di ordinamento internazionale, assumono rilevanza le norme antiabuso.

Non mi riferisco qui alle norme antiabuso contenute nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, delle quali ho occasione di parlare più avanti, ma alle norme antiabuso che incidono, limitandola, sull'imposizione dell'attività transnazionale, adottate dagli ordinamenti interni.

Si tratta innanzitutto del cosiddetto strumento dei prezzi di trasferimento (*transfer pricing*) che consente di recuperare all'imposizione ovvero di negare la deduzione rispettivamente di ricavi o di costi che siano stati determinati in misura non compatibile con i valori di mercato ed abbiano quindi prodotto uno spostamento di base imponibile da un ordinamento a fiscalità più onerosa ad un ordinamento a fiscalità meno onerosa.

Il principio può essere considerato e, conseguentemente, concretamente applicato dalle Amministrazioni finanziarie allorché si tratti di transazioni poste in essere tra imprese direttamente od anche solo indirettamente controllate o collegate.

In Italia simili problemi possono porsi, per le cosiddette *single ship companies*, di cui si è detto, che, nell'ambito di situazioni di controllo o collegamento indiretto, più di altre hanno occasione di pattuire corrispettivi di servizi resi reciprocamente.

Lo strumento di rettifica al valore normale dei corrispettivi convenuti tra le imprese che esprimono le caratteristiche di cui si è detto sono previsti negli ordinamenti di Argentina, Colombia, Italia, Messico, Spagna.

Il *transfer pricing* è strumento antielusivo di non facile applicazione in quanto le procedure per valutare il valore normale di riferimento delle singole transazioni sono complesse anche se riferite a quelle previste in uno speciale documento dell'OCSE. Tanto è vero che la medesima organizzazione ha avviato studi per conseguire una omogeneità degli strumenti e la predeterminazione semplificata delle prove.

25.2 - Altra norma antiabuso, è quella che riguarda le transazioni tra imprese residenti e soggetti domiciliati in ordinamenti a fiscalità privilegiata.

La normativa è suggerita e sollecitata dall'OCSE nei cui documenti sono anche approfondite definizioni e aspetti particolari.

Cosa debba intendersi per ordinamento a fiscalità privilegiata è previsto dai singoli ordinamenti nazionali che adottano tale norma antiabuso; in genere si può dire che si tratti di quegli ordinamenti il cui prelievo sul reddito è assente ovvero è comunque notevolmente inferiore a quello dell'ordinamento che, a sua tutela, ha introdotto la norma.

In alcuni casi, come quello italiano, inizialmente la previsione poteva essere applicata soltanto in occasione di rapporti tra soggetti direttamente o indirettamente controllati o collegati.

Successivamente la norma è stata estesa a tutte le possibili transazioni indipendentemente dalle situazioni di controllo o collegamento dei soggetti che le pongono in essere.

La norma consiste nella negazione della deducibilità dei costi sostenuti dalla impresa residente nei confronti di soggetti domiciliati negli ordinamenti a fiscalità privilegiata.

Si tratta, in sostanza, di una presunzione, in relazione alla quale soltanto alcuni ordinamenti prevedono, al fine di provare la esistenza di specifiche condizioni che giustificano le operazioni, la possibilità di fornire prova contraria.

I Paesi a fiscalità privilegiata sono quelli che vengono di norma inseriti in una *black list* di cui si dotano gli ordinamenti e che deve essere conosciuta dalle imprese che pongono in essere transazioni come quelle qui in esame.

La norma potrebbe essere penalizzante per le imprese che esercitano attività di trasporto marittimo ed aereo perché le stesse potrebbero avere istituito succursali in Paesi a fiscalità privilegiata, non tanto per averne dei vantaggi fiscali quanto ai fini della limitazione della responsabilità del vettore, o per acquisire servizi necessari per l'esercizio dell'attività di trasporto; potrebbero inoltre avere rapporti negoziali per acquisire servizi dietro corrispettivo con soggetti domiciliati in Paesi a fiscalità privilegiata (porti, aeroporti, scali tecnici).

Laddove non fosse ammessa alcuna prova contraria alla presunzione di abuso si avrebbe che i costi sopportati dalle imprese non potrebbero essere dedotti dalla base imponibile; laddove fosse ammessa la prova contraria le imprese dovrebbero premunirsi di ogni possibile documentazione per dimostrare la necessità e la realtà delle operazioni stesse.

25.3 - Alcuni Paesi hanno introdotto nel proprio ordinamento le cosiddette norme CFC (*Controlled Foreign Companies*), anch'esse suggerite e sollecitate dall'OCSE.

Tali norme realizzano un principio di trasparenza fiscale internazionale per quanto riguarda le imprese controllate e collegate; sono sorti problemi di un'eventuale incostituzionalità e come gli stessi possono essere superati quando sia previsto che il contribuente, in base all'inversione dell'onere della prova, possa provare la legittimità delle operazioni.

Lo strumento della CFC può essere articolato in modi diversi, fondamentalmente o attribuendo alla società residente, nella ricorrenza di certi presupposti, il reddito della società sussidiaria o considerando utile distribuito quello prodotto dalla sussidiaria.

Sono introdotte previsioni tendenti ad evitare unilateralmente doppie imposizioni, normalmente con la concessione di un credito d'imposta per quella pagata nell'ordinamento di competenza dalla sussidiaria.

Alcune legislazioni sono molto sofisticate nella valutazione della ipotesi di applicazione delle norme, in funzione antielusiva delle stesse.

Ricordo che la dottrina ed anche la giurisprudenza di alcuni Paesi (U.K., Francia) hanno sollevato dubbi di compatibilità delle norme CFC con quelle previste dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni, soprattutto per eventuale contrasto con le norme relative al reddito d'impresa, e come, egualmente, la dottrina ha sollevato dubbi circa la compatibilità delle norme in questione con i principi rilevanti del Diritto Comunitario.

Sui due punti non è stata fatta ancora sufficiente chiarezza.

26 - I tributi locali

26.1 - Dei tributi prelevati dalle Istituzioni che governano le suddivisioni territoriali interne dei Paesi (c.d. tributi locali) è più complesso ottenere soddisfacenti informazioni in relazione al tema che qui interessa.

Pur tuttavia il problema non è senza rilevanza.

Il potere impositivo per quanto riguarda i tributi locali dipende innanzitutto dall'ordinamento costituzionale del Paese.

Negli Stati unitari è il Parlamento nazionale che legifera in campo tributario e le leggi prevedono eventualmente l'attribuzione di una parte dei tributi riscossi alle entità territoriali minori.

Negli Stati ad organizzazione federale più o meno avanzata il potere tributario può essere riservato allo Stato prevedendosene l'attribuzione per alcune materie alle entità territoriali minori, ovvero, al contrario, il potere impositivo è attribuito alle entità territoriali minori con riserva di alcune materie allo Stato.

Mentre nel primo caso l'esercizio del potere tributario da parte delle entità territoriali minori deve essere compatibile con le leggi dello Stato,

e quindi può anche considerare i problemi relativi al prelievo tributario nei confronti di specifiche categorie di attività, tanto più se anche convenzionalmente regolate a livello internazionale, nel secondo caso può essere previsto un coordinamento che può comunque creare notevoli problemi applicativi.

Quindi, la possibilità di evitare o quantomeno ridurre unilateralmente le situazioni di doppia imposizione quando sono affrontate nell'ambito della legislazione interna di uno Stato sono affidate all'efficienza ed alla capacità di intervenire sul problema da parte del sistema di potere normativo espresso da ogni singolo Paese.

26.2 - In Argentina il potere impositivo delle province è stato esercitato inizialmente per concedere esenzioni alle esportazioni, in tema di *impuesto sobre los ingresos brutos*, soltanto di beni, ovvero anche estesa ai servizi; l'esenzione è stata successivamente estesa anche ai trasporti internazionali, con una qualche limitazione per quanto riguarda la individuazione delle attività connesse.

In particolare il governo della città di Buenos Aires non ammette in proposito alcuna agevolazione.

Le province di Buenos Aires e Cordoba hanno permesso l'esenzione per il trasporto internazionale svolto da imprese costituite in Paesi diversi da quello argentino con i quali l'Argentina abbia firmato accordi per evitare la doppia imposizione nella materia, a condizioni di reciprocità, e che prevedano che il prelievo tributario sia riservato al Paese nel quale le imprese sono costituite.

Le convenzioni che si riferiscono alla *impuesto sobre los ingresos brutos* (imposta sui trasferimenti) sono soltanto due.

Diverso è il problema della ricomprensione dei tributi locali nella disposizione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Ne tratterò più avanti nella parte della relazione che si occupa della normativa convenzionale.

27 - La crisi della competitività della flotta e la tonnage tax

27.1 - La complessità dei temi affrontati dimostra come sia necessario, in un prossimo futuro, ripensare il prelievo tributario delle imprese di navigazione marittima ed aerea al fine di adottare strumenti il più possibile uniformi e che non le penalizzano sotto il profilo della concorrenza.

Si è visto che sinora, sia pure con le differenziazioni necessarie quanto ai modi di esercitare le attività e quanto ad alcune delle attività stesse, sia le norme degli ordinamenti nazionali che quelle dell'ordinamento internazionale non hanno effettuato, tranne che in qualche caso, distinzioni tra le imprese di navigazione marittima ed aerea.

Per quanto riguarda il futuro questa distinzione bisognerà farla.

Prova ne siano sia il documento della Unione Europea *Community guidelines on State aid to maritime transport* del 1957 come le proposte per l'adozione da parte dei Paesi aderenti alla UE di un sistema di imposizione alternativo, identificato nella *tonnage tax*, ed ancora le sollecitazioni della ECSA (European Community Shipowners Association) sia, per altro verso, le proposte modificatrici ovvero interpretatrici delle norme convenzionali esistenti avanzate dalla IATA (International Air Transport Association), dalla ATA (Air Transport Association of America) e dalla AEA (Association of European Airlines) in sede di OCSE per quanto riguarda il trasporto aereo.

Il documento della Unione Europea ricorda come l'attuale sistema impositivo adottato dai singoli Stati, e malgrado una serie di incentivi fiscali introdotti da alcuni, non abbia ancora conseguito lo scopo del recupero della competitività delle flotte europee, limitata dal costo fiscale.

Il medesimo documento manifesta la convinzione che il reddito degli armatori è ottenuto spesso utilizzando navi che battono bandiera diversa da quella degli operatori e si pone in conseguenza l'obiettivo di riportare le navi sotto la bandiera di origine condizionando i regimi di favore fiscale, di norma, ad un collegamento con una bandiera comunitaria.

La Signora Loyola De Palacio, Commissario Europeo ai Trasporti, ha di recente confermato tra gli obiettivi principali della sua attività quello di garantire recuperi di competitività alle flotte comunitarie verificando se la formula della *tonnage tax* è quella giusta.

27.2 - La *tonnage tax* è un sistema di prelievo tributario sulle imprese di navigazione marittima, già in vigore in alcuni Paesi europei (Germania, Grecia, Norvegia, Paesi Bassi, U.K.) ed in fase di introduzione in altri (Belgio e Italia), mediante una imposta sostitutiva di quella ordinaria sul reddito basata su un sistema di determinazione forfetaria della base imponibile e di una determinazione in misura fissa della aliquota.

È un sistema di prelievo tributario che va nella linea dell'efficienza, patrocinato dai sostenitori del reddito normale o potenziale piuttosto che di quello effettivo.

Si tratta comunque di un sistema derogatorio rispetto a quello normale per la cui legittimità occorre superare, in molti ordinamenti, problemi di possibile contrasto con il principio della capacità contributiva.

Perché questo risultato sia ottenuto occorre che siano rispettate alcune condizioni identificate nella necessità che l'ammontare effettivo del tributo non si discosti da quello che sarebbe stato mediante applicazione di strumenti analitici e che gli strumenti di attuazione siano rispondenti ai principi di razionalità e di proporzionalità.

Dovranno essere risolti alcuni problemi fondamentali.

Lo strumento della *tonnage tax* è quello di determinare il tributo mediante la considerazione di una *cifra fissa per tonnellaggio* di stazza netta moltiplicata per i *giorni di operatività commerciale* della nave.

In alcuni casi, come in alcune nazioni europee, con l'aumentare del tonnellaggio diminuisce l'importo unitario per tonnellata, mediante l'individuazione di fasce di tonnellaggio.

Introducendo il criterio dei giorni di operatività della nave occorre precisare se ci si debba soffermare su quelli di *effettiva* operatività ovvero su quelli di *potenziale* operatività e che, in questo secondo caso, occorrerà considerare i periodi di *inattività* della nave.

Si pone poi un problema di *soggettività passiva*.

Occorre stabilire se potranno avvantaggiarsene soltanto i soggetti *propriari* della nave (*shipowners*) od anche quelli che ne hanno la gestione, sia pure, in alcuni casi, con il rispetto di un vincolo minimo di proprietà (25% come in U.K. e Paesi Bassi).

Sempre sotto il profilo della soggettività si deve valutare se debba avere rilevanza l'iscrizione nel registro della bandiera (come in Germania e Grecia), la residenza (come in Norvegia), la localizzazione ad un livello significativo di attività di gestione (come nei Paesi Bassi), la presenza qualificante (come in U.K.).

Per quanto riguarda il profilo oggettivo al momento le questioni rilevanti sembrano essere quella della limitazione del prelievo alle attività derivanti dal traffico internazionale ovvero della estensione anche alle attività di cabotaggio, nonché una più precisa definizione delle attività ausiliarie (*ancillary*).

Da ultimo, questione di non minore importanza è quella se comprendere nell'imposta le plusvalenze dalla cessione delle navi, come avviene in alcuni ordinamenti, o meno, coordinando tale previsione con le recenti modifiche in tema di *capital gains* al modello di convenzione OCSE di cui al precedente punto 4.2.

È da ricordare come, trattandosi di un sistema sostitutivo, sia assorbente di qualsivoglia differenziazione di risultato economico dell'impresa per cui esclude la considerazione delle perdite.

PARTE TERZA - I profili impositivi convenzionali

28 - Le convenzioni internazionali

Ho ricordato come le imprese di trasporto marittimo ed aereo siano, quanto meno le più grandi, a vocazione specificamente internazionale.

Ho anche ricordato come le situazioni di doppia imposizione che pos-

sono conseguire alla subordinazione del prelievo fiscale a diversi ordinamenti giuridici sono affrontate, al fine di evitarle o quantomeno ridurle, sia autonomamente nell'ambito delle legislazioni interne, sia mediate la stipula di accordi internazionali.

Dalla prima parte di questa relazione è emerso come le previsioni a livello nazionale siano non sempre complete, nel senso che non sempre riguardano tutte le possibili situazioni di doppia imposizione che si possono venire a creare, né dettagliate; in relazione al più ampio ambito di valutazione ed alla autorevolezza della sede in cui le convenzioni internazionali vengono elaborate, ne risultano previsioni che, anche se non sempre riescono a raggiungere l'obiettivo, sono sicuramente maggiormente approfondite e maggiormente precise nelle definizioni di criteri fondamentali per la soluzione dei problemi.

Il miglior approfondimento dei temi emerge anche dal fatto che l'interpretazione è frutto dell'integrazione fra i testi delle *Convenzioni* ed il testo del *Commentario*; mi riferisco in via principale al MC elaborato dall'OCSE, come si è evoluto nel tempo, sul quale si modellano quasi tutte le convenzioni stipulate, ed alla terminologia ivi utilizzata, alla quale si può comunque fare riferimento, a meno che non risultino chiare evidenze contrarie, anche nel caso in cui in alcune convenzioni siano state introdotte deroghe.

Il Commentario, in particolare, acquista rilevanza perché è comunque condiviso dai rappresentanti dei Paesi membri che, se non hanno espresso riserve, hanno inteso accettarne i criteri interpretativi e si sono impegnati ad attenersi.

Il MC dell'OCSE (al quale si affianca un MC dell'ONU e alcuni modelli di specifici Paesi fra i quali il più rilevante è quello degli Stati Uniti), si riferisce a *convenzioni generali* per evitare le doppie imposizioni e prevede, all'interno, l'art. 8 ed altre specifiche previsioni che riguardano le attività delle imprese di trasporto marittimo ed aereo; sono stati stipulati tra i Paesi *anche accordi che riguardano specificamente le attività in questione*, pur se in numero limitato, ed esistono accordi a livello di Amministrazioni.

Anche il *patto andino* contiene un MC per evitare le doppie imposizioni tra gli Stati membri ed anche un MC per la stipula di accordi tra gli Stati membri e Paesi terzi.

Il MC tra gli Stati Membri si qualifica per alcune notevoli differenze dal MC dell'OCSE tra le quali, principale, quella della adozione del principio della tassazione alla fonte.

Comunque non risulta essere inclusa una specifica previsione per quanto riguarda le attività delle imprese di navigazione marittima ed aerea e, per quanto risulta dalle relazioni nazionali, di fatto quasi tutte le

convenzioni stipulate dai Paesi interessati sono riferite al MC dell'OCSE ed in qualche caso al MC degli Stati Uniti.

29 - I rapporti tra convenzioni generali e speciali

Nel caso un Paese abbia stipulato con un altro Paese sia una *convenzione generale* che una *convenzione speciale*, relativa alle attività delle imprese di trasporto marittimo ed aereo, si possono porre problemi di compatibilità per il caso in cui nella *convenzione generale* fossero inserite previsioni che regolamentano le attività in questione e nella *convenzione speciale* fossero inserite previsioni in deroga a quelle della *convenzione generale*.

Il problema andrebbe risolto in base al principio della prevalenza della norma speciale su quella generale avendo cura però di risolvere i problemi che possono sorgere dalla successione delle leggi nel tempo e che comportano eventuali abrogazioni tacite di norme, laddove non siano espresse.

In ogni caso è da notare che le *convenzioni speciali* di norma non contengono previsioni generali di riferimento a principi e regole di procedura che sono invece previste nelle *convenzioni generali*.

Anche sotto questo profilo si pone il problema del rinvio interpretativo od integrativo alle convenzioni generali.

In particolare l'interpretazione di una norma di una *convenzione speciale* dovrà farsi con riferimento, in quanto necessario, per quel che riguarda i principi generali, a quelli della *convenzione generale* così come dovrà farsi riferimento alla convenzione generale per quanto riguarda regole di procedura che in relazione alla *convenzione speciale* dovessero essere poste in essere; mi riferisco in modo particolare nel primo caso alle regole di interpretazione, che comprendono anche quelle previste dalla convenzione di Vienna sui Trattati, ad alcune definizioni ed ai rinvii alle legislazioni degli Stati contraenti, al divieto di discriminazioni, ai metodi per evitare le doppie imposizioni; nel secondo caso allo scambio di informazioni ed alle procedure amichevoli nonché alle disposizioni antielusive.

Diverso problema è quello che nasce dalla successione delle norme nel tempo e dalla valenza delle interpretazioni del Commentario in relazione a disposizioni precedenti.

In occasione del MC del 1977 nel Commentario fu precisato che anche le disposizioni del MC precedenti avrebbero dovuto essere interpretate secondo le indicazioni del Commentario, in quanto possibile, dovendosi riconoscere alle stesse valenza generale.

30 - La storia e l'evoluzione dell'art. 8

L'importanza delle previsioni normative per evitare le doppie imposizioni è dimostrata nel settore specifico del trasporto aereo e marittimo dalla attenzione costante che è stata riservata ai problemi del settore da parte delle Organizzazioni Internazionali, anche interessate alle elaborazioni dei MC (N.U., OCSE, CE ecc...) e dagli interventi da parte delle Associazioni di categoria quali, fra altre, ECSA (*European Community Shipowner Association*) e Confitarma per quel che riguarda il trasporto marittimo, IATA (*International Air Transport Association*), ATA (*Air Transport Association of America*), AEA (*Association of European Airlines*) per quel che riguarda il trasporto aereo.

Un rapido sguardo alla evoluzione dei MC, in base alla quale si è giunti alla introduzione, con la formula attualmente in vigore, dell'art. 8 in quello del 1963, dimostra chiaramente le difficoltà che si sono dovute affrontare, soprattutto per quanto riguarda l'estensione delle attività, in un primo momento previste soltanto quali quelle *marittime* e solo successivamente estese a quelle in ambito *fluviale ed aereo*, e per quanto riguarda il criterio di attribuzione del potere di imposizione per un certo tempo alternato fra *domicilio e residenza* e poi finalmente stabilmente fissato in quello del *luogo di direzione effettiva*.

Del problema che qui occupa ci si è cominciati ad interessare sin dai tempi del Comitato Finanziario della *Legg delle Nazioni*.

Nel rapporto degli esperti tecnici del 1925 si è precisato che i trasporti internazionali avrebbero dovuto essere considerati in maniera differente da quella di qualsivoglia altra attività di affari, in ragione delle difficoltà che sarebbero state incontrate nell'attribuzione proporzionale dei redditi alle diverse giurisdizioni.

L'estensione alle attività di trasporto *aereo* si ebbe nella bozza di MC dalla *Legg delle Nazioni* del 1928.

È stato il Commentario a detto Modello che ammise la possibilità di estendere il medesimo regime anche alle attività di trasporto *fluviale o lacustre*.

Nel MC del Messico del 1943 il potere impositivo fu attribuito allo Stato in cui la nave o l'aeromobile fossero stati *registrati* mentre il successivo Modello della Convenzione di Londra del 1946 ebbe ad adottare il criterio dello Stato in cui l'impresa avesse il proprio *domicilio fiscale*.

Le valutazioni e le soluzioni suggerite dalla *Legg delle Nazioni* furono riprese dal Comitato degli Affari Fiscali della, nel frattempo istituita, OCSE.

Si è partiti dalla considerazione, evidenziata nel rapporto del 1959, che per la natura delle loro attività le imprese di trasporto marittimo ed

aereo sono molto più esposte che altre imprese industriali e commerciali ai pericoli della doppia imposizione, in quanto sono passibili di prelievo tributario nel loro Paese e negli altri Paesi nei quali ricevono pagamenti per il trasporto di passeggeri o merci ovvero per l'espletamento delle altre loro attività.

Si è così pervenuti ad inserire nel MC 1963 l'art. 8, che prevede l'attribuzione del potere impositivo al Paese nel quale si svolge la *direzione effettiva dell'impresa*, criterio mantenuto nei MC successivi.

Ha assunto, quindi, rilevanza l'art. 8 del MC OCSE, che riguarda l'esercizio di navi o aerei nel traffico internazionale.

Si tratta di una norma *attributiva di potere impositivo* ad uno Stato contraente piuttosto che ad un altro, in relazione ad un particolare tipo di attività, esercitata in particolari condizioni; alcuni studiosi ritengono, in base a ricerche storiche, che l'articolo sia stato inserito nel MC del 1963 in quanto si sarebbe prestato ad essere valutato insieme ad altri punti controversi al fine di reciproche concessioni.

La complessità della materia relativa alla eliminazione della doppia imposizione per le attività che qui interessano è dimostrata innanzitutto dai tempi e dal modo in cui l'evoluzione della regolamentazione è avvenuta ed anche dalle soluzioni che si sono dovute individuare, laddove non è stato possibile riconoscere valenza per le imprese in questione al criterio della stabile organizzazione che non sarebbe stato idoneo a risolvere i problemi della categoria, nonché dalla impossibilità di utilizzare, quanto alla determinazione delle basi imponibili, il criterio dell'attribuzione proporzionale dei redditi.

31 - I tributi considerati dalla convenzione

L'art. 8 non prevede alcuna specifica previsione relativa ai tributi presi in considerazione.

Il riferimento d'obbligo è all'art. 2 che si occupa della questione in generale, interpretandolo in relazione alla specificità dell'art. 8 stesso.

Come chiarisce il Commentario, l'art. 2 è strutturato in modo da allargare al massimo possibile il campo di applicazione delle pattuizioni convenzionali onde includervi, per quanto possibile, le tasse istituite dalle suddivisioni politiche degli Stati contraenti o dalle Autorità locali.

È precisato anche che non è rilevante l'identificazione delle Autorità che avrebbero imposto tali tasse ed a titolo esemplificativo cita regioni, province, dipartimenti, cantoni, distretti, *arrondissements*, *kreise*, municipalità ovvero gruppi di municipalità.

È importante notare come sia sottolineato che anche il metodo del

prelievo dei tributi è irrilevante, che si tratti di *imposizione* o che si tratti di *esenzione alla fonte*, di *sovratasse* o di *addizionali*; dovrebbero quindi potersi ricomprendere anche le *imposte sostitutive*, pur se non menzionate.

Il più volte ricordato art. 8 del Modello di Convenzione attribuisce il potere impositivo allo Stato contraente in cui è situata la *direzione effettiva* delle imprese.

Il Commentario nulla dice circa la definizione dello Stato contraente, se ciò debba intendersi soltanto lo Stato nella sua centralità ovvero possano ricomprendersi anche le suddivisioni territoriali interne.

Trattandosi di una norma di attribuzione di poteri mediante suddivisione riterrei che con la indicazione del *solo* Stato contraente si comprenda la intera organizzazione istituzionale di questo, quindi si comprendano anche le istituzioni rappresentative delle suddivisioni territoriali interne.

Quando gli Stati abbiano convenuto accordi *speciali* che abbiano egualmente suddiviso il potere impositivo attribuendolo ad uno solo degli Stati contraenti ritengo che se non emerge diversamente dalle espressioni della Convenzione si debba, per quanto qui interessa, giungere alle medesime conclusioni cui si giunge per le convenzioni generali.

Deve comunque trattarsi di imposte sul reddito o sul capitale, elencate nelle convenzioni stesse, su accordo delle parti, che hanno quindi convenuto sulla qualificazione di imposte sul reddito o sul capitale di quelle elencate.

Essendo pure prevista l'estensione della previsione convenzionale ad ogni imposta identica o sostanzialmente simile a quella elencata, introdotta negli ordinamenti degli Stati contraenti dopo la firma della Convenzione, si tratta, il caso essendo, di valutare l'identità o la sostanziale similarità.

Per l'Italia possono svolgersi alcune considerazioni che riguardano l'IRAP (Imposta Regionale sulle Attività Produttive), che colpisce il valore, come normativamente delimitato, prodotto dalle imprese.

Tali considerazioni mi sembrano emblematiche per i problemi posti dalla richiamata valutazione.

L'art. 12, comma 2, del D.L. n. 446/1997 precisa che si considera prodotto nel territorio della Regione il valore derivante dall'esercizio di attività commerciali di soggetti non residenti esercitata nel territorio stesso mediante stabile organizzazione, che è presa in considerazione al fine dell'attribuzione del tributo alle Regioni e non al fine di attribuire il potere impositivo per evitare le doppie imposizioni.

Il citato D.L. n. 446/1992 dispone poi l'esclusione dalla base imponibile IRAP del valore della produzione espressamente riferibile all'eserci-

zio di navi iscritte nel Registro internazionale, delle navi cioè che esercitano attività transnazionale.

L'art. 3, commi 144 e ss., della L. n. 662/1996 ha sancito l'equiparazione, ai fini dei Trattati bilaterali contro la doppia imposizione, dell'IRAP ai tributi erariali aboliti (ILOR ed imposta sul patrimonio netto).

Si è trattato di una qualificazione *unilaterale* che in quanto tale non influisce sulla qualificazione del tributo in base alle norme pattizie che trovano applicazione a prescindere dalla qualificazione data dalle norme interne.

Si è quindi determinata la necessità di prevedere specificamente l'inclusione dell'IRAP nell'ambito di applicazione delle convenzioni, determinandone la cosiddetta "accreditabilità" attraverso specifiche previsioni di natura pattizia, qualora le caratteristiche del nuovo tributo lo consentano.

Tanto è vero che alcuni Stati hanno preteso una nuova negoziazione in proposito.

32 - Il traffico internazionale

38

L'art. 8 primo capoverso conferma il criterio del luogo di *direzione effettiva* dell'impresa per l'individuazione dello Stato contraente avente la potestà di imporre i redditi derivanti dall'esercizio in *traffico internazionale* di navi od aerei.

Al fine di definire il termine "traffico internazionale" occorre aver riguardo all'art. 3 del MC, che contiene le definizioni generali, e che alla lettera e) del primo paragrafo lo definisce qualsivoglia *trasporto per nave o aeronave effettuato da un'impresa che ha in uno degli Stati contraenti il luogo della direzione effettiva con l'eccezione del caso in cui la nave ovvero l'aeronave operino esclusivamente fra luoghi situati nell'altro Stato contraente.*

È comunque previsto che gli Stati possono sostituire al criterio del luogo effettivo di direzione quello della *residenza*.

Ne consegue che ciascuno Stato contraente è libero di tassare il traffico interno e che solo uno Stato nel quale sia posta la direzione effettiva dell'impresa può anche tassare il traffico internazionale tra i due Stati contraenti, tra uno Stato contraente ed uno Stato terzo, tra Stati terzi.

La qualificazione di traffico internazionale non viene meno se la nave o l'aeronave lungo il percorso effettuano fermate nell'interno dell'altro Stato contraente, nell'ambito di un viaggio più lungo che tocchi luoghi di partenza o arrivo fuori dall'altro Stato contraente; si parla in questo caso di due tratti interni del viaggio (*inland legs*).

Tale interpretazione è stata resa possibile dalle modifiche apportate al Commentario nel 2000, introducendo i paragrafi 6.1 - 6.3, sollecitate dal venir meno nella UE delle restrizioni al cabotaggio aereo e dalla liberalizzazione dell'attività di navigazione marittima.

Pur tuttavia quegli Stati che ritengono riferire la definizione di traffico internazionale al trasporto del singolo passeggero o merce convengono che tali trasporti operati tra due luoghi del medesimo Stato contraente non sono da considerarsi tali anche se il mezzo è utilizzato in traffico internazionale.

Sono emersi, quindi, due diversi modi di affrontare la qualificazione di traffico internazionale; l'una è basata sulla considerazione del *mezzo* in relazione ai percorsi, l'altra è basata sulla considerazione dei *singoli passeggeri o merci* trasportati e sulle *tratte* da loro percorse.

Nel caso del cabotaggio, cioè di trasporto operato tra approdi situati nel medesimo Stato, non è possibile invocare l'art. 8 anche se parte del viaggio avviene fuori dallo Stato e dovranno invece essere applicate le previsioni dell'art. 7 che riguardano il reddito d'impresa in generale.

La medesima qualificazione di traffico internazionale deve essere riconosciuta ai trasporti in acque fluviali o lacustri effettuati non soltanto tra due o più Paesi ma anche da un'impresa di un Paese fra due luoghi situati in altro Paese.

Ho ricordato che dal 1° aprile 1997 nell'ambito della Comunità Europea si è avuta la *liberalizzazione dei trasporti aerei* a titolo oneroso di passeggeri e merci, sia di linea che di *charter*, effettuati all'interno del territorio comunitario; il che comporta che il trasporto può essere effettuato tra diversi scali della Comunità da vettori il cui Stato di bandiera sia diverso da quello degli Stati degli scali.

In applicazione dei ricordati principi si avrebbe che la potestà impositiva sarebbe esercitata dallo Stato in cui è localizzata la sede della direzione effettiva oltre che per quel che riguarda il traffico interno ed il traffico tra luoghi interni e luoghi in differenti giurisdizioni, anche per il traffico tra Stati terzi.

Convegno con i commentatori che hanno sottolineato l'esclusività della previsione del comma 1 dell'art. 8 e ne hanno tratto conseguenza che la locuzione traffico internazionale sia usata in senso più ampio rispetto al significato che comunemente può essere attribuito a tale espressione.

33 - Il luogo di direzione effettiva

L'art. 8 prevede quale *criterio di attribuzione della potestà impositiva* quello del luogo in cui si trova la *direzione effettiva*.

È necessario chiarire cosa si intenda per luogo di direzione effettiva e questo è uno dei criteri la cui definizione può essere tratta dal commentario al Modello di Convenzione.

È innanzitutto da considerare che per ovviare al caso in cui il luogo di direzione effettiva di un'impresa sia collocato in uno Stato diverso da quello di cui l'impresa è residente in alcune convenzioni gli Stati hanno convenuto di conferire la *potestà esclusiva impositiva* allo Stato di *residenza*. Si applica in tal caso l'art. 7 anziché l'art. 8.

In altri casi il criterio del *luogo di direzione effettiva* è combinato con il criterio della *residenza* nel senso che in alcune convenzioni è previsto che laddove il criterio del luogo di direzione effettiva non sia idoneo ad eliminare la doppia imposizione si utilizza quello della residenza.

L'adozione del criterio di direzione effettiva di un'impresa, o anche di residenza, costituisce deroga al principio generale previsto dal MC per l'imposizione del reddito di impresa, che è quello della *stabile organizzazione*.

C'è anche da osservare che con l'introduzione del criterio della direzione effettiva dell'impresa viene utilizzato un criterio che non è esclusivo dell'art. 8 perché è già previsto all'art. 4; mentre però all'art. 8 è usato quale criterio per l'attribuzione della potestà di imposizione all'art. 4 è usato quale criterio residuale di individuazione della residenza nei casi in cui gli altri criteri non fossero risolutivi (*tie break rule*).

Il concetto di luogo di direzione effettiva non trova definizione nel MC ed egualmente non è di molto aiuto il Commentario.

Alcuni autori hanno ritenuto che il contenuto del concetto debba essere interpretato utilizzando le norme previste dalla Convenzione di Vienna sulla Legge dei Trattati; occorre, quindi, aver riferimento al significato ordinario dei termini utilizzati tenendo presente che devono essere utilizzati i significati attribuiti ai termini nelle relative nazioni contraenti, a meno che il contesto non richieda diversamente.

Non c'è dubbio che il concetto di luogo di direzione effettiva deve essere recepito dalle legislazioni nazionali e che, a causa di differenti interpretazioni il procedimento possa portare a conflitti di giurisdizione e, conseguentemente, a non risolvere il problema della doppia imposizione.

Per luogo di direzione effettiva può intendersi quello in cui tutta o parte dell'attività dell'impresa è svolta; tale criterio però, a parte le obiezioni che si possono esprimere, non può essere risolutivo per le imprese di trasporto marittimo o aereo.

Si pone quindi il problema se si debba avere riguardo al *day by day management* ovvero allo *strategic management*, cioè al luogo in cui si prendono le decisioni strategiche prima ancora che operative.

Klaus Vogel ha giustamente richiamato l'attenzione sulla differenza fra luogo di direzione e luogo di *effettiva* direzione; qualche suggerimen-

to può essere dato dalle più precise definizioni contenute in alcune legislazioni nazionali.

Mi sembra che la distinzione tra la direzione dell'*operatività quotidiana* dei mezzi e la direzione *strategica* cioè la scelta dei mercati, la pianificazione dell'acquisto o del noleggio dei mezzi, la pianificazione delle risorse economiche, la negoziazione dei contratti di assistenza, e quant'altro, sia quella che rileva.

Una situazione particolare può essere quella in cui il luogo di direzione effettiva fosse a *bordo di una nave*.

Il Commentario si è dato carico della situazione e ritiene che in tal caso la potestà di imposizione debba essere riconosciuta e attribuita allo Stato del porto-base della nave e nel caso non fosse possibile localizzarlo, allo Stato di residenza del soggetto che gestisce la nave.

Il criterio di attribuzione della potestà impositiva è comunque soggetto a possibile revisione, almeno con riferimento a casi specifici. Nel settembre 2001 un gruppo di lavoro istituito nell'ambito del Comitato Affari Fiscali dell'OCSE ha iniziato la valutazione, dopo consultazioni con organismi rappresentativi delle imprese di trasporto aereo e marittimo, dell'idoneità del criterio del luogo della direzione effettiva nel caso in cui si utilizzino strumenti informatici.

Sulla scorta di quanto previsto nel documento del 2001 "*The impact of communication revolution on the application of effective management on a tie breaker rules*", ci si è posta la domanda se si tratti di definire meglio il criterio ovvero di ricorrere alla individuazione di nuovi parametri. La questione è posta in relazione all'art. 4, comma 3, ma ha riflessi pure sull'art. 8.

34 - L'esercizio di navi e aeromobili

34.1 - È necessario chiarire il significato di esercizio di navi o aeromobili al fine di determinare quali imprese di navigazione possano fruire del regime di esenzione di cui all'art. 8 e quali, invece, ricadano nell'ambito applicativo dell'art. 7 (reddito di impresa).

Il chiarimento si ha dall'analisi delle specifiche attività dalle quali i redditi sono derivati.

I redditi in discorso sono innanzitutto quelli che le imprese traggono dal trasporto dei passeggeri o delle merci.

Si tratta, quindi, innanzitutto, dei redditi prodotti dalle attività fondamentali, alle quali si può aggiungere, per il trasporto aereo, quello del trasporto della posta, diversamente considerato da quello della merce data la specificità del servizio.

Se ci si dovesse limitare a tale individuazione anche il Commentario ammette che la stessa risulterebbe ingiustificatamente restrittiva, in considerazione degli sviluppi e dell'allargamento delle attività di trasporto marittimo ed aereo.

Si ritiene, conseguentemente, che la previsione riguardi altre categorie di redditi che, essendo quelli che derivano dalle attività valutate in ragione della loro natura o della stretta relazione con quelli di trasporto, possono essere considerati della medesima categoria.

34.2 - Nei paragrafi successivi il Commentario esamina alcune di queste attività ma l'elencazione non può sicuramente essere ritenuta esaustiva.

Si ritiene che essendo la potestà impositiva attribuita ad un solo Stato non sia necessario avere analitiche definizioni dei redditi ricompresi, perché in definitiva si tratta di applicare norme generali di interpretazione.

Pur tuttavia l'analisi interpretativa dovrebbe essere condotta in relazione ai *negozi* che producono i redditi ed all'oggetto dei negozi stessi, in base ad un criterio logico, quale quello delle *connessioni dirette* e della *funzionalità*, e ad uno fattuale.

Emblematico è il noleggio di una nave ovvero di una aeronave completamente armata e messa a disposizione con equipaggio (*charter fully equipped, manned and supplied*); il reddito che se ne ritrae deve avere la stessa considerazione dei redditi derivanti dal trasporto di passeggeri e merci; ciò per evitare che i redditi derivanti da una buona parte dell'attività dovessero rimanere esclusi dalla specifica previsione.

Diversa è l'ipotesi in cui la nave ovvero l'aeronave siano nolggiate *on a bare boat charter basis*, a meno che tale attività costituisca fonte solo *occasionale* di reddito di una impresa di trasporto marittima od aerea.

In tale tipo di noleggio mancano gli elementi idonei alla qualificabilità, sia pure per assimilazioni, di attività di trasporto, in quanto hanno ad oggetto il mezzo e non l'attività.

Ancora una volta emerge un'interpretazione estensiva al fine di rendere la previsione di più pregnante valenza.

34.3 - Le *attività ausiliarie (ancillary)* prese in considerazione a titolo di esempio sono quelle della vendita di biglietti per passaggi per conto di altre imprese, la gestione di un servizio di autobus per congiungere la città con gli aeroporti o porti, le attività di pubblicità e propaganda commerciale, il trasporto di beni con mezzi che collegano depositi con porti od aeroporti.

Un caso molto particolare, preso in esame sempre a titolo di esempio, ma che conferma come la valutazione delle attività ausiliarie debba esser fatta sulla base del negozio e del modo di espletamento dell'attività

in relazione al fine del trasporto, è quella relativa al trasporto di merci che devono essere *consegnate* al *destinatario* nell'altro Stato ed in cui l'attività di consegna, viene ritenuta connessa all'attività di trasporto internazionale e quindi rientrante nella previsione dell'art. 8, sempreché effettuata dal medesimo titolare del trasporto.

Il trasporto a mezzo *container* è diventato sempre più rilevante sia in quelli interni che in quelli internazionali.

Si è posto il problema se classificare i redditi che ne derivano quali derivanti da attività ausiliarie e quali, quindi, rientranti fra quelli di cui alla regolamentazione ex art. 8.

In effetti nella MC del 1963 e del 1977 il noleggio di *containers* fu considerato dar luogo a "*royalties*" in quanto ricomprensibile nella definizione di *uso o diritto di uso di apparecchiature industriali, commerciali, scientifiche*.

Tale definizione è stata successivamente soppressa al fine di far rientrare tali ricavi fra i redditi di impresa.

Per quanto riguarda i medesimi ricavi conseguiti dalle imprese di trasporto internazionale, e sempreché il noleggio di *containers* sia funzionale all'attività di trasporto, gli stessi sono da considerarsi conseguentemente compresi nella previsione dell'art. 8.

Alcuni Paesi, fra cui l'Italia, il Messico e la Spagna, si sono riservati il diritto di continuare ad includere, fra altri, il reddito derivante dal noleggio di *containers* nella definizione di *royalties* di cui all'art. 12 del MC.

Sono prese anche in considerazione le attività che sono propriamente separate da quelle del trasporto e la cui funzionalità a quest'ultima può essere discussa, menzionando, ad esempio, la gestione di un *hotel* a terra, ritenuto escluso a meno che non sia gestito *esclusivamente* per l'alloggio dei passeggeri in transito quando il viaggio duri più di un giorno.

In tal caso il Commentario equipara l'*hotel* ad una sala d'aspetto!

Mediante la gestione di un albergo il gestore mette a disposizione dei clienti l'alloggio ed i servizi annessi. Tali servizi vengono anche prestati a bordo di una nave nell'ambito del trasporto di passeggeri. In tal caso non avrei dubbi che, quando necessari, sarebbero non solo funzionali ma addirittura espressione di un aspetto essenziale dell'attività di trasporto internazionale.

34.4 - Oggi sono molto sviluppate le attività che a terra, soprattutto negli aeroporti, una Compagnia svolge prestando servizi in favore di un'altra Compagnia (*handling*).

Soprattutto la gestione dei magazzini a questo scopo pone non pochi problemi a causa del grande numero di pezzi che devono essere conservati per l'occorrenza.

Si tratta di servizi che pongono problemi dopo le modifiche intro-

dotte nel 2000 al Commentario all'art. 8 per quanto riguarda i servizi ausiliari (*ancillary*).

Le attività, soprattutto per quanto riguarda le Compagnie aeree, sono le medesime che sono svolte a sostegno delle operazioni *proprie* ed a *quelle della Compagnia cliente*.

L'attribuzione di costi e ricavi ai due tipi di attività, svolte in luoghi sottoposti a giurisdizioni diverse, pone problemi quasi insolubili per i quali, tra l'altro, occorrerebbe far riferimento ad una moltitudine di convenzioni.

Le nuove espressioni del comma 10.1 del Commentario non sono di facile intelligenza; dopo aver sommariamente descritto i servizi, si prevede il caso di una Compagnia che, avendo necessità di avere in un altro Stato una organizzazione di appoggio alla operatività delle proprie navi o aerei, produce redditi *anche* mediante prestazioni di assistenza ad altre Compagnie che esercitano il trasporto.

Se ne trae la conseguenza che tali ultimi redditi, non rientrando fra quelli derivati dalle attività di trasporto delle Compagnie che li producono, *normalmente* non rientrerebbero nelle previsioni dell'art. 8.

Purtuttavia si giunge a conclusioni contrarie laddove i servizi prestati fossero funzionali rispetto alle operazioni di traffico internazionale del soggetto cui vengono prestate.

Il problema è che non si trova alcun chiarimento circa il significato di funzionalità (*supplementary and incidental*) alle operazioni di trasporto internazionale e preoccupa che le attività di cui è questione siano qualificate *normalmente* non rientranti nella previsione dell'art. 8 quando la realtà indica che *normalmente* dovrebbero rientrarvi.

Il settore della attività di *handling* presenta anche altre ambiguità.

Tali attività possono essere prestate da più Compagnie organizzate in *pool* nei confronti delle stesse Compagnie ovvero di Compagnie terze.

In questo caso sotto il profilo formale verrebbe meno il requisito che l'attività di *handling* dovrebbe essere esercitata, per essere agevolata, da soggetti che esercitano il trasporto, che è comunque l'attività esercitata dalle Compagnie che compongono il *pool*.

È un aspetto che andrebbe chiarito.

34.5 - Di recente nell'ambito degli accordi delle Compagnie aeree è emersa la necessità del cosiddetto *code sharing*, dell'attribuzione cioè ad un volo gestito da una Compagnia anche del codice di identificazione dello stesso volo, ma di altra Compagnia, avendo i due soggetti convenuto una gestione associata dell'attività.

Le Compagnie negoziano anche come attribuirsi porzioni di reddito relative all'attività di trasporto esercitata con tale metodo.

Tali condizioni non dovrebbero far venir meno, trattandosi di traffi-

co internazionale, le caratteristiche concettuali di attività produttrice di reddito che per natura è direttamente connessa con l'attività di produzione di reddito della Compagnia che gestisce il volo, per cui anche il reddito prodotto dalla Compagnia che attribuisce il suo codice dovrebbe rientrare nelle previsioni dell'art. 8.

34.6 - Fra i redditi prodotti da attività ausiliarie si annoverano anche gli interessi che le imprese possono ricavare da operazioni di investimento, purché queste siano effettuate per dotare della necessaria liquidità l'attività di esercizio delle navi od aeronavi in traffico internazionale nello Stato contraente.

Tali interessi possono essere attratti ai redditi derivanti dalla attività principale a condizione che il finanziamento sia direttamente utilizzato per le attività di trasporto.

Qualora non si riscontrasse il nesso diretto e funzionale, tra lo scopo delle operazioni di investimento e l'attività di trasporto internazionale, il corrispettivo della prima dovrebbe essere considerato, al fine del prelievo tributario, secondo l'intrinseca natura della operazione.

Chiarimenti in tal senso sono forniti dal Commentario.

34.7 - Il Commentario nota ancora che dalle espressioni dei paragrafi I e II può ricavarsi che le imprese che non effettuano *soltanto* attività di trasporto aeronavale ovvero trasporto per vie acquatiche terrestri, comunque rientrano nella previsione dell'art. 8 *limitatamente* ai redditi che provengono dalle operazioni di gestione di navi, barche e aerei che appartengono loro.

45

35 - Attività esercitata per mezzo di stabile organizzazione

Le imprese possono anche non svolgere esclusivamente attività di trasporto marittimo ed aereo, pur tuttavia potranno avvantaggiarsi del regime di favore per i redditi prodotti mediante tali attività.

Particolari problemi possono porsi quando tali imprese hanno in un Paese estero una stabile organizzazione.

Nel caso in cui tale S.O. svolgesse esclusiva attività connessa con l'esercizio delle navi o degli aerei dell'impresa ne conseguirebbe una qualificazione eguale a quella di una S.O. di una impresa esercente l'attività esclusivamente.

Nel caso in cui la S.O. non dovesse svolgere esclusivamente attività di trasporto marittimo o aereo occorre valutare se ricavi e costi derivanti da operazioni effettuate tra l'impresa e la S.O. siano attribuibili a questa.

Normalmente tale ipotesi non dovrebbe verificarsi per cui essendo ri-

cavi e costi attribuibili alla impresa ne seguirebbero la qualificazione ai fini impositivi.

36 - Le norme antielusive convenzionali

Disposizioni antielusive sono di norma contenute anche nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni.

Per quanto riguarda i soggetti e le attività qui prese in considerazione ritengo applicabile in primo luogo quelle cosiddette del *beneficial owner* e del *subject to tax*; quest'ultima in particolare è ricavabile dalla previsione contenuta nel paragrafo 1 dell'art. 8 dove è detto che i redditi in questione sono tassabili solo (*only*) nello Stato contraente in cui si trova il luogo della direzione effettiva.

Bibliografia

- ADONNINO P. - *La residenza quale strumento di attribuzione della soggettività passiva tributaria in relazione a diversi ordinamenti giuridici*, in "Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa" - II, pag. 637 - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- AMATUCCI A. - *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in "Rivista Diritto Tributario internazionale" n. 1/1999, pagg. 59-94.
- ARNTZEN T. - *Norwegian tonnage tax regime* - Arlinton Tax Analyst 1998.
- AVERY JONES J. F. - *The non discrimination Article in Tax Treaties*, in "British Tax Review", 1991/11-12, 421-452.
- BERGANTINO A. S. - *La "tonnage tax": il progetto italiano e le esperienze europee - Tonnage tax: the Italian proposal and the European experiences*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" n. 3/2002, pag. 49.
- BROWNRIGG M. - *"Tonnage tax" un nuovo inizio? - Tonnage tax a new beginning?*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" n. 3/2002, pag. 353.
- BULL S. - *Tonnage tax an overview*, in "The corporate tax review", Volume 3 - Issue 2, 2000.
- DAVIES D. R. - *Principles of International Double taxation Relief* - London, 1985.
- DESMYTTER J. ET HUTHCINGS G. - *Imposition de transport maritimes ou aériens internationaux*.
- GUINER A. - *Un ambiente competitivo per i trasporti marittimi europei - A competitive environment for European shipping*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" n. 3/2002, pag. 370.
- HUND D. - *The development of Double Taxation Conventions with particular reference to taxation of international Air Transport*, in "Bulletin", 1982, 111-114.
- LANG D. - *Taxation of International Aviation: A Canadian Prospective*, in "Canadian Tax Journal", 1992, 881-901.
- LANTHIER ALLEN - *Incentives for international shipping operations* - IBFD.
- LEO M. - *La cosiddetta "tonnage tax" - Ipotesi di introduzione in Italia - The so-called "tonnage tax" - Possibility of introduction into Italy*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" n. 3/2002, pag. 33.
- LEVINE HOWARD AND BERGER HOWARD - *Charges in U.S. taxation of income from ships and aircraft* - Toronto, Ontario - Canadian Tax Foundation 1986.
- MAISTO G. - *The history of Article 8 of the OECD Model treaty on taxation of shipping and air transport*, in Sonderdruck aus Staaten und Steuern - Festschrift für Klaus Vogel - C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- MAISTO G. - *The shipping and Air transport Provision (art. 8) in the Italy USA double taxation agreement* - Daventer Kluwer 1995.

- PICCIAREDDA F. - *In margine alle convenzioni in tema di doppia imposizione sul reddito: il trasporto aereo internazionale* - Roma, "Diritto dei trasporti" 2000, pagg. 345 ss.
- PUOTI G. - *La fiscalità marittima nella Unione Europea: la prospettiva italiana anche alla luce della legge delega per la riforma del sistema tributario* - *Maritime fiscal policy in the European Union: the prospects in Italy also in the light of the enabling law for the reform of the taxation system*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale" n. 3/2002, pag. 9.
- SARNO G. M. - *Shipping, inland waterways transport and Air Transport under art. 8 OECD MC*, in "Diritto e Pratica Tributaria Internazionale", 2000, pagg. 239 ss. - CEDAM - Padova.
- SOLLUND S. AND TALMO F. - *New tax regime for shipping Companies* - Amsterdam IBFD 1997.
- VOGEL K. - *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, The Hague, 1997.
- UCKMAR V. - *Le Convenzioni contro le doppie imposizioni con riguardo alla America Latina*, in "Diritto e Pratica Tributaria", 2001 - Parte I, pagg. 1179 e ss.

Testi da consultare

a) Lega delle Nazioni e OECD

- Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, League of Nations, Document E.F.S. 73 F. 19, Geneva, April 5, 1923.
- Double Taxation and Tax Evasion - Report and Resolutions Submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations, League of Nations, Document F. 212, Geneva, February 7, 1925.
- Double Taxation and Tax Evasion - Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, League of Nations, Document C. 562 M 178 1928 II, Geneva, October 1928.
- Article V, Mexico Model Tax Convention, 1943, League of Nations, Document C. 88 M 88 1946 II A.
- Article V, London Model Tax Convention, 1946, League of Nations, Document C. 88 M 88 1946 II A.
- The elimination of Double Taxation, 2nd Report by Fiscal Committee of the OEEC, Paris, 1959.
- Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, Report of the OECD Fiscal Committee, Paris 1963.
- Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, Report of the OECD Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1977.
- The Taxation of Income derived from the Leasing of Containers, Report of the OECD Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1985.
- International Tax Avoidance and Evasion - Four Related Studies - Report of the OECD.
- Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1987.
- Model Tax Convention on Income and Capital, OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris 1992.

b) Comunità Europea

- A future for the Community shipping industry - measures to improve the operating conditions of Community shipping, COM (89) 266 final, 3.8.1989.
- Financial and fiscal measures concerning shipping operations with ships registered in the Community, SEC (89) 921 final 3.8.1989.
- Towards a new Maritime Strategy, COM (96) 81 final, 13.3.1996.
- XXII Report on Competition Policy, 1992, and Towards a New Maritime Strategy, COM (96) 81 final, 13.3.1996.
- Commission White Paper - The Future development of the Common Transport Policy; COM (92) 494 final.
- A common policy on Safe Seas, COM (93) 66 final.

Tax regimes of shipping and air transport enterprises (*) (**)

Pietro Adonnino (***)

Summary

PART I: FEATURES OF THE REPORT AND RELEVANT ASPECTS CONSIDERED

- 1 - Object of the report and its scope
- 2 - *Guidelines* and national reports
- 3 - Derogatory rules and their symbolic importance
- 4 - Tax regimes considered
- 5 - Features of the report
- 6 - Classification of reference rules
- 7 - Important reference rules
- 8 - Requirements and classifications
- 9 - Elements necessary to be considered
- 10 - Scope of the matter
- 11 - Subjects
- 12 - Means
- 13 - Contracts
- 14 - Operation of ships and aircrafts
- 15 - Territoriality
- 16 - Basic activities
- 17 - Ancillary activities
- 18 - Air transport ancillary activities

50

PART II: INCOME TAX REGIMES IN DOMESTIC REGULATIONS

- 19 - National tax regulations and international set of rules
- 20 - Taxable persons

(*) Revised text of the report submitted to the XXI JORNADAS ILADT (Istituto Latino Americano de Derecho Tributario) Barcellona - Genoa 8/31 - 9/6 2002.

(**) Translated in english by Nadia Cancila.

(***) University of Rome "La Sapienza".

- 21 - Special regimes for shipping and air transport enterprises
- 22 - Calculation of the tax base
- 23 - Double taxation on distributed profits
- 24 - Measures against international double taxation provided by domestic regulations
- 25 - Anti-abuse regulations
- 26 - Local taxes
- 27 - Crisis of fleet competitiveness and *tonnage tax*

PART III: TAX REGIMES LAID DOWN IN THE STATUTES OR AGREEMENTS

- 28 - International Conventions
- 29 - Relationships between general and special conventions
- 30 - Background and development of art. 8 of the OECD Model Convention
- 31 - Taxes covered by the Convention
- 32 - International traffic
- 33 - The place of effective management
- 34 - Operation of ships and aircrafts
- 35 - Activity carried out through a permanent establishment
- 36 - Anti-avoidance rules laid down in the Statutes or agreements in the field of taxation

1- Object of the report and its scope

1.1 The Latin American Institute of Tax Law - ILADT - returns to discuss about the tax regime of shipping and air transport enterprises, a matter that had been already faced in the occasion of a Seminar held in 1992 and to which, as far as I could ascertain, many countries such as Argentina, Brazil, Ecuador, Italy, Mexico, Uruguay and Venezuela gave their contribution submitting their reports.

The matter had also been previously discussed during a Congress organised by IFA at Brussels in 1952.

Today, 50 years after the I.F.A. Congress and ten years after the Seminar organized by ILADT, this matter has more complex and detailed features, since rules of both national and international sets of regulations passed through improvements and the doctrine commented on them more punctually and in a more detailed way.

1.2 In general, shipping and air transport is examined as a whole, on account of the fact that the two kind of transports have many common aspects, but anyway the relevant aspects proper of each activity are pointed out and evaluated differently.

The activities taken into consideration are those carried out both at

a *national* and a *transnational* level, giving a particular attention to the latter, as it will be said afterwards.

In other words, interest is given to the ways in which the activities concerned, whether basic or ancillary, are carried out.

2 - Guidelines and national reports

2.1 This is a wide topic and it required the acquisition of elements from the various national reports received, which were drawn up, even if differently detailed, according to the guidelines I sent at the very beginning; anyway given the context to which it refers, the present report is international-ranging.

In order to focus this report more deeply on the aspects of transnational activities, it was necessary to acquire the information required so as to draw the common elements or underline the diverging aspects.

These aspects had also been covered by national reports, which, however, consecrated wide room to the domestic regulations.

Therefore, this report refers to the national reports as well as to the tax treatment of enterprises provided for by each regulation according to principles and enforceable rules which concern each class of enterprise; on the contrary it faces the taxation of transnational activities according with the autonomous rules and those which, wholly or in part and in case amending them, transposed the international regulations provided by general and special conventions against double taxation.

52

3 - Derogatory rules and their symbolic importance

The application of tax levy on shipping and air transport enterprises is symbolic, as it is a different system which derogates from the ordinary system which burdens on specific branches of activities, with respect to public and treaty regulations.

This qualifying aspect will stem from the present report, which refers not only to the regulations as being in force and keeping the pace with the historical process that produced them, but also, in its final part, it glances at the future and at the possible solutions for the tax levy charged on the enterprises in question, at least for the most important taxes, on the basis of proposals already adopted in some cases, while in others widely studied and most fostered.

4 - Tax regimes considered

4.1 The tax regimes considered are about taxes on business income of en-

terprises constituted as public or private bodies, or enterprises of any kind, however endowed by a legal status, considered as taxable persons under tax regulations for the purposes of state and local taxes, or considered as such by international set of rules.

4.2 Tax levy on enterprises may concern both aspects of *ownership* and *management*, which can be attributed to a single person or to various persons.

Notwithstanding its importance, the aspect concerning capital taxation raises minor problems, especially on the international activity level, that is why capital taxation is just touched upon.

Therefore, tax levy is basically about the *taxation on income* within the carrying on of *transport* and *ancillary activities*; other aspects that burden with taxes on the enterprises at issue, such as airport charges, taxes of access and use of harbour facilities, taxes on fuels, as well as the taxes on salary income and social securities, or taxes charged on the activity of construction, repair and maintenance of ships or aircrafts (except for *handling activities*) and similar ones which I decided not to face in order to make this job easier, though they cause quite a lot of problems when occurring with regard to transnational activities. I *only* mentioned *capital gains* derived from *alienation of ships or aircrafts in international traffic or in inland waterways* for which in order to benefit from the favourable tax treatment under Arts. 13 (3) and 22 (3) OECD Model Convention has an increasing role the place of effective management of the enterprise and the following amendments to the Commentary limit the specific treatment only if the seller is the manager of *ships or aircrafts*.

5 - Features of the report

Tax regimes of shipping and air transport enterprises qualify the present report with regard to the tax treatment of specific business enterprise activities assuming that general as well as specific rules and principles must be taken into consideration.

Thus, the present report differs in these aspects from the other one planned for the same *Jornadas* and from the other ones discussed during previous *Jornadas*, concerning above all general aspects and principles of tax systems or policies, or even the identification and evaluation of purposes and effects of the tax levy, which are left open to general and theoretical reflections.

6 - Classification of reference rules

6.1 The main feature of the considered enterprises consists in the carrying on of an activity, even in a very considerable manner, within different

fields, which fall under the scope of the jurisdiction of a same set of rules or under jurisdictions of various sets of rules.

Moreover, as far as regulation and taxation are concerned, given their nature such activities may fall within the scope of different provisions of one system of law as well as within provisions of different systems belonging to both fields of civil and tax law. Anyway, in this context relevant are the activities carried out within national territories domestically different, thus falling under the jurisdiction of different regulations.

Moreover, by virtue of the latitude in which they are carried out and of the various regulations in question, abovementioned activities are subject to a great number of international regulations which condition them and have, to some extent, an incidence on the tax liability with reference to the various regulations.

6.2 Regulations on the concerned activities have been established in domestic sets of rules with reference to the activities that were subjectively or objectively submitted to their jurisdiction. Furthermore, as far as the transnational scope of these activities is concerned, this regulation drew the attention of each domestic as well as international set of rules. Within the scope of the last field, reference is made to conventions, that is to say agreements entered among States and usually enforced in all domestic regulations by means of specific procedures provided for by States' Constitutions or fundamental laws aiming at the elimination of juridical as well as economic, in some cases double taxation.

54

6.3 Within domestic regulations apply derogatory rules which take into account the specificity of the activity and are usually influenced by the *reciprocity* principle, as to their possible application.

This principle has been for a long time the boundary line about the real possibility, if any, to remove double taxation, as we will see afterwards examining how evolved the rules laid down in the statutes or agreements as well as domestic regulations for the avoidance of double taxation in the field we are interested of.

6.4 In some cases, the interpretation of reference rules established within domestic and international regulations does not give homogeneous results and can also clash with the Commentary on the OECD Model Convention which indicates here and there the consequences of burdens due to the need of solving practical problems.

6.5 The evaluation of tax regimes regarding shipping and air transport enterprises comes within the area of tax incentives and thus within the doubtful evaluations that are given to freedom and opportunity of said incentives.

Nobody doubts that tax policy choices are also vehicles of economic policy that, therefore, can be oriented to the achievement of extra-tax goals. Obviously, the ability to pay tax principle must be respected in order to achieve first of all the equity principle, and features of rationality,

proportionality and useful effect required by domestic and community regulations must be expressed, as well. It is well-known that this is a sector of business activity encountering particular problems of growth, penalized by international competition and often subject to double taxation. This is also proved by initiatives, afterwards mentioned, taken by the EU, which always takes care of matters like State aids, among which there are also tax relieves.

7 - Important reference rules

7.1 The normative references that have to be respected in each Country can be distinguished into two categories, concerning both civil and tax aspects. The first category refers to general laws and the other refers to laws applied in the specific sector we are interested of.

A distinction has to be made between shipping and air transport from the civil law point of view.

7.2 As for air transport activities, the normative references consist, anyway, in specific laws provided for this field.

In fact, references may be found in the following codes: *Codigo de Navigaciòn Aerea* for Argentina, *Codigo brasileiro aeronautico* for Brazil, *Ley de Aviacion Civil* for Mexico, *Codice della Navigazione* for Italy, *Codigo Aeronautico* for Paraguay and Uruguay, *Ley sobre Navigaciòn Aerea* for Spain.

55

7.3 As for shipping transport, the following codes play an important role: *Codigo de comercio* for Argentina, *Codigo comercial* for Brazil, *Codice della Navigazione* for Italy, *Ley de Navigaciòn* and *Ley de vias generales de Comunicaciòn* for Mexico, *Codigo de Navigaciòn Fluvial*, given the particular structure of the Country, for Paraguay, *Codigo de Comercio* for Spain and Uruguay.

Only for Italy, shipping and air transport activities are subject to the same law, that is the *Codice della Navigazione*, while it is interesting to point out how in Spain the Aviation Act in force has been influenced by principles and rules laid down by the Community Law.

7.4 As for tax legislation, normative references must be found in each country's domestic regulations concerning the tax levy on domestic transport activities and also with regard to the *unilateral* consideration of possible situations of double taxation deriving from transnational activities, whose application depends on the *reciprocity* principle.

Moreover, as for these latter activities, it is necessary to consider international conventions, usually *bilateral*, general or specific, agreed upon by each Country for the avoidance of double taxation.

As it is not possible to analyse them one by one, since they are so many, reference is usually made to the OECD Model Convention and re-

levant Commentary, and in particular to art. 8, governing profits from the operation of ships or aircrafts in international traffic.

7.5 With reference to our matter, shipping and air transport activities are assimilated as they have subjective and objective aspects in common which will be afterwards described in details but have to be identified right now.

These aspects regard the *typicality* of the activities which are relevant as far as domestic and international regulations are concerned.

Typicality can concern either the subjective elements qualifying the entrepreneur or the enterprise or the objective identification of the activities that have to be considered or even the qualification of the traffic carried on.

As to the first aspect, typicality is first linked to the liable persons it refers and then to the particular kind of tax levy applied, if any; as to the second aspect, typicality instead is important for evaluating which is the principal activity and in that case which are the ancillary activities connected to the principal one and that may benefit - in favour of those who perform them - from specific regimes provided for the inland activity as well as for the activity carried out on an international level.

At this purpose, the definition of shipping and air *international traffic* is material too.

56

8 - Requirements and classifications

In some regulations, transport activity is classified as *civil* if it is carried out by a non-profit company or as *commercial* if it is carried out by a profit-making company.

In particular, such a distinction is important for tax purposes; moreover enterprises performing civil activities are charged only with the property tax.

The *ownership* of a ship or aircraft may be *public* or *private*, even if the privatisation of the State-owned enterprises is more and more advanced.

The difference between *cargo* and *passenger* transport activities is important especially for VAT purposes.

Finally, such activities may be classified as *regular* if they are carried out following regular routes frequently and with timetables already fixed in advance, or as *not regular* if they are carried out only occasionally.

As we'll see, the ship or aircraft's flag marks its nationality resulting from a registration at the *National Shipping Register*, and it is essential to identify the nationality and to invoke the protection of rules of each legal system; it requires the observance of provisions fixed by said regulations.

As far as the taxation of international activities is concerned, the registration at the *International Register* is a matter of great importance; in

principle, in fact, a ship entered in said register cannot be used for national cabotage activities.

In some countries, there is a single register, thus for the purposes of tax concessions, there is no difference between cabotage activities and international transport activities.

As to the necessary requirements for entry in the ship register, the flag and the nationality of a ship or aircraft are particularly important as they are used for the acquisition of the right to hoist the national flag.

9 - Elements to be considered

As it stands from the analysis of some regulations for subjective purposes, first of all it is significant to make a distinction between the *ownership* of a ship or aircraft and their *management*; another difference consists in the type of *contracts* relating to each possible activity, especially those for the carriage of goods, passengers and those to lease the transport means.

At this purpose, I remind that the Uruguayan doctrine provides the following: "En cuanto a la distinción entre los contractos de transporte propiamente dichos (particularmente el fletamento) y el arrendamiento de buques, en nuestra doctrina se reitera la ya vieja polémica de la doctrina francesa respecto de la identidad o la separación entre ambas modalidades contractuales. Esta polémica es trascendente desde el punto de vista fiscal, principalmente a dos niveles: a) en lo concerniente a la imposición a las rentas, pues, dado un sujeto propietario de buques cuya actividad consista en darlos en arriendo, la resolución de la discusión permitirá ubicar o no al mismo en la categoría de "compañía de navegación marítima"; b) en lo concerniente a la imposición indirecta, pues la inclusión o exclusión de un arrendamiento de buques en las categorías de "transporte de bienes" o "transporte de pasajeros" implicará su correlativa inclusión o exclusión de los tratamientos específicos que – según veremos – otorgan las normas del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una y otra categoría negocial".

The analysis of the *activities* to be considered stands out from domestic regulations and in particular from the international ones.

In summary, activities can be identified and divided into two types: *principal* activities, which establish the tax regime, and *ancillary* activities, (related and auxiliary), in that case treated as the principal ones as far as the tax regime they are subject to is concerned.

Taking into consideration the subjective distinction between the *ownership* of a ship or aircraft and their *management*, it is necessary to define the meaning of the wording *operation of ships or aircrafts* in order to establish which are the profits of the enterprises engaged in this activity that may benefit from special domestic or international regulations.

It must be pointed out that some concepts or notions which are material for the identification of the tax regime of the enterprises here con-

sidered, do not find any definition in domestic regulations but are defined in the international regulations.

Therefore, as to tax levy on shipping and air transport enterprises, the regime requires an important and supplementary interpretation of domestic and international rules.

As far as ancillary activities are concerned, some regulations outline them definitely, whereas some others only provide for the identification of principles.

10 - Scope of the matter

That being stated, it comes out that in order to better evaluate this complex issue it is necessary to consider the following important variables:

a) *subjective and objective elements* sometimes interact especially as far as the favourable aspects of enterprises as regards activities are concerned;

b) *variety of persons* pointed out by national regulations;

c) *differences in overcoming* situations of double taxation between domestic regulations and regulations laid down in statutes or agreements;

d) *aspects classifying* the main instruments of concerned transport activity;

e) aspects defining transport and international traffic activities, being *principal or ancillary*.

58

11 - Subjects

There are various types of subjects, but they can be traced to sufficiently uniform patterns.

Subjects performing shipping and air transport activity may be divided into natural and legal persons.

No particular legal form is required and there are only a few of restrictions.

A restriction could be represented by the provision included in the respective regulations according to which only national resident can be owners of a domestic air transport enterprise.

There is one basic difference – already mentioned – between enterprises owning ships or aircrafts and enterprises which exploit their productive potential by using them for different purposes.

Therefore, the activity may be performed by way of *ownership* or by

way of *possession* of the transport mean, acquired under agreements of a different nature which I will talk about further on.

There are four types of subjects: the *owner*, the *ship owner*, who, disposing of the means of transport, uses it by holding a captain he appointed the responsibility of operations; the *charterer*, licence holder against payment and temporarily of the transport means, and who provides for the exploitation of the means itself; the *holder*, for any purpose, of the transport means.

There could be also some particular body corporates such as *National flag air-and shipping lines* which have an important role under some regulations as they can enjoy from particular profitable regimes.

In Italy there are the so-called *shipping enterprises*, which do not have an autonomous legal personality and which are characterized by the joint operation of ships or aircrafts by all parties for profit-making, without having concluded a typical partnership deed.

In some countries there are also two other personalities: the *carrier operator* who negotiates with the person responsible for the carriage of cargo, whether he is owner, ship owner or charterer, and the *consignee or receiver* of cargo.

Only a few of these persons can be related to transport activities indirectly only.

Furthermore, worthy of mention are those operators not being neither owners nor ship owners, such as the *Single Ship Companies*. In this case, one or more ships belong to a single person who set up a plurality of enterprises, each one of them being the owner and the ship owner of a single ship; in this way, the fleet unit is divided in many legal persons, - with the corporate property distinguished from the members' property - who are owners and ship owners of a sole ship and therefore have to comply with obligations exclusively deriving from the operation of said ship.

12 - Means

Nautical means are classified in various ways. In this context, there is a difference between ships (qualified for the carriage of *cargo or passengers*) and other boats; then there are also vessels engaged in specific activities, like hauling, fishing or dredging .

Ships, moreover, are classified in a different way according to places in which they operate.

Ships registered at the *international register* are used only for international transports.

13 - Contracts attributing available means

If the means of transport is not used by his owner, it is transferred on the basis of the following contracts:

a) leasing on a full charter basis which, under certain circumstances, which can influence the attribution of the flag ship;

b) leasing on a bareboat charter basis;

c) time charter, according to which the ship owner, who maintain his right as to the ship holding, allows another individual, against payment, to use its vessel, performing the journeys he required with time upon agreed conditions;

d) partial or whole leasing of useful spaces for the transportation of cargo or passengers.

14 - Operation of ships and aircrafts

The concept of *operation of ships or aircraft*, which is not defined in the Model Convention and that, according to general principles, should be defined by regulations of the concerned Contracting State, causes problems since, more often, domestic regulations too do not provide for a definition.

60

The problem, yet, is remarkable as it is necessary to establish which are the profits of a shipping enterprise that may benefit from exemption regimes provided for by domestic regulations or rules laid down in the Statute or agreements, or benefit from a special tax regime provided for by domestic regulations.

It is believed that profits derived from the operation of ships or aircraft are, first of all, those from *every kind of transport activity* (passengers, cargo, mail, animals, etc....) and therefore, the operation of concerned means must refer to such activity.

Profits deriving from charters of boats, ships and aircrafts are treated like profits from the carriage of passengers or cargo, provided that the charter is secondary compared with the operation of ships and aircrafts or the lease of *containers*.

The Commentary on the OECD Model Convention mentions some of the above contracts concerning said activities. I agree upon the fact that such an interpretation may also be considered in order to define profits from the operation of ships or aircrafts within national regulations

Moreover, the operation of ships and aircrafts is defined also with reference to the *space* in which it is performed.

If the ship operates between harbours of a same Country, without losing sight of the coast, it is a *coasting ship*; if it makes calls at coastal ports of neighbouring countries it is a *frontier ship*; if the navigation begins from a home harbour and ends in an harbour situated in the jurisdiction of another country, it is an *international ship*.

The operation of aircrafts may be *national* (cabotage) if it is performed between airports of the same Country and *international* if it is carried out from one Country's airport to the airport of another Country, or if it is carried out between two airports of the same Country, with an intermediate landing in airports of another Country.

However, there are some distinctions to be made as to this latter definition.

15 - Territoriality

Shipping and air transport activities are carried out respectively in the *sea space* and in the *air space*. Sea space is formed by *sea, river and lake waters*.

Sea waters may be territorial or international, whether falling or not under a Country's jurisdiction; the same occurs for *rivers and lakes*.

Their definition is provided by the conclusions of the 1982 United Nation Convention on the Law of the Sea.

The definition of *territoriality* as the delimitation of territorial sea and air space is particularly important since activities concern jurisdictions of different countries whose territories may be used for *regular, occasional* or even *instrumental navigation* (in case of overflying an air space in order to reach another air space subject to a different jurisdiction).

Each legislation considers as *national territory* the territory in which ships fly their national flag, wherever they are.

Some regulations provide also national or international *inland waterways*.

Colombian legislation has a particular provision according to which activities starting in a home harbour and ending in a harbour under the same jurisdiction are treated as like activities carried out in the Country, even if their route touches harbours subject to the jurisdictions of other countries. In this case we talk about the so-called *round trips*.

In order to specify the definition of *air space*, moreover, we can consider that the delimitation of air space depends on land and sea boundary lines, as the air space is a vertical projection of said boundaries.

As far as concurrence of regulations on air transport activity is concerned, the commonly accepted law is that applied in the Country's territory flown over; thus admitting the sovereignty over the air space corresponding to such a territory; it must be clarified that beyond limits of sovereignty over air space, shall apply the laws in force in the country of registration of the aircraft, as this is the most shared thesis.

As to territoriality, international air space is used when the supply of services starts from a domestic airport and ends to an airport situated in a territory subject to the jurisdiction of another Country.

Sometimes, we consider as international also the service starting

from an airport and ending to another airport of the same country but calling at an airport situated in a territory not subject to the sovereignty of the Country in which the service starts and ends.

16 - Basic activities

Homogeneous classification of business activities is complex, even if not impossible, given the great number of cases in question.

They basically concern the carriage of *passengers and goods*, to which is added the carriage of *mail*, especially for air transport.

I just remembered that this kind of activities might be carried on by the enterprise which owns the ship or aircraft, or by managers.

Passengers and cargo transport activity is common of every Country and it is certainly the *principal activity* of the enterprises in question.

It must be said that the various activities performed by enterprises are common to the activities carried out within a single jurisdiction or different ones.

Such activities are not always defined by the regulations of each jurisdiction and thus they have to be identified by interpreters. More often, interpreters resort to the regulation and the commentaries for the avoidance of double taxation, which accurately deal with international activities; in fact, as you'll see in the paragraph consecrated to problems concerning international activity, often we find definitions of principle from which it is necessary to draw the definition of each case in issue.

62

17 - Ancillary activities

Since it is important to identify those activities whose profits may derive from shipping and air transport activities in order to treat those profits for taxation purposes within a national or an international jurisdiction, it is necessary to consider some other ancillary activities, already mentioned, for the avoidance of double taxation.

Some of these activities are connected with the direct transport activities, such as the sale of passage tickets, the operation of a bus service connecting a town with its airport and harbour, transportation inside airports and harbours, transportation of goods by truck connecting a depot with a port or airport.

I think that beyond the general definition of activities supplementary or incidental to transport, they have to be differed especially on the basis of the *person* who carries out said activities.

I do not think that activities carried out by third parties may be considered to fall within the scope of shipping and air transport, even if from this point of view the *handling* activity may raise problems and has to be

differently classified (see the Section on rules laid down in the Statutes or agreements).

Secondly, an importance role is played by the *kind* of activity and therefore its direct and fundamental closely connection with the principal activity. This problem will be discussed in details in the chapter concerning international regulations for the avoidance of double taxation.

Amendments introduced in 2000 to the commentary on the OECD Model Convention, provided that every kind of activity more or less closely connected with transport activities fall within the scope of ancillary activities.

Therefore, the provision covers also of on board catering and accommodation services on cruising ships and the sale of various objects aboard an aircraft, or entertainment services often offered on passenger ships. I consider it is important, first of all, the subject who carries out such activities.

Where carried out by third parties, who leased some of the ship's premises, these activities cannot be assimilated to shipping or transport activities; where carried out by the ship's owner or by the manager, a difference must be made between accommodation, catering and other kind of activities, since only the first ones could be eventually connected to the activity of carriage of passengers if it lasts more than one day.

18 - Ancillary activities typical of air transport

63

Air transport is characterized by some typical ancillary activities which cannot be neglected.

The activity of *handling* consists in the ground assistance rendered by an Airline towards another Airline for every need may have aircrafts of the latter during a flight stopover to an airport other than the one of origin.

In the past this kind of activity was considered as related, but recently somebody argued against its close connection and thus against the fact of considering such an activity as ancillary to air navigation activities.

As far as these activities are concerned, a lot of interpretation problems arise, following recent amendments introduced to the Commentary on the OECD Model Convention that will be detailed later on.

PART II - INCOME TAX REGIMES IN DOMESTIC REGULATIONS

19 - National tax regulations and international set of rules

19.1 Given the specific characteristics already put in evidence, shipping enterprises must face more problems than other enterprises on tax levy, which affects basically their business planning.

These enterprises have a transnational vocation whose profit creation

processes are not realized in the territory, and also their profit-yielding instruments (ships and aircrafts) are not established permanently in the territory; profit-yielding activities, therefore, fall within the scope of jurisdictions of different regulations which play an important role as regards tax levy instruments. This phenomenon involved the adoption of measures aimed at reducing taxation on such enterprises and at the same time, it created tax competition which sometimes may reward the most dynamic enterprises, and some others may risk penalizing them.

In short, systems of taxation implying reductions on the tax bases or taxes forfeiting have been adopted for this kind of enterprises.

The analysis of tax regulations in force in the countries interested in the present report cannot be the starting point for the following examination of national and international measures in force, even if described summarizing views and remarks, in order to avoid double taxation. These are typical of activities carried out under different jurisdictions, all being sovereign, and requiring however the adoption of measures aimed at overcoming situations which are detrimental to the regular development of activities and markets.

At this purpose in fact, countries provided for agreements on an international level, which are of paramount importance, and therefore it's right to give them the right concern.

A further complexity, involving also the international aspects of the problem, is represented by regulations of federal States that like Brazil, Argentina and recently Italy too, imply the attribution of normative powers to Unions, States, Districts and Municipalities concerning taxes, surtaxes and special charges.

64

19.2 As far as income taxation is concerned, except for Paraguay and Uruguay, which apply the source principle of taxation, the other countries interested in the present report, are inspired by the *world wide principle*.

Anyway, countries inspired by the worldwide principle, adopt such a principle as for residents whereas apply the source principle of taxation on non residents yielding an income in their country.

It is interesting to observe how the Uruguayan report calls the attention on the fact that the South American doctrine partly upholds adoption of the source principle taxation since it better identifies a correct tax levy for developing countries.

The moment is also convenient to remember that the contrast between the two choices, that is between the worldwide and the source taxation principles, is debated once again by the international tax doctrine and finds fertile ground when facing problems such as the definition of a permanent establishment with reference to electronic commerce problems.

Regulations adopting the worldwide principle link the criterion of *residence* with *natural persons* or the criterion of *domicile* with *legal persons*,

whereas for regulations adopting the source taxation principle, the negative concept of *non residence*, or *permanent establishment* is relevant.

20 - Taxable persons

Taxable persons considered by regulations are the following: *natural persons*, *legal persons*, *permanent establishments* of non-resident companies for which, moreover, not all national regulations provide for a definition. In such a case, one must refer to the definition provided for by conventions for the avoidance of double taxation, as it is nowadays generally acknowledged by jurisprudence in Italy and abroad.

On the other hand, if there exists a definition of a *permanent establishment* in regulations, like it happens in Spain, such definition is governed by the same principles lay down by international conventions on the matter.

As far as the shipping or air transport company taxation is concerned, the person liable to tax is the ship or aircraft *user*, for different purposes, therefore, it does not matter whether he is the owner, or the possessor or has the exploitation right.

The topic has been analysed above all in case of benefits which – as provided for the Italian tax administration, for example - are due to the person who actually uses the ship, overcoming in this way any status in law evaluation of the relationship.

61

21 - Special regimes for shipping and air transport enterprises

Beyond the common tax regimes, domestic regulations provide for special regimes for shipping and air transport enterprises aimed at mitigating the tax burden.

Regimes favourable to shipping and air transport enterprises provide for general rules, probably restricted to certain specific activities. For example, this occurs in Italy where income derived from the operation of ships registered at the *International Register* contribute to form the operating income at 20%, or in Spain where the *tonnage tax* that will be faced later has been already adopted; shipping enterprises domiciled in Spain or non resident companies having a permanent establishment in Spain calculate the tax base for corporate income tax on the base of costs and revenues; for 2002 under a special law, the taxable base is calculated – if conditions recur – by evaluating objectively the tonnage measurement of ships and the number of days ships were at the taxable person's disposal. This calculation system does not allow the making up for losses and it cannot be applied anyway to air transport enterprises.

Also the special rate is applied in conformity with special rules.

The special system of calculation of tax base, already mentioned, points out that there are some favourable systems, being optional, like

the Spanish one, which require further more a specific authorization by the Ministry of Finance. The Italian system is optional as well.

22 - Calculation of tax base

Calculation of tax base according to different regulations is not standardized and it raises, however, some problems.

In Mexico, instead of ordinary deductions, permanent establishments of non resident enterprises deduct the proportional part of average cost per transaction in the assessment period, at a percentage ceiling fixed by the law according to the different activities (6% for ships, 10% for aircrafts).

In Colombia, the tax base of non resident enterprises carrying on transport activities which start or end in the Colombian territory, is calculated by applying to profits of transport business activities carried out all over the world a percentage equal to gross proceeds earned in Colombia compared with gross proceeds earned all over the world for the same kind of activity.

Other regulations adopt lump-sum systems.

In Argentina the tax base of non-resident enterprises concerning transport services starting in Argentina, is equal to 10% of gross proceeds from lease or rental earned abroad for the carriage of passengers or cargo.

This percentage rises to 20% in case of carriage of *containers*.

In Paraguay, which adopts the source principle for tax base purposes, it is esteemed that as far as international leases are concerned, 50% of proceeds is considered as Paraguayan-source proceeds if they derive from transports between Paraguay and Argentina, Bolivia, Brazil and Uruguay and 30% stands for Paraguayan-source proceeds if transports are carried out between Paraguay and any other country.

Non-resident persons regardless they have a branch, an agency or a permanent establishment in Paraguay, consider as net income from shipping, air or inland waterway transport the 10% of proceeds if derived from activities started in Paraguay with a foreign destination; 10% of proceeds from international lease or rental will be considered as well as net income.

I just recalled that in Italy there is a particular system in force according to which about the 20% of income from the use of ships registered at the International Register concur to form the total income for income taxation purposes.

The Italian report reminds that operating profits not leading to the total income-formation, according to the mentioned provision, are however important for the tax credit assignment to members on distributed profits.

This is the assessment of the so-called *virtual taxes*, allowing to overcome the difficulty arising when companies are granted with benefits that afterwards might lead to problems as to the tax credit due to members on distribution of profits, if such a system is provided for by regulations.

23 - Double taxation on distributed profits

The problem of domestic double taxation on profits distributed by companies arises in every set of rules to a different extent.

The problem consists in avoiding or reducing the phenomenon according to which companies already taxed on profits are taxed once again as such profits are distributed to members or partners.

Adopted measures are different, ranging from the whole to the partial exemption, or to the tax credit which can be, in its turn total or limited.

In Colombia there is the exemption measure, in Argentina and in Italy there is the tax credit.

If regulations provide for measures favourable to companies' activities, every effort must be done to enlarge them to the distribution of profits to members in order not to let vanish the favourable regime.

Italy encountered the problem to prevent the company's tax saving from burdening on shareholders when distributing profits, since the attribution of a notional tax credit is not provided for as it occurs sometimes with other hypothesis of soft taxation.

This problem was solved by introducing some instructions attached to the single statement form that allowed the nominal credit.

After all, the question is to adopt regulations inspired to the same principle governing *matching credit*, which is a measure used in international relationships.

24 - Measures provided for by domestic regulations for the avoidance of international double taxation

I already put in evidence how situations of international double taxation can be overcome or however restricted, in the absence and however out of international conventions for the avoidance of double taxation, in conformity with provisions laid down by domestic regulations.

Measures consist in the exemption from domestic income tax for income taxed under other regulations, or the granting of a tax credit for the total amount of taxes definitely paid abroad on the same income, usually limited to the amount that would have been paid on the same income in conformity with domestic regulations.

In general, the effectiveness of such regulations is conditional on reciprocity.

The phenomenon is held in high esteem as enterprises here considered carry on their activity above all on an international level and therefore, they can be subject to one or more sets of regulations adopting the worldwide principle mixed to the source principle for non-resident income, as regards income taxation.

The phenomenon is mitigated when two or more jurisdictions all adopt the income taxation based on the source principle; on the contrary

the phenomenon remains or can even be worsened if one jurisdiction adopts the worldwide principle and the other the source principle.

We saw that as to regulations here concerned, six states adopt the worldwide principle and two adopt the source principle.

Argentina, Brazil and Uruguay adopted the exemption principle, in Argentina the principle is mixed with that providing tax credit for taxes paid abroad.

25 - Anti-abuse regulations

25.1 Anti-abuse regulations provided for by domestic or international sets of rules are very important.

I do not make reference to anti-abuse regulations included in conventions for the avoidance of double taxation, whose I seize the opportunity to talk about later, but I refer to anti-abuse regulations affecting taxation of transnational activity, adopted by domestic regulations.

I refer above all to *transfer pricing*, which allows to reclaim taxation, that is to deny the deduction of costs or revenues determined to an extent non consistent with market values and that have therefore produced a shift of tax base from a system with heavy taxation to a system with soft taxation.

This principle can be considered and afterwards applied by tax administrations if transactions are carried out between companies directly or indirectly controlled or associated.

In Italy similar problems may arise for the so-called *single ship companies*, already mentioned, that have more chances to establish consideration for services mutually rendered.

The measure of adjustment to the standard value of consideration agreed upon between companies are provided for by regulations of Argentina, Colombia, Italy, Mexico, Spain.

Transfer pricing is an anti-avoidance instrument which cannot be easily applied, since the procedures to estimate the standard reference value of each transaction are complex even if they refer to those provided for by an OECD special document. In fact, the OECD began to study how to achieve instrument uniformity and simplified predetermination of evidence.

25.2 Another anti-abuse regulation concerns transactions among resident companies and subjects domiciled in countries which have a favourable tax regime.

The regulation is suggested and urged by OECD, whose documents detail definitions and particular aspects.

Each domestic regulation adopting this anti-abuse provision gives a definition of the meaning of country with a favourable tax regime; in general, it concerns those jurisdictions in which taxes on income are absent or however highly under those applied by the country which introduced the provision to protect itself.

In some cases, like in Italy, at the beginning the provision could be applied only for relationships among persons directly or indirectly controlled or associated.

Then, this rule was extended to every kind of transaction apart from situations of control or association of those persons who carry on such transactions.

The rule provides for the denial of deductibility of costs incurred by the resident enterprise in favour of persons having their permanent address in countries with a favourable tax regime.

In short, it is a presumption according to which only some countries admit the possibility to submit rebuttal evidence in order to prove the existence of particular conditions justifying transactions.

Countries with a favourable tax regime are those usually included in a *black list* supplied to jurisdictions that has to be known to companies carrying transactions here examined.

The rule could penalize shipping and air transport enterprises since they may have branches fixed in countries with a favourable tax regime not for enjoying from benefits but for the limitation of the liability of the carrier or acquiring services necessary to carry out the transport activity. Moreover, they could also have trading relations to acquire services against payment from subjects having their permanent address in countries with a favourable tax regime (harbours, airports, technical stops).

Whereas evidence in rebuttal of abuse presumption is not admitted, costs incurred by enterprises could not be deducted from the tax base; if evidence is admitted, enterprises should provide any document which might prove the need and the reality of transactions themselves.

25.3 Some countries introduced in their regulations the so-called CFC rules (*Controlled Foreign Companies*), suggested and urged by OECD.

These rules realize a principle of international fiscal transparency as far as controlled and associated companies are concerned. In this case, there could be a risk of unconstitutionality, and means have to be found in order to solve those problems which may arise when a taxpayer, under burden of proof reversal, is able to prove legitimacy of transactions.

Above-mentioned rule may be differently articulated: basically it may attribute the subsidiary's income to the resident company, when certain assumptions occur, or considering the income yielded by the subsidiary as distributed profits.

Provisions for the avoidance of double taxation are introduced by granting a credit for the tax paid in the subsidiary's jurisdiction.

Some legislations are very sophisticated in estimating the hypothesis to apply anti-abuse rules.

I would like to remind that the doctrine as well as jurisprudence of some countries (UK, France) raised doubts of consistency of rules for CFC with those provided for by conventions for the avoidance of double taxation, above all for any conflict with rules governing business income. The doctrine also raised doubts on consistency of concerned rules with Community Law principles.

Above two points still have to be clarified.

26 - Local Taxes

26.1 As regards the object of our report, it is more complex to obtain satisfying information as to taxes levied by the governing bodies of municipalities (the so-called local taxes).

This problem has a certain importance, anyway.

As far as local taxes are concerned, the taxing right depends first of all on the Country's constitutional system.

In unitary countries, the national Parliament legislates for the tax field and laws eventually provide for the attribution of a share of collected taxes to smaller local governments.

In states with a federal organization more or less developed, taxing right shall be left to the State, envisaging that it could be left to smaller local governments for certain fields, or indeed it is left to smaller local governments, with some fields reserved to the State.

Whereas in the first case, the exercise of the taxing right by smaller local governments must be consistent with public laws, thus considering also problems related to the tax levy on specific kinds of activity, even more if they are governed by rules laid down in the statutes or agreement on the international level, in the second one there could be a co-ordination which however might cause many application problems.

Therefore, possibilities of avoiding or at least reducing situations of double taxation, when faced within a Country's national legislation, are based on efficiency and ability of each country's normative powers to solve the problem.

26.2 In Argentina taxing right was left to provinces at the beginning in order to grant exemptions of exports, in the field of *impuesto sobre los ingresos brutos*, only on goods and also to services; afterwards the exemption has been extended also to international transports, with some restrictions as to the identification of connected activities.

In particular, the government of Buenos Aires does not grant at this purpose any benefit. Buenos Aires and Cordoba allowed the exemption for international transport carried out by enterprises incorporated in countries other than Argentina, which signed agreements for the avoidance of double taxation subject to reciprocity and providing for the tax levy to be applied in the country where enterprises incorporated.

There are only two Conventions with respect to *impuesto sobre los ingresos brutos* (transfer tax).

Different is the problem concerning the fact of reincluding local taxes in the provision laid down in conventions for the avoidance of double taxation.

I will talk about this problem further on in the report's paragraph consecrated to regulations laid down in the statutes or agreements.

27 - Crisis of fleet competitiveness and tonnage tax

27.1 Complexity of dealt topics shows how it is necessary, in the next future, to review tax levy on shipping and air transport enterprises so as to adopt measures being as much regular as possible and not penalizing such enterprises from competition point of view.

Up to now, we saw that both national and international regulations do not make distinctions, except for some particular cases, between air and maritime navigation, notwithstanding they differ necessarily in kind and in the ways of carrying on the activities.

In the future we will have to make such a distinction.

This is confirmed by the following documents: *European Community guidelines on State aid to maritime transport* of 1957, proposals for the adoption of an alternative tax system by countries joining the EU identified in the *tonnage tax*, the European Community Shipowners Association's reminders, and proposals submitted by IATA (International Air Transport Association), ATA (Air Transport Association of America), and AEA (Association of European Airlines) within OECD as regard air transport.

The European Union's document reminds that the present tax regime adopted by each country has not reached the goal – in spite of some tax incentives – to recover the European fleet competitiveness, limited by fiscal charge.

Furthermore, this document confirms the belief that shipowners' revenue is often obtained by using foreign flag ships and therefore the target of bringing ships under the flag of origin must be reached, thus making favourable tax regimes usually conditional on a community flag.

Mrs. Loyola De Palacio, European Commissioner for Transports, recently confirmed that one of the main goals of her activity consists in granting to community fleets to recover competitiveness and verifying if *tonnage tax* regime is proper.

27.2 *Tonnage tax* is a regime applied to shipping enterprises, already in force in some European countries (Germany, Greece, Norway, the Netherlands, U.K.) and in phase of development in others (Belgium and Italy), through a substitute income tax based on a flat-rate calculation system of the taxable amount and a fixed calculation of the tax rate.

It is an efficient tax regime supported by those who prefer normal or notional profit rather than actual profit.

However, this is a derogatory system with respect to the previous one, therefore so as not to undermine its legitimacy, many problems related to a possible conflict with the taxing capacity principle have to be solved in most countries.

In order to achieve this goal, it is necessary to satisfy some conditions requiring that the whole tax amount must not differ from the amount otherwise obtained by the application of analytical instruments and also that implementation instruments meet the rationality and proportionality principles.

Some fundamental problems will have to be solved.

Tonnage tax is calculated by multiplying a *fixed amount per ship dependent on the net tonnage by the number of days the ship was operated*.

In some cases, as it happens in some European countries, the unitary amount per ton decreases by the rising of tonnage, through the identification of tonnage bands.

Introducing the criterion of the number of days in the accounting period operated by the ship, it must be pointed out that we have to consider only the *actual* number of ship days or rather the *potential* days the ship operated and in this second case it will be necessary to consider periods of *inactivity* of ships.

Now, there is a problem of *subjective tax liability*.

It is necessary to define whether *shipowners* are considered to be the only recipients or if managers too may benefit from the tax, yet having to respect a minimum ownership constraint (25% as in U.K. and in the Netherlands).

With respect to tax liability, it must be estimated whether have relevance the registration at the national register for flags (as in Germany and Greece), the domicile (as in Norway), the localization of management activities on a remarkable level (as in the Netherlands), the qualifying presence (like in the U.K.)

From an objective point of view, actually the important questions seem to concern the levy restriction on activities from international traffic, that is extended to cabotage activity; a more accurate definition of ancillary activities is also relevant.

Finally, a minor but not less important question is to decide whether including or not capital gains from the alienation of ships in this tax, as it happens in some countries, coordinating this provision with recent amendments to the OECD model convention regarding *capital gains* (see paragraph 4.2).

I shall remind that since this is a substitutive system, it absorbs any economic result of the enterprise, excluding therefore the treatment of losses.

PART III: TAX REGIMES LAID DOWN IN THE STATUTES OR AGREEMENTS

28 - International Conventions

As I already said, shipping and air transport enterprises, at least the largest ones, have an international vocation.

I also reminded that situations of double taxation which may lead to the challenge of subordinating tax levy to the various legal systems are faced, autonomously within national legislations as well as by entering into international agreements, in order to avoid or at least decrease the number of said situations.

The first part of the present report showed how national provisions are not always complete, since they not always cover every possible situation of double taxation which could occur, neither detailed. On the contrary, within the wider scope of estimation and of the influence of the venue where international conventions are prepared, provisions are certainly more detailed and more accurate in defining fundamental criteria for problem solving, even if they do not always succeed in reaching the goal.

The best deepening of topics comes out also from the fact that interpretation is a result of integration of texts between *Conventions* and *Commentary*; I refer mainly to the OECD Model Convention, as eventually developed, according to which every convention is drawn up and to its terminology to which one may always refer unless a clear contrary evidence, even if conventions provide for derogations.

The Commentary, in particular, gains relevance since it is shared by member states' representatives who, without reserve, accepted the interpretation criteria and engaged to comply with them.

The OECD Model Convention, supported by the UNO Model Convention and by models prepared by some countries, the most important of which is the USA Model, refers to *general conventions* for the avoidance of double taxation and provides for Art. 8 and other specific regulations concerning shipping and air transport enterprises' activities. Moreover, countries entered also into *agreements concerning in detail the activities in question*, even if they are not so many, and there are also agreements between administrations.

The *Andean Pact*, too, includes a Model Convention for the avoidance of double taxation between Member states and a Model Convention for the stipulation of agreements between member countries and third countries.

The MC between member states is greatly different from the OECD Model Convention; one of the principal differences consists in the adoption of the source taxation principle.

However, any specific regulation for the activity of shipping and air transport enterprises is included and, as it comes out from national re-

relationships, almost all conventions signed by interested countries actually refer to the OECD Model Convention and sometimes to the United States Model Convention.

29 - Relationships between general and special conventions

If a country enters with another country into a *general* convention as well as into a *special* convention, with respect to activities of shipping and air transport enterprises, problems of consistency may arise when the *general convention* includes provisions for regulation of the activities in question and the *special convention* includes provision derogating from provisions laid down in *general conventions*.

This kind of problem would have to be solved on the basis of the principle of the special regulation overriding the general one, taking care, however, of solving problems arising from the following of laws in the course of time and which lead to possible tacit rescissions of regulations, in case they are not definite.

In any case, it must be noted that *special conventions* usually do not include general provisions referring to principles and rules of procedure which are indeed provided for *general conventions*.

Even from this point of view, there is the problem concerning the supplementary or the interpretation remission to general conventions.

In particular, as far as general principles are concerned, a *special convention's* rule shall be necessarily interpreted by referring to principles laid down in the *general convention*, and reference shall be made to general conventions as for any rule of procedure eventually put into effect with regard to *special conventions*. As to the first case, I refer in particular to interpretation rules which include also those provided for by the Vienna Convention of the Law of Treaties, to definitions and remissions to legislations of other contracting states, to prohibitions of discrimination, to methods for the avoidance of double taxation; as to the second case, I refer to mutual agreement procedures and to anti-avoidance provisions.

Different is the problem arising from the following or rules in the course of time and from the value of Commentary's interpretations with reference to previous provisions.

In the Commentary on the 1977 Model Convention, it was defined that even the provisions laid down in the previous Model Conventions should have been interpreted on the basis of the Commentary as much as possible, since they have the general importance.

30 - Background and development of Art. 8 of OECD Model Convention

The importance of rules for the avoidance of double taxation is showed in the specific shipping and air transport sector, given the constant attention paid to the sector problems by international organisations,

interested also in the drawing up of Model Conventions (U.N., OECD, EC, etc...) and by measures adopted by trade associations such as, among others, the ECSA (*European Community Shipowner Association*) and *Confitarma* as regards shipping transport, IATA (*International Air Transport Association*), ATA (*Air Transport Association of America*), AEA (*Association of European Airlines*) as regards air transport.

A rapid look to the developments of Model Conventions, which led to the introduction, in its actual wording in force today, of Art. 8 in the 1963 Model, clearly shows the difficulties that had to be overcome, especially for the extension of activities. At the beginning provided activities were only those carried out in the *maritime* field, later extended to *air and inland waterways* activities; as regards the criterion of attribution of the taxing right, for a certain period of time it was alternated with *domicile* and *residence* and then was fixed in the *place of effective management*.

We have started to worry about the problem since the Financial Committee of the *League of Nations*.

In the report of technical experts dated 1925, it was stated that international transport should have been considered differently from any other business activity, given the difficulties probably encountered for the proportional attribution of income to the various jurisdictions.

The extension to *air* transport activities was included in the draft of the Model Convention prepared by the League of Nations in 1928.

It was the Commentary on that Model that admitted the possibility to extend the same regime also to *inland waterway* transport.

In the 1943 Model Convention of Mexico, the taxing right was left to the state in which the ship or aircraft were *registered*, whereas the following Model Convention of London dated 1946, adopted the criterion of the state in which the enterprise had its own *fiscal domicile*.

Estimates and solutions suggested by the League of Nations were resumed by the Fiscal Affairs Committee of the OECD, established in the meantime.

We started from the thought put in evidence in the 1959 report that given the nature of activity, shipping and air transport enterprises incur risks of double taxation more than the other industrial or business enterprises, because they are subject to tax in their own country and in the countries where they receive consideration for the carriage of cargo or passengers, that is to perform their other activities.

So we had to include in the 1963 Model Convention Art. 8 according to which the taxing right shall be left to the state in which *the place of effective management of the enterprise* is situated; such criterion was maintained in the following Model Conventions

Therefore, Art. 8 of the OECD Model Convention concerning the operation of ships or aircraft in international traffic acquired a certain relevance. It is a rule *attributing the taxing right* to a contracting state rather than to another, according to a particular kind of activity carried out un-

der particular conditions. Some scholars believe - upon historical research - that the article had been included in the 1963 Model Convention, since it would have been got ready to be evaluated together with some other doubtful points in order to obtain mutual grants.

The complexity of the matter regarding the elimination of double taxation for the activities in question, is proved above all by time and by the way in which the development of regulation had occurred. It is proved also by solutions that had to be identified where it was not possible to recognize the value of the criterion concerning permanent establishments for the enterprises in question as it would have been unsuitable to solve the category's problems, or by the impossibility to use the criterion of income proportional attribution as regards the calculation of the taxable amount.

31 - Taxes covered by the Convention

Art. 8 does not provide any particular rule for taxes taken into consideration.

Reference to tax is laid down in art. 2 which deals the matter in general, interpreting it with reference to the specificity of Art. 8.

As it is cleared by the Commentary, art. 2 is formulated in order to widen as much as possible the field of application of the convention by including as far as possible the taxes imposed by political subdivisions or local authorities of the contracting states.

It also makes clear that it is immaterial on behalf of which authorities such taxes are imposed and for example it mentions regions, provinces, departments, cantons, districts, *arrondissements*, *kreise*, municipalities or groups of municipalities.

It is important to note how it stresses that the method of levying taxes is also immaterial: by *direct assessment* or by *deduction at source*, *surtaxes* or *additional taxes* also *substitute taxes* might be included, even if not mentioned.

According to the already mentioned Art. 8 of the OECD Model Convention, the taxing right shall be left to the contracting state in which the *place of effective management* of the enterprises is situated.

The Commentary says nothing about the definition of Contracting state; it is not clear if the term means only the main state or if also its internal subdivisions can be taken into consideration. As it is a rule attributing powers through subdivision, I believe that the term *sole* contracting state means its whole institutional organisation, thus, including institutions representing internal subdivisions. Whether states came to *special* agreements according to which the taxing right is left only to one of the contracting states, I think that as to our concern we have to arrive to the same conclusions of general conventions unless otherwise expressed by the Convention.

Any way, taxes concerned must be taxes on income or on property, listed in the conventions themselves, on agreement of the parties who therefore agreed upon the qualification of listed taxes on income and on property.

Since it is provided that the rule laid down in the statute is widened to any identical or substantially similar tax, introduced in the contracting states after signature of the convention, in this case it is necessary to evaluate these identical or substantially similar taxes.

In Italy there might have remarks upon IRAP (Regional Tax on Production Activities), charging the enterprises earned profit, as defined by the rule.

Such remarks seem to me typical of the problems raised by mentioned evaluation.

Art. 12, paragraph 2 of Decree Law 446/97 considers as profits produced in the region's territory, profits from the carrying on of business activities performed by non residents in the same territory through a permanent establishment which is considered in order to leave taxes to Regions and not to leave the taxing right to regions for the avoidance of double taxation.

Furthermore, mentioned Decree Law 446/92 provides for the exclusion from the IRAP tax base of the output value referring expressly to the operation of ships registered at the international register, that is the operation of ships performing a transnational activity.

As for bilateral conventions for the avoidance of double taxation, Art. 3, paragraph, 144 , point s) of Law 662/96 laid down the equivalence of treatment of IRAP to abolished revenue taxes (ILOR – local income tax and net capital tax).

It was a *one-sided* qualification that, as such, does not influence the qualification for tax under rules laid down in conventions, which are applied regardless of the qualification given by national rules.

Therefore, there is the need to provide precisely the introduction of IRAP within the scope of application of conventions, fixing the so-called "reliability" through specific provisions typical of conventions, if allowed by the characteristics of the new tax.

That being so, some states claimed a new negotiation at this purpose.

32 - International traffic

The first paragraph of Art. 8 confirms the principle that profits from the operation of ships or aircrafts in international traffic shall be taxable in the contracting state in which the place of *effective management* of the enterprise is situated .

In order to define the term "international traffic", we have to consider art. 3 of the Model Convention including general definitions and that

it defines in the first paragraph, letter e) the international traffic as any transport by ship or aircraft operated by an enterprise that has its place of effective management in a contracting state, except when the ship or aircraft is operated solely between places in the other contracting state.

However it is provided that countries may substitute the principle of the place of effective management with the principle of *residence*.

The result is that each contracting state is free to tax national traffic and that only the state in which the place of effective management of the enterprise is situated may tax also international traffic between two contracting states, one contracting state and a third country and among third countries.

Qualification of international traffic does not fail if the ship or aircraft make stops along the way in the other contracting state within a longer flight that touches places of departure or destination situated out of the other contracting state. In this case we are talking about two *in-land legs*.

Such interpretation is made possible thanks to amendments to the 2000 Commentary, introducing paragraphs 6.1 – 6.3, urged by the ceased application within UE of the restrictions on air cabotage and by the liberalization of shipping activity.

Notwithstanding, those states desiring to refer the definition of international traffic to the carriage of the sole passenger or cargo agree upon the fact the these transports carried out between two places of the same contracting state have not to be considered as such even if the means is used in international traffic.

Then there are two methods to face the qualification for international traffic; the first one is based on the fact that *means* are considered upon routes, the other is based on the considering of *sole passengers or cargo* transported and on *paths* crossed.

As for *cabotage*, that is the transport carried out between landfalls situated in the same country, it is not possible to invoke art. 8 even if part of the journey occurs outside the state; on the contrary there shall apply provisions of art. 7 on business profit in general.

Same qualification for international traffic has to be admitted to inland waterway transports carried out not only between two or more countries but also by a country's enterprise between two places situated in another country.

As I just said, since 01/4/97 there has been within the European Community the *liberalization of goods and passengers air transports* against payment, for scheduled flights as well as for *charter* flights carried out within the territory of the community; the result is that transport can be carried out among different stopovers within the community by carriers whose flag country differs from that of stopovers.

By the application of mentioned principles, the taxing right shall be left to the state in which the place of effective management is situated as for international traffic, traffic between places within the same state and places

situated in different jurisdictions and as for traffic between third countries.

I agree with commentators who underlined the exclusive dealing provision of Art. 8, first paragraph and who deduced consequence that the expression *international traffic* is used in a wider sense with respect to the meaning generally attributed to this expression.

33. The place of effective management

Art. 8 is based on the *principle that the taxing right shall be left to the contracting state in which the place of effective management of the enterprise is situated*.

It is necessary to explain which is the meaning of place of effective management and this is one of the criteria whose definition may be drawn by the Commentary on the Model Convention.

Above all, it must be considered that in order to put a stop to cases in which the place of effective management of the enterprise is situated in a country different from the one in which the enterprise has its residence, in some conventions states agreed upon the fact that *the exclusive taxing right shall be left to the State of residence*. Thus, in this case shall apply Art. 7 instead of Art. 8.

In some other cases, the principle of *the place of effective management of the enterprise* is combined with the principle of *residence*, in the sense that some conventions provide for the use of the residence principle whenever the principle of the place of effective management is unfit for the avoidance of double taxation.

The adoption of the principle of the place of effective management of the enterprise or even the residence principle are a derogation of the general principle provided for by the Model Convention concerning business profits, that is the principle of *permanent establishment*.

It must be observed, moreover, that introducing the principle of the place of effective management of the enterprise, shall apply another principle, which is non-exclusive of Art 8 as it is already provided for by Art. 4; whereas in Art. 8 it is used as a principle to leave the taxing right, in Art. 4 it is used as a principle to identify residence for those cases in which other criteria do not contain a resolatory clause (*tie break rule*).

The concept regarding the place of effective management of the enterprise do not find any definition in the Model Convention and the Commentary too is not a valuable aid. Some authors believe that the concept might be interpreted by using rules provided for by the Vienna Convention of the Law of Treaties; therefore it is necessary to refer to the general meaning of used terms by taking into account that meanings attributed to terms in respective contracting states must be used, unless the context requires differently.

There is no doubt that the concept of the place of effective management of the enterprise must be transposed by national legislations and,

7

given the different interpretations, the proceeding may lead to conflicts of jurisdictions, and therefore the problem of double taxation is not solved.

The place of effective management may be the place in which the whole business activity or part of it, is carried out; this criterion however, cannot be resolute for shipping and air transport enterprises except for objections that may be raised.

Here is the problem whether consider the *day by day management* or the *strategic management*, that is the place in which strategic decisions more quickly than operational decisions are taken.

Klaus Vogel properly called the attention on the difference between the place of management and the place of *effective* management of the enterprise; some suggestions are also given by more accurate definitions included in some national legislations.

I think that it's important to distinguish between the management of *day by day operation* of means and the *strategic* management, which consists in the following: choice of markets, purchase planning or the lease of transport means, planning of economic resources, negotiation of support contracts and further more.

A particular situation occurs when the place of effective management is *on board ship*.

The Commentary worried about the situation and in this case it provides that the taxing right shall be left to the state in which the home harbour is situated and if it would not be possible to identify it, to the state of residence of the person managing the ship.

The criterion of attribution of the taxing right is however subject to a possible adjustment, at least when referring to specific cases. In September 2001 a working group established within the OECD Committee on fiscal affairs started to evaluate, after having sought the advice of bodies representing shipping and air transport enterprises, the eligibility of the principle of the effective place of management when using computer tools.

In view of provisions laid down by the 2001 document "*The impact of communication revolution on the application of effective management on a tie breaker rules*" we asked ourselves whether it's better to define the criterion, or to fix new parameters. The question is submitted with reference to Art. 4 paragraph c but it also considers Art. 8

34 - Operation of ships and aircrafts

34.1 It is necessary to make clear the meaning of operation of ships and aircrafts in order to establish which kind of shipping enterprises can benefit from the exemption regime provided for by Art. 7 (business income).

The explanation comes from the analysis of specific activities from which profits derive.

Profits in questions are above all those deriving from the carriage of goods and passengers to enterprises.

Therefore, first of all these are profits produced by fundamental activities, to which are added, as for air transport, profits from mail transport considered in a different way from the transport of goods, given the service's specificity.

If we have to limit to this identification, also the Commentary admits that it would be improperly restrictive, in view of developments and the widening of shipping and air transport activities.

As a consequence of that, we believe that this provision concerns other classes of profits that, deriving from activities estimated according to their nature or their close relation to transports, may be considered as being part of the same class.

34.2 In the following paragraphs, the Commentary examines some of these activities but the enumeration cannot be certainly considered as exhaustive.

Since the taxing right is left to one only state, it is not deemed as necessary to define in details included profits, as finally the question is whether applying only general rules of interpretation.

Anyway, the interpretation analysis should be carried out with reference to *negotiations* producing profits and to the objects of negotiations themselves, on the basis of a logical criterion, such as the criteria of *direct relations* and *efficiency* and on the basis of a factual criterion.

Representative is the rental of a ship or aircraft *charter fully equipped, manned and supplied*; deriving profit must be considered as profits from the carriage of cargo and passengers so that profits deriving from a large part of the activity are not excluded from the specific provision. Different is the hypothesis according to which ships or aircraft are leased *on a bare boat charter basis*, unless such activity is only an *occasional* source of income of a shipping or air transport enterprise.

In this kind of lease are absent the eligibility requirements of transport activities, as they refer to the means and not to the activity, even if assimilated.

Once again, it stands out a broad interpretation, in order to give more importance to the provision.

34.3 The *ancillary* activities considered for examples are those concerning the sale of passage tickets on behalf of other enterprises, the operation of a bus service connecting a town with its airport, advertising and commercial propaganda, transportation of goods by truck connecting a depot with a port or airport.

A very particular case, taken as an example, which confirms that the evaluation of ancillary activities has to be done on the basis of the negotiation and of the way in which the activity is carried out for the purpo-

se of transport. Such case is represented by the transport of goods which have to be *delivered* directly to the *consignee* in the other contracting state and such inland transportation is considered to fall within the scope of international operation of ships or aircraft and therefore is covered by Art. 8, provided that it is carried out by the same owner of the transport enterprise.

Recently, *containerisation* has come to play an increasing role in the field of inland and international transports.

It came out the problem whether classify profits derived by an enterprise engaged in international transport from the lease of containers as derived from ancillary activities, thus falling within the scope of ancient Art. 8.

In fact, in the 1963 and 1977 model conventions, the lease of containers was considered as yielding "*royalties*" since it fell within the definition of *use or the right to use industrial, commercial or scientific equipment*.

Such definition was later abolished in order to consider such profits as falling within the scope of business profits.

As for profits yielded by international transport enterprises and provided that the lease of *containers* is incidental to the transport activity, they have to be considered as falling within the scope of Art. 8.

Some countries, among which there are Italy, Mexico and Spain, reserved the right to continue to include profit from the lease of *containers* in the definition of *royalties*, among others, as for Art. 12 of the Model Convention.

Other activities are also taken into consideration; they are those clearly separate from transport activities and whose functionality may be debated by mentioning for example, the keeping of a *hotel*, which is excluded from the field of application unless the keeping is for *no other purposes* than to provide transit passengers with night accommodation when the journey lasts more than one day.

In this case, under the Commentary, the hotel can be regarded as a kind of waiting room!

Through the keeping of a hotel, the manager provides accommodation and annexed services to customers. Such services are also provided on board the ship within the transport of passengers. In this case I have no doubts that when they are required, such services would be incidental and also the expression of a fundamental aspect of international transport activity.

34.4 Today ground activities carried out in airports by an Airline supplying services to another airline (*handling*) are very developed.

Problems arise especially for storekeeping at this purpose, because of the large number of parts that have to be kept in case of necessity.

These services have been causing problems since amendments introduced to the 2000 Commentary on Art. 8 as for ancillary services.

Activities, especially as far as airlines are concerned, are the same which are carried out to support *proper* transactions and equal to the *activities of the client company*. Costs and revenues attribution to the two kinds of activity carried out in places subject to different jurisdictions,

raise problems almost unsolvable for which it would be necessary moreover to make reference to a lot of conventions.

New expressions provided for by paragraph 10.1 of the Commentary are not made easy; after a description of services, another case would be that of an enterprise needing to have assets or personnel in another country for purposes of operating its ships or aircraft, and that would derive income *also* from the supply of goods or services in that country to other transport enterprises.

Since income so derived would not be related to the operation of ships or aircraft by the enterprise itself, that income would *normally* not fall within the scope of Art. 8.

However, contrary conclusions are drawn where the enterprise provides goods to, or performs services for, another person that are supplementary or incidental to the operation of ships or aircraft in international traffic.

The problem is that meaning of *supplementary and incidental* to the operation of ships or aircraft in international traffic is not explained and it worries that the activities in questions classified as *normally* not falling within the scope of Art. 8 when the reality shows that they should *normally* fall within said scope.

Also the *handling* activities sectors has some others ambiguities.

These activities can be supplied by *pool*, joint business to the same enterprises or to third enterprises.

In this case, from the formal point of view, fails the requirement under which *handling* activity should be carried out, in order to be facilitated, by persons performing the transport, being however the activity carried out by enterprises forming a *pool*.

This aspect too should have to be clarified.

34.5 Recently, within agreements of airlines, it came out the necessity of the so-called *code sharing*, that is to put the identification code of an airline on the flights of another airline since the two companies agreed to handle together the activity.

Airlines negotiate also how to attribute themselves portions of income regarding the transport activity carried out in this way.

Since we are talking about international traffic, such conditions should not prevent the fail of characteristics of income yielding activity directly linked with the income yielding activity of the airline which handles the flight; therefore, also profits yielded by the airline attributing its code should fall within the scope of Art. 8.

34.6 Among profits derived from ancillary activities, there is also investment income of shipping and air transport enterprises, provided that the investment that generates the income is made in order to give enterprises the cash required for the carrying on of the business of operating the ships or aircraft in international traffic in the contracting state.

Such interests can be attracted to interest income derived from the prin-

cial activity, provided that investment is directly used for transport activities.

Where there is no direct and supplementary connection between the purpose of investment activities and the international transport activity, compensation for the first activity should be considered according to the intrinsic nature of the transaction, for tax levy purposes.

The commentary provides for explanations on the matter.

34.7 The Commentary underlines also that from the wording of paragraphs I and II, it follows that enterprises *not exclusively* engaged in shipping, inland waterway transport or air transport, nevertheless come within the provisions of Art. 8 as regards profits arising to them from the operation of ships, boats or aircrafts belonging to them.

35 - Activity carried out through a permanent establishment

Enterprises, moreover, could not be exclusively engaged in shipping or air transport, nevertheless they might enjoy from the favourable regime for profits derived from these activities.

Particular problems may arise if an enterprise has a permanent establishment in a foreign country.

If this permanent establishment is exclusively concerned with the operation of the enterprise's ships or aircraft, such permanent establishments would be treated as permanent establishments of enterprises engaged exclusively in shipping, inland waterway transport or air transport.

If the permanent establishment is not exclusively engaged in shipping, inland waterway or air transport, it is necessary to evaluate if profits obtained by the enterprise through acting as its own carrier can be attributed to the permanent establishment.

Usually, such a hypothesis would not occur, therefore since profits can be attributed to the enterprise they would be subject to tax.

36 - Anti-avoidance rules laid down in the Statutes or agreements in the field of taxation

Usually conventions for the avoidance of double taxation also include anti - avoidance rules.

As to persons and activities here considered, I think that first of all shall apply rules concerning the *beneficial owner* and the *subject to tax*; the latter, in particular, can be drawn from the provision included in paragraph 1 of art. 8 under which profits from the operation of ships or aircraft in international traffic shall be taxable *only* in the contracting state in which the place of effective management of the enterprise is situated.

Bibliography

- ADONNINO P., *La residenza quale strumento di attribuzione della soggettività passiva tributaria in relazione a diversi ordinamenti giuridici* in *Estudios en memoria de Ramón Valdés Costa - II*, page 637 - Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.
- AMATUCCI A. (1999), *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie* in *Rivista Diritto Tributario internazionale* - Roma - No. 1 - 59 - 94.
- ARNTZEN T. (1998), *Norwegian tonnage tax regime* - *Arlinton Tax Analyst*.
- AVERY JONES J. F. - *The non discrimination Article in Tax Treaties*, in *British Tax Review*, 1991/11-12, 421 - 452.
- BERGANTINO A. S. - La "tonnage tax" : il progetto italiano e le esperienze europee
Tonnage tax: the Italian proposal and the European experiences
In *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 3 - 2002 pag. 49.
- BROWNRIGG M. (2002), "Tonnage tax" un nuovo inizio?
"Tonnage tax a new beginning?"
In *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 3, pag. 353.
- BULL S. (2000), *Tonnage tax an overview*, in the corporate tax review, Volume 3 - Issue 2.
- DAVIES D. R. (1985), *Principles of International Double taxation Relief* - London.
- DESMYTTER J. ET HUTHCINGS G., *Imposition de transport maritimes ou aériens internationaux*.
- GUINER A. (2002), *Un ambiente competitivo per i trasporti marittimi europei - A competitive environment for European shipping*
In *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 3 - page 370.
- HUND D. (1982), *The development of Double Taxation Conventions with particular reference to taxation of international Air Transport*, in *Bulletin*, 111 - 114.
- LANG D. (1992), *Taxation of International Aviation: A Canadian Perspective*, in *Canadian Tax Journal*, 881 - 901.
- LANTHIER ALLEN (2002), *Incentives for international shipping operations* - IBFD.
- Leo M. - La cosiddetta "tonnage tax" - Ipotesi di introduzione in Italia
The so-called "tonnage tax" - Possibility of introduction into Italy
In *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 3 - page 33.
- LEVINE HOWARD AND BERGER HOWARD (1986), *Charges in U.S. taxation of income from ships and aircraft* - Toronto, Ontario - Canadian Tax Foundation.
- MAISTO G., *The history of Article 8 of the OECD Model treaty on taxation of shipping and air transport* in *Sonderdruck aus Staaten und Steuern - Festschrift für Klaus Vogel* - C. F. Müller Verlag, Heidelberg.
- MAISTO G. (1995), *The shipping and Air transport Provision (art. 8) in the*

- Italy USA double taxation agreement* – Daventer Kluwer.
- PICCIAREDDA F. (2000) *In margine alle convenzioni in tema di doppia imposizione sul reddito: il trasporto aereo internazionale* – Rome, Diritto dei trasporti, 345 ss.
- PUOTI G. (2002), *La fiscalità marittima nella Unione Europea: la prospettiva italiana anche alla luce della legge delega per la riforma del sistema tributario*
Maritime fiscal policy in the European Union: the prospects in Italy also in the light of the enabling law for the reform of the taxation system, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 3 – page 9.
- SARNO G. M. (2000), *Shipping, inland waterways transport and Air Transport under art. 8 OECD MC* in *Diritto e Pratica Tributaria Internazionale*, page 239 ss – CEDAM – Padova.
- SOLLUND S. AND TALMO F. (1997), *New tax regime for shipping Companies* – Amsterdam IBFD.
- VOGEL K. – *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, The Hague, 1997.
- UCKMAR V. (2001), *Le Convenzioni contro le doppie imposizioni con riguardo alla America Latina* in *Diritto e Pratica Tributaria* – Parte I 1179 e ss.

TEXTS TO CONSULT

86

a) League of Nations and OECD

Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp, League of Nations, Document E.F.S. 73 F. 19, Geneva, April 5, 1923.

Double Taxation and Tax Evasion – Report and Resolutions Submitted by the Technical Experts to the Financial Committee of the League of Nations, League of Nations, Document F. 212, Geneva, February 7, 1925.

Double Taxation and Tax Evasion – Report presented by the General Meeting of Government Experts on Double Taxation and Tax Evasion, League of Nations, Document C. 562 M 178 1928 II, Geneva, October 1928.

Article V, Mexico Model Tax Convention, 1943, League of Nations, Document C. 88 M 88 1946 II A.

Article V, London Model Tax Convention, 1946, League of Nations, Document C. 88 M 88 1946 II A.

The elimination of Double Taxation, 2nd Report by Fiscal Committee of the OEEC, Paris, 1959.

Draft Double Taxation Convention on Income and Capital, Report of the OECD Fiscal Committee, Paris 1963.

Model Double Taxation Convention on Income and on Capital, Report of the OECD Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1977.

The Taxation of Income derived from the Leasing of Containers, Report of the OECD Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1985.

International Tax Avoidance and Evasion – Four Related Studies – Report of the OECD Fiscal Committee on Fiscal Affairs, Paris 1987.

Model Tax Convention on Income and Capital, OECD Committee on Fiscal Affairs, Paris 1992.

b) European Community

A future for the Community shipping industry – measures to improve the operating conditions of Community shipping, COM (89) 266 final, 3.8.1989.

Financial and fiscal measures concerning shipping operations with ships registered in the Community, SEC (89) 921 final 3.8.1989.

Towards a new Maritime Strategy, COM (96) 81 final, 13.3.1996.

XXII Report on Competition Policy, 1992, and Towards a New Maritime Strategy, COM (96) 81 final, 13.3.1996.

Commission White Paper – The Future development of the Common Transport Policy; COM (92) 494 final.

A common policy on Safe Seas, COM (93) 66 final.

Taxation of permanent establishments: issues and perspectives from the European Court of Justice ⁽¹⁾

Dr. Martin Lausterer (2)

1. The role of the European Court of Justice

The drama has the title "Taxation of Permanent Establishments". In this drama the European Court of Justice (ECJ) is the most important actor. Taxpayers who initiated a new act of the drama were supported by the Commission and came out as heroes (3). The Member States had the role of supernumeraries. The Community legislator has refused to play any role. The drama is successful on the programme since 1986. The producer is the EC Treaty (4).

The task of the ECJ is laid down in Article 220 (ex Article 164) of the EC Treaty:

"The Court of Justice shall insure that in the interpretation and application of this Treaty the law is observed."

In direct tax matters (5), the ECJ fulfils its tasks as guardian of the law mostly in preliminary rulings according to Article 234 (ex Article 177) when a court of a Member State requests the ECJ to give a ruling concerning the interpretation of the EC Treaty or concerning the validity and interpretation of acts of institutions of the Community (6). Less often, though in important cases, the Court had an opportunity to rule in in-

(1) This article was presented on 2 May 2002 as report at the 2nd Naples International Tax Meeting.

(2) The author is a tax partner in the Munich office of Linklaters Oppenhoff & Rädler.

(3) See below 2, introductory remark.

(4) In general this article will use references to the EC Treaty as amended by the Treaty of Amsterdam, but with the former Article number given in brackets.

(5) The Annex contains a list with the principal judgments of the ECJ in the field of direct taxation and the pending cases.

(6) The latter concerns the few legislative measures adopted in the field of direct taxation, e.g. the Mutual Assistance Directive, the Parent-Subsidiary Directive and the Merger Directive, but not the Arbitration Convention. So far, the Court's rulings on these acts did not have a direct impact on the taxation of permanent establishments.

fringement proceedings initiated by the Commission against a Member State under Article 226 (ex Article 169) (7).

For direct taxes the fundamental freedoms are the most important provisions of the Treaty:

- free movement of workers, Article 39 (ex Article 48),
- right of establishment, Article 43 (ex Article 52),
- freedom to provide services, Article 39 (ex Article 59) and
- free movement of capital, Article 56 (ex Article 73b).

For the taxation of permanent establishments the ECJ has based its judgments on the right of establishment in Article 43 (ex Article 52), which reads as follows:

"Within the framework of the provisions set out below, restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Such prohibition shall also apply to restrictions on the setting up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State." (8).

It is a phenomenon of EC law that this provision (as well as the other fundamental freedoms) applies to direct taxes although taxes are not mentioned (9). This is one of the reasons why Member States have continuously alleged that the ECJ has no competence to rule in direct tax matters. However, the Court has developed a formula, which describes the relation between direct taxes and Community law as follows:

"It must be observed first of all that, although, as Community law stands at present, direct taxation does not as such fall within the purview

(7) The *avoir fiscal* judgment - the first case of discrimination of permanent establishments and the earliest direct tax case before the ECJ - was the result of such a direct action against a Member State (i.e. France) brought to the Court by the Commission.

(8) This provision has been amended by the Treaty of Amsterdam. The former wording (Article 52) was "... shall be abolished by progressive stage in the course of the transitional period." The amendment reflects only that the transitional period had already run out on 31 December 1969 (cf. Articles 7, 247(2) EEC Treaty). According to the ECJ the right of establishment in Article 52 EEC was already directly applicable since the end of this transitional period.

(9) As an exception the provisions on the freedom of capital now mention taxation in Article 58 (ex Article 73d). However, the provisions of Article 56 et seq. (ex Article 73 et seq.) were introduced only in 1992 by the Treaty of Maastricht, long after the ECJ had already established a settled case-law on the applicability of the other fundamental freedoms to direct taxes. Moreover, the ECJ has held that the freedom of capital in the case-law before the entry into force of Article 73d (now Article 58) is not affected by the new provisions; see *Verkooijen*, paragraph 43.

of the Community, the powers retained by the Member States must nevertheless be exercised consistently with Community law" (10).

A means to fulfil the task of the Community is the establishing of "a common market" (cf. Article 2) which

"involves the elimination of all obstacles to intra-Community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market" (11).

According to Article 14(2) (ex Article 7a(2)) the internal market comprises "an area without internal frontiers in which the free movement of goods, persons, services and capital is ensured in accordance with the provisions of this Treaty". This is achieved by integration at Community level. Co-ordination and approximation of national law (cf. Article 3) is integration through positive action. As long as no positive integration has taken place Member States are free to regulate the field concerned; however, this freedom is restricted by negative integration, i.e. prohibitions of the EC Treaty, especially the fundamental freedoms (12).

In the absence of harmonisation of direct taxes, negative integration plays a more important role in this area. In the institutional framework of the Community the ECJ has to ensure negative integration. However, the scope of negative integration is limited and the Court's case-law will remain a patchwork but may convince the Member States to harmonize direct taxation at Community level at least to a minimum extent.

2. Case-law on permanent establishments

Over the last 16 years, the ECJ has ruled some three dozens direct tax cases. Seven of these judgments deal with the taxation of permanent establishments:

- *Avoir fiscal*
- *Commerzbank*
- *Halliburton*
- *Futura/Singer*

(10) *Safir*, paragraph 21, and case-law cited there; further, *Saint-Gobain*, paragraph 57; *ICI*, paragraph 19, and the case-law cited there; *Baars*, paragraph 17; *Verkooijen*, paragraph 32; *AMID*, paragraph 19; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragraph 37. Since community law does not preclude harmonisation of direct taxes one might prefer an alternative version of the formula as it is used by the ECJ for social security law, see *Terhoeve*, paragraph 34.

(11) *Gaston Schul*, paragraph 33.

(12) *Terra/Wattel*, European Tax Law, 3rd edition 2001, 22 et seq.

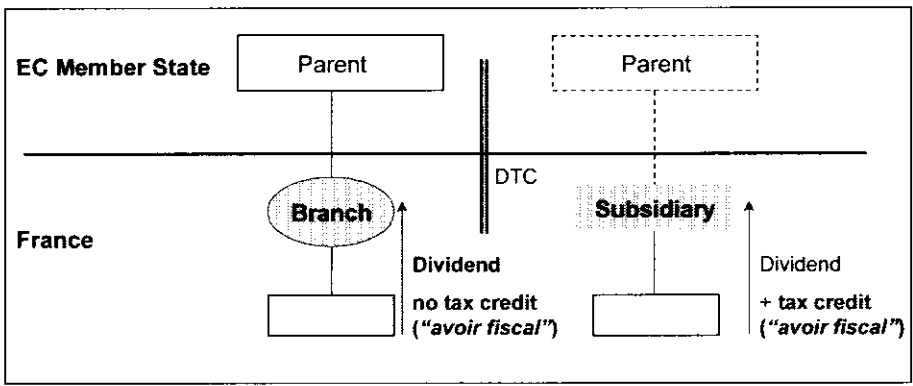
- *Royal Bank of Scotland*
- *Saint-Gobain*
- *AMID*

These cases are briefly reviewed hereinafter. It is worth to remind that in all these seven cases the Court upheld the taxpayer's position (13).

2.1. *Avoir fiscal*

The first judgement of the ECJ in the field of direct taxes dates from 28 January 1986 and resulted from infringement proceedings brought by the Commission against France. The case concerned the French dividend tax credit (*avoir fiscal*) and is, therefore, commonly known as the *avoir fiscal* case. According to the French imputation system, the *avoir fiscal* was granted to the recipients of dividends distributed by French companies provided that the recipient has its habitual residence or registered office in France. Therefore, French companies (including French subsidiaries of foreign companies) were entitled to this tax credit, but not the French branches (permanent establishments) of foreign enterprises.

Chart 1: Case 270/83 *Avoir fiscal*



The Court held that the freedom of establishment ensures that all nationals of Member States who establish themselves in another Member State, even if that establishment is only secondary, for the purpose of pur-

(13) In contrast thereto, some of the other direct tax cases were lost by the taxpayer, particularly *Daily Mail*, *Bachmann*, *Werner*, *Gilly*, *Gschwind*.

suings activities receive the same treatment as nationals of that Member State. It prohibits, as a restriction on freedom of establishment, any discrimination on grounds of nationality. The ECJ rejected the argument of the French Government, that the difference in tax treatment was justified on grounds of the different situations of residents and non-residents. Since France computed the taxation of branches in the same way as the taxation of French companies, both were in a comparable situation and the non-granting of the tax benefit resulted in an unequal treatment (application of different rules to the same situation). The Court added, that in the case of companies the registered office is comparable with the nationality of natural persons: both serve as the connecting factor with the legal system of a particular state, like nationality in the case of natural persons. The freedom of establishment would be deprived of all meaning if the Member State in which a company seeks to establish itself may freely apply to this company by different treatment solely by reason of the fact, that its registered office is situated in another Member State.

In *avoir fiscal*, the difference in treatment could not be justified by any advantages which branches may have enjoyed *vis-à-vis* resident companies and which, according to the French Government, balanced out the disadvantages resulting from the failure to grant the tax credit. The Court did not deem it necessary to assess the extent of the disadvantage resulting from the non-granting of the tax credit, since the freedom of establishment prohibits all discrimination, even if only of a limited nature. The Court further held that such discrimination could not be justified upon the basis of inadequate harmonization, inconsistent rules in double taxation conventions or on the grounds of preventing tax evasion.

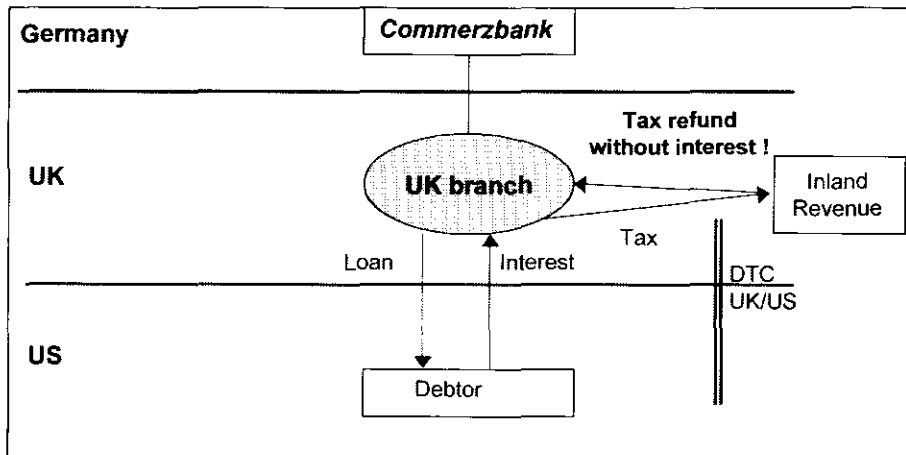
2.2. *Commerzbank* (14)

Commerzbank concerned a UK provision according to which a supplement (interest) on tax repayments was not available to non-residents. The UK branch of the German bank *Commerzbank* had extended loans to US companies. The branch reported the interest received as taxable income and paid UK corporation tax thereon. Then, however, the branch claimed a repayment of this UK tax on the grounds that, under the DTC between the UK and the US, it was a non-resident and, therefore, the interest received was not taxable in the UK. *Commerzbank* received a re-

(14) See, *inter alia*, Thömmes/Kiblböck, EC Tax Review 1993, 158; Oliver, *Inter-tax* 1993, 518; Mario, *Diritto e pratica tributaria* 1994, II, 455; Lyons, *The EC Tax Journal* 1995, 27.

fund of overpaid tax from Inland Revenue. Commerzbank's claim for a repayment supplement equal to interest on the amount overpaid at the rate of 8.25% per annum was rejected on the ground that the company was not resident in the UK.

Chart 2: Case C-330/91 *Commerzbank*



In the judgment the ECJ, referring to its principals established in *avoir fiscal*, upheld Commerzbank's argumentation that the non-granting of the repayment supplement constituted disguised discrimination which could not be justified.

2.3. *Halliburton* (15)

Halliburton concerns land transfer tax and, therefore, one might say that this case does not perfectly fit in the present discussion. However, *Halliburton* is an example for clear tax discrimination and shows the broad scope of the non-discrimination principle.

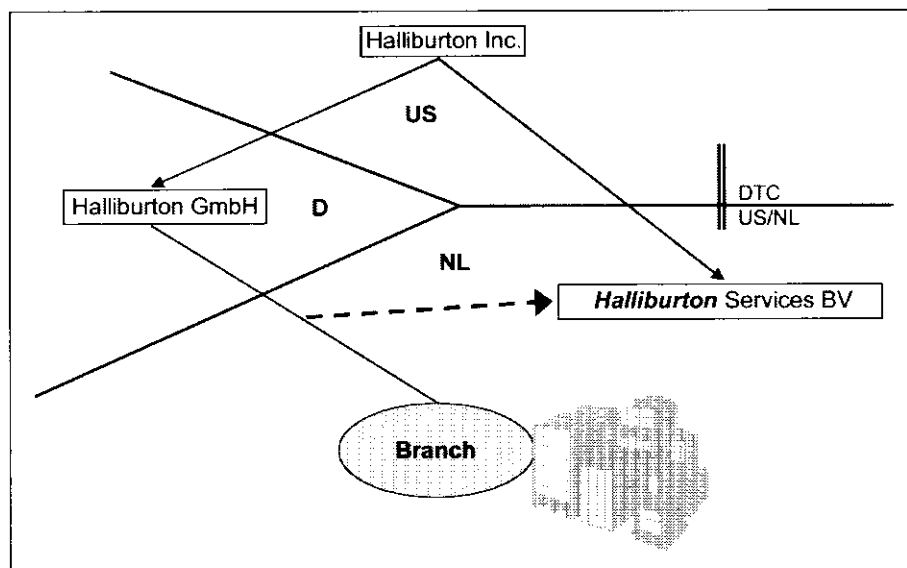
Halliburton is an international group with an US parent company, Halliburton Inc. At that time, it held all shares in the Dutch Halliburton Services BV and in the German Halliburton GmbH, which had a permanent establishment in the Netherlands. As part of a reorganization of the European activities of Halliburton, the German GmbH sold and trans-

(15) See, *inter alia*, Lyons, The EC Tax Journal 1995, 27.

ferred its Dutch branch which included immovable property to Halliburton Services BV.

Under Dutch law the transfer of immovable property is subject to a tax on legal transactions. However, for intra-group reorganizations an exemption from that tax was granted if the group members involved in the reorganisation and their parent company were public limited companies or private limited companies incorporated under Netherlands law. Since the transferor, Halliburton GmbH, and the common parent, Halliburton Inc., did not meet this condition, the exemption was refused by the Dutch tax administration. It is interesting to read in the judgment of the ECJ, that the Hoge Raad had already decided that, under the principle of non-discrimination in the US-Netherlands DTC, the benefit of exemption may not be refused on the ground that the parent company is constituted under US law.

Chart 3: Case C-1/93 Halliburton



Upon request by the Hoge Raad the ECJ held that the refusal of the exemption on the ground that the transferor was a private limited company constituted under German law (GmbH) and not under Dutch law (BV) constitutes discrimination prohibited by the right of establishment.

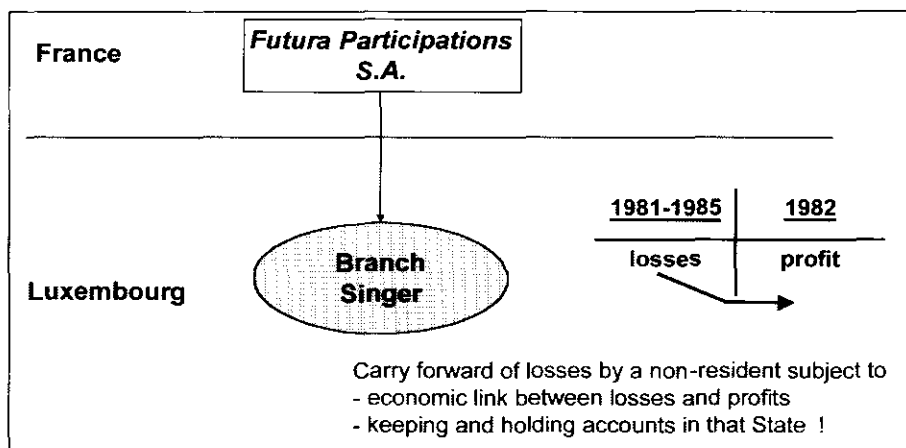
The Netherlands Government argued that the restriction of the exemption to Dutch companies was necessary because the tax administration is unable to check whether the legal forms of entities constituted in

other Member States are equivalent to those under Dutch law. The Court rejected that argument: the Mutual Assistance Directive provides for ways of obtaining information comparable to those existing between the tax authorities at national level.

2.4. Futura/Singer (16)

Futura/Singer dealt with a carry forward of losses by a permanent establishment. The French Futura Participation SA had a Luxembourg branch, Singer. Singer sought to deduct from its 1986 income losses incurred during the previous years. Luxembourg tax law generally provided for a deduction of losses carried forward from previous years. If the taxpayer is a non-resident, however, the loss deduction was subject to two conditions.

Chart 4: Case C-250/95 *Futura/Singer*



First, the losses carried forward must be economically linked to the income earned in the Member State, so that only losses arising from the non-resident taxpayer's activities in that state can be carried forward. The ECJ held that this is in conformity with the fiscal principle of territoriality and cannot be regarded as entailing any discrimination.

The second condition was that, during the financial year in which the losses were incurred, the taxpayer must have kept and held in that state accounts relating to his activities carried on there which comply with the relevant national rules. The Court ruled that such a condition constitutes

(16) See, *inter alia*, Clayson, the EC Tax Journal 1997, 133; Anido/Carrero, EC Tax Review 1999, 24.

a restriction on the freedom of establishment and went beyond what is necessary to check the amount of the losses, i.e. this requirement was not proportional to Luxembourg's legitimate aim to ascertain clearly and precisely the amount of losses to be carried forward.

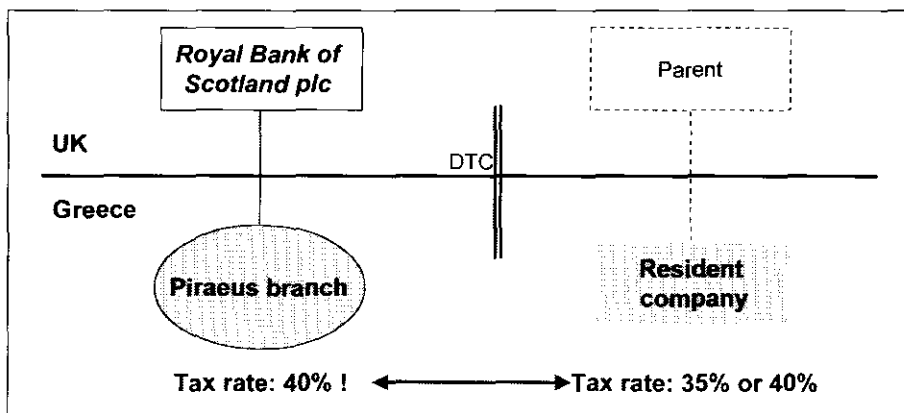
With respect to the taxation of permanent establishments, *Futura/Singer* was the first judgment stressing the non-restriction aspect of the right of establishment.

2.5. Royal Bank of Scotland (17)

Royal Bank of Scotland concerned a provision of Greek tax law on the applicable tax rate. For resident companies the tax rate was either 35% or 40%, depending on their legal form and the nature of the shares which they issue. For non-resident companies the tax rate was 40%. Moreover, Greek banking law required a company having its seat in Greece to carry on that business in the form of a public limited company and to issue registered shares, so that it thereby escaped application of the higher tax rate of 40%. Thus, Greek banks were always taxed at 35%, while branches of foreign banks, such as the Greek branch of Royal Bank of Scotland, were always taxed at 40%.

96

Chart 5: Case C-311/97 *Royal Bank of Scotland*



The ECJ held that there was no objective difference in the Greek tax treatment of resident and non-resident companies but in the applicable

(17) See, *inter alia*, Lyons, *The EC Tax Journal* 1999, 163; Eicker, *Intertax* 1999, 311; Garbarini, *Diritto e pratica tributaria* 2000, III, 337.

tax rate. Therefore the application of the higher tax rate to non-resident companies, irrespective of their legal form and the nature of the shares, which they issue, introduced discrimination.

It can be derived from this judgment that there is no need to establish discrimination in a classical sense. It suffices that permanent establishments are excluded from the possibility, accorded to resident companies, of benefiting from a more advantageous tax treatment, e.g. a lower tax rate.

2.6. *Saint-Gobain* (18)

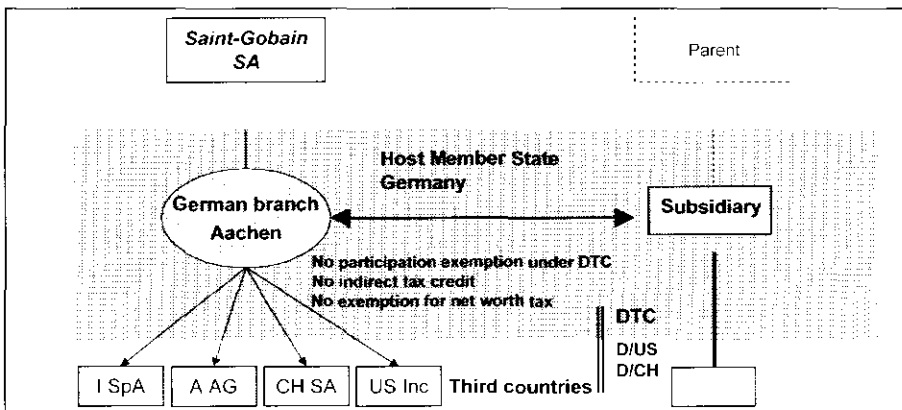
Saint-Gobain can be seen as a new dimension of the Court's case-law by incorporating DTC benefits into the freedom of establishment.

The French *Saint-Gobain SA* held through its German branch shares in a US, a Swiss, an Italian and an Austrian subsidiary. In respect of the German tax treatment of these shareholdings, the German branch claimed certain concessions, which would have been granted if the branch had been a German subsidiary:

- participation exemption under Germany's DTCs for the dividends received from the US and the Swiss subsidiary;
- indirect tax credit under German tax law for the dividends received from the Italian and the Austrian subsidiary;
- exemption for net-worth tax under German tax law and the German-French DTC for the shares in the US subsidiary.

97

Chart 6: Case C-307/97 *Saint-Gobain*



(18) See, *inter alia*, Lausterer, The EC Tax Journal 1999 Vol. 4, 45; Schön, EWS 2000, 281; Offermanns/Romano, European Taxation 2000, 180; Kostense, EC Tax Review 2000, 220; Garbarini, Diritto e pratica tributaria 2000, III, 337.

The structure in *Saint-Gobain* was merely the same as in *avoir fiscal*, except that the latter concerned shareholdings in companies of the Member State in which the permanent establishment was located, whereas *Saint-Gobain* concerned shareholdings in foreign companies. Therefore, the basic question of *Saint-Gobain* was whether the principles of *avoir fiscal* could be applied to third country shareholdings (19).

The ECJ upheld the taxpayer's position and ruled that the refusal of all three tax concessions claimed by *Saint-Gobain* was contrary to the freedom of establishment and that it could not be justified. The Court stressed in particular that provisions of a DTC with a third country cannot justify an infringement of the right of establishment. Thus, Community law overrides a DTC according to which a Member State has to grant tax concessions only to resident companies. Community law obliges this Member State to extend these concessions to non-resident EC companies with a permanent establishment located in this Member State. Such an extension would in no way affect the rights of the Member State's contracting party to the DTC.

2.7. AMID (20)

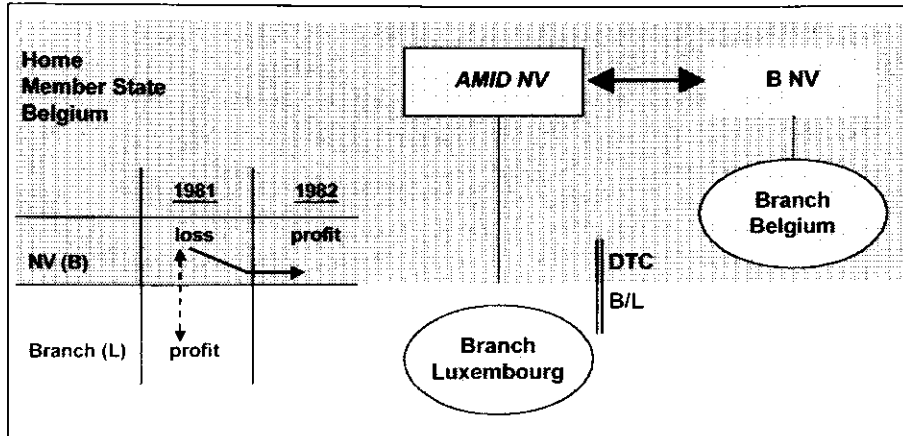
98

AMID is the most recent case in which a permanent establishment played a role. This case concerns also a carry forward of losses, however, not at the level of the permanent establishment but in the home Member State of the company.

The Belgium company *AMID* had a Luxembourg branch. According to the applicable DTC the profits of the Luxembourg branch were taxable only in Luxembourg; *AMID*'s income from its permanent establishment in Luxembourg was exempt from tax in Belgium. During the 1981 accounting year, *AMID* made a loss in Belgium, whereas in the same year its Luxembourg branch made a profit. In its Belgian corporation tax return in respect of the 1982 accounting year, *AMID* deducted its Belgian loss of 1981 from its Belgian profits of 1982. The Belgian tax administration rejected that deduction on the ground that a specific Belgium rule required losses to be set off first against the profits of a permanent establishment outside Belgium. Thus the Belgian loss of 1981 was deductible nowhere. In a situation where the Belgium company had located its permanent establishment in Belgium, the losses would have been deductible.

(19) See point 26 of the Opinion of Advocate General Mischo in *Saint-Gobain*.

(20) See, *inter alia*, De Ceulaer, Tax Notes International 2001, 1435; Van Steenwinckel/Van Vaeck, EC Tax Review 2001, 98.

Chart 7: Case C-141/00 *AMID*

The ECJ pointed out (21) that, even though, according to their wording, the provisions concerning freedom of establishment are mainly aimed at 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 state of origin from hindering the establishment in another Member State of one of its nationals or of a company incorporated under its legislation (22).

The Court held that the Belgian rule on the setting off of losses might deter a Belgium company from locating a permanent establishment in another Member State; therefore, this rule infringed the freedom of establishment. Belgium's attempts to justify its legislation were not successful, particularly the alleged differences between Belgian companies having a permanent establishment abroad and those without, was rejected because the differences referred to by the Belgian Government could not in any way explain why the former cannot be treated in the same way as the latter for the purposes of the deduction of losses.

This judgment suggests that any national rule, which treats a company with a branch in another Member State differently from a company with a branch at home, would infringe the freedom of establishment.

(21) *AMID*, paragraph 21.

(22) Already in *Daily Mail*, paragraph 16, the ECJ had recognized the taxpayer's right to leave the home Member State; the freedom of establishment would be rendered meaningless if the Member State of origin could prohibit undertakings from leaving in order to establish themselves in another Member State. Since *ICI*, paragraph 21, and *X and Y*, paragraph 26, this principle has become increasingly important.

3. Principles

The *acquis communautaire* on direct taxation is for the most part formed by general principles developed in the Court's jurisprudence. Most of these principles do not only pertain to the taxation of companies (or permanent establishment) under the right of establishment but also apply more generally to direct matters irrespective of the fundamental freedom invoked by the taxpayer (23). In the following, some aspects of these principles in the Court's jurisprudence are highlighted.

The notion of disguised or hidden discrimination is one of the basic principles in the field of direct taxation. This concept was originally established in *Sotgiu* (24), an early case dealing with equal remuneration for workers. The rules regarding equality of treatment forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation (such as the place of origin or residence), lead in fact to the same result (equal treatment in law and in fact). This interpretation is necessary to ensure the effective working of the fundamental principles of the Community. Since *avoir fiscal*, the ECJ has applied this principle equally to direct tax matters. As far as companies are concerned, their corporate seat in the sense Article 48 (ex Article 58) serves to determine, like nationality for natural persons, their connection to a Member State's legal order. Thus, the freedom of establishment protects companies where a difference in tax treatment is linked to the fiscal residence of a company.

A common interpretation of the Court's judgments on direct taxation is that the ECJ used different approaches to examine the compatibility of tax measures with the fundamental freedoms, the discrimination-based approach and the restriction-based approach (25). In this context, the discrimination-based approach is often also called the classical approach because the earlier judgments stressed more a discriminatory effect of a contested measure. It was also doubted that, for direct tax matters, the fundamental freedoms contain a general prohibition of restrictions. Over the years, however, the Court emphasized more and more the restriction-based approach. In *Saint-Gobain* the ECJ has stated that discrimination

(23) In *Asscher*, paragraph 29, the ECJ held that the free movement of workers and the right of establishment are based on the same principles as regards the prohibition of all discrimination.

(24) *Sotgiu*, paragraph 11.

(25) See, in more detail, Pistone, *The impact of Community law on treaties: Issues and solutions*, 2002, p. 41.

and restriction constitute a single composite infringement of the right of establishment (26).

Discrimination requires unequal treatment, i.e. the applying of different rules to comparable situations (or the same rules to different situations). It is necessary to analyse carefully whether there are in fact comparable situations, i.e. whether the resident and the non-resident are taxed in the same fashion except for the (non-) application of the contested rule. Whether the tax treatment in question has a discriminatory or restrictive effect has to be considered on the basis of the relevant criterion; thus, unequal treatment is assessed according to the specific effect of the contested rule and not on an overall basis (27). But it may still be difficult to determine such unequal treatment in a particular case.

In contrast thereto, restriction is easier to assess; a restriction is any measure of the host Member State or the home Member State, which is liable to dissuade from making use of a fundamental freedom, e.g. from making use of the right of establishment through the setting-up of subsidiaries or permanent establishments.

There are substantial differences as to the justification of discrimination or restriction. A direct discrimination may, in principle, only be justified by the narrow grounds mentioned in the Treaty itself (28): grounds of public policy, public security or public health (Article 56) reflect the *ordre public* as a common principle of the legal systems of all Member States. It has to be noted that this absolute justification of a discriminatory rule did so far not apply in a direct tax case.

In contrast thereto, restrictions may be justified by a broader set of reasons, which, however, must be proportional in the specific situation. The ECJ has dealt with several grounds of justification and rejected some of them as not suitable to justify an infringement of one of the fundamental freedoms, e.g. a Member State's loss of tax revenue (29), counterbalancing advantages (compensation of disadvantage by other advanta-

(26) *Saint-Gobain*, paragraph 43.

(27) For example, in *Saint-Gobain*, paragraphs 47 and 48: although the non-resident is only partly subject to German tax (limited tax liability for its German branch profits) whereas a resident is subject to unlimited German tax liability (on the worldwide income), the situations of both are comparable as regards the dividends in question; the difference in treatment applies only as regards the grant of the tax concessions in question.

(28) E.g. *Royal Bank of Scotland*, paragraph 33.

(29) *Inter alia*, *ICI*, paragraph 28; *Saint-Gobain*; paragraph 50; *Verkooijen*, paragraph 59; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragraph 59.

ges) (30), lack of harmonization within the EC (31), provisions of a DTC (32). The alleged difficulty of finding out information about the (tax) treatment in other Member States has also not been accepted; in this respect the Court referred to the Mutual Assistance Directive which provides for ways of obtaining information comparable to those existing between the tax authorities at national level as grounds which could generally justify (33).

In *Bachmann*, the ECJ had accepted the coherence of the tax system of a Member State as justification for a restrictive tax measure. Ever since Member States have brought forward this argument. However, subsequent to *Bachmann* the ECJ has in no other case accepted the coherence argument. In fact, the ECJ has refined more and more the prerequisites of the coherence of a tax system (34) and it appears that this argument will hardly be accepted as a valid justification.

The prevention of tax avoidance may be a justification. However, Court statements indicate that this applies only where wholly artificial schemes are involved (35).

A contested tax measure which is indistinctly applicable must comply with the principle of proportionality so that it can be justified. To that end, the contested measure must pursue a legitimate objective recognised by Community law for reasons of public interest, it must be appropriate for securing the attainment of the objective it pursues and must not go beyond what is necessary to attain it.

The ECJ has accepted in principle the effectiveness of fiscal supervision and the fight against tax evasion as a legitimate objective in this sense (36). However, in none of the cases the contested measure met the further requirements of proportionality.

(30) See, *inter alia*, *avoir fiscal*, paragraph 21; *Asscher*, paragraph 53; *Saint-Gobain*, paragraph 54; *Eurowings*, paragraph 44; *Verkooijen*, paragraph 61.

(31) See *avoir fiscal*, paragraph 24.

(32) See, *inter alia*, *Saint-Gobain*, paragraphs 58 et seq.

(33) *Inter alia*, *Schumacker*, paragraph 45; *Halliburton*, paragraph 22; *Futura/Singer*, paragraph 41; *Vestergaard*, paragraph 26 et seq.

(34) *Inter alia*, *Wielockx*, paragraphs 24 and 25; *Asscher*, paragraphs 58 and 60; *Svensson, Gustavsson*, paragraph 18; *Vestergaard*, paragraph 24; *Baars*, paragraphs 39 and 40; *Verkooijen*, paragraphs 56 et seq.; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragraphs 67 et seq.

(35) See *ICI*, paragraph 26; *Verkooijen*, paragraph 48; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragraph 57.

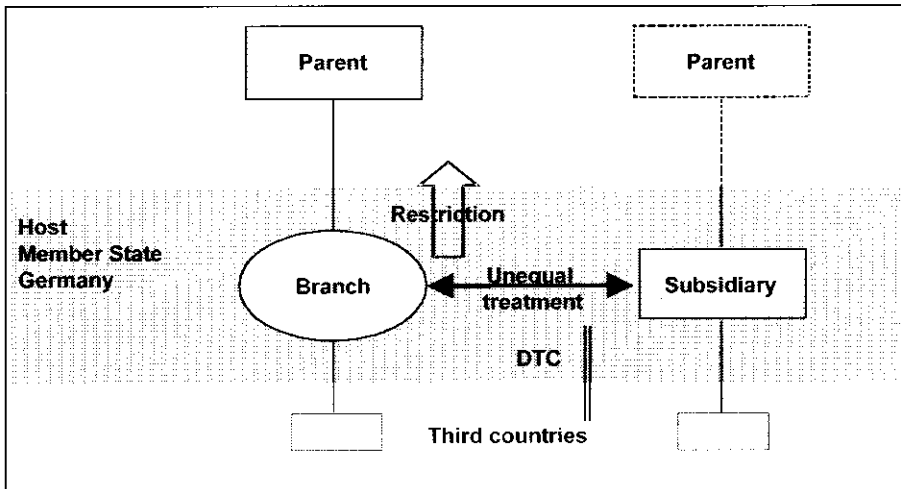
(36) See *Futura/Singer*, paragraph 31; *Commission v Belgium (2000)*, paragraph 38, and case-law cited there.

In the last years, except in the rare cases with a clear discrimination in which the Court examined only the grounds of absolute justification mentioned in the Treaty, the ECJ has not deemed it necessary to distinguish strictly between discrimination and restriction and, therefore, has examined all justification arguments brought forward.

This approach of the Court to abstain from clearly differentiating between discrimination and restriction, may be motivated by the difficulty to establish unequal treatment in the particular case. But it suggests also that, in principle, a contested measure entails discrimination as well as restriction (37). Further on, it is now settled case-law that the right of establishment protects against tax measures of the host Member State as well as against tax measures of the home Member State (38).

Particularly for company taxation the following charts demonstrate the combination of these two principles, i.e. measures of the host Member State (chart 8a and 8b) and of the home Member State (chart 8c and 8d) – the structure is the same for situations with permanent establishments (chart 8a and 8d) and for those with subsidiaries (chart 8b and 8c) – where these measures entail discrimination as well as restriction:

Chart 8a: Measures of the host Member State in situations with permanent establishments, e.g. *Saint-Gobain*



(37) See in this respect, *Saint-Gobain*, paragraph 43, where the Court stated that discrimination and restriction constitute a single composite infringement of the right of establishment.

(38) See *ICI* and *AMID*.

Chart 8b: Measures of the host Member State in situations with subsidiaries, e.g. *Hoechst*

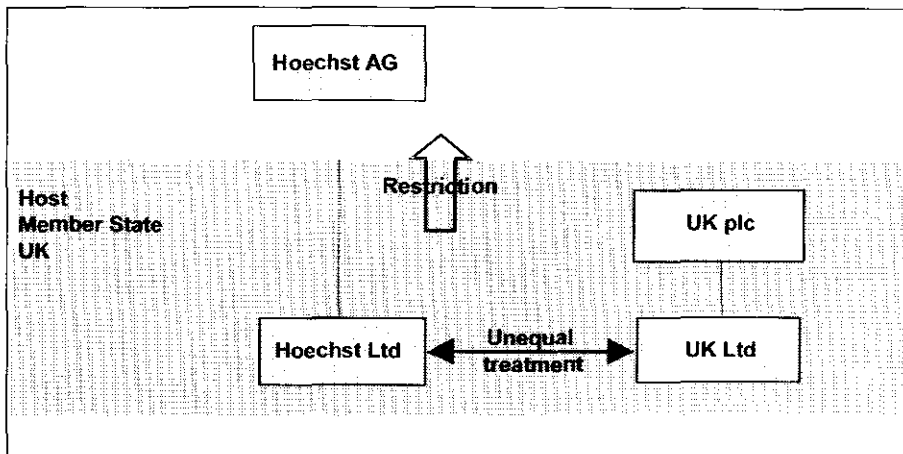


Chart 8c: Measures of the home Member State in situations with subsidiaries, e.g. *ICI*

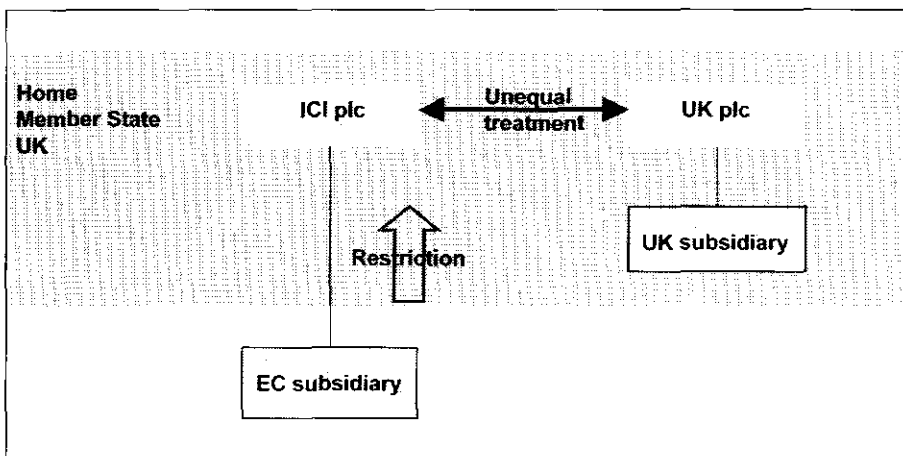
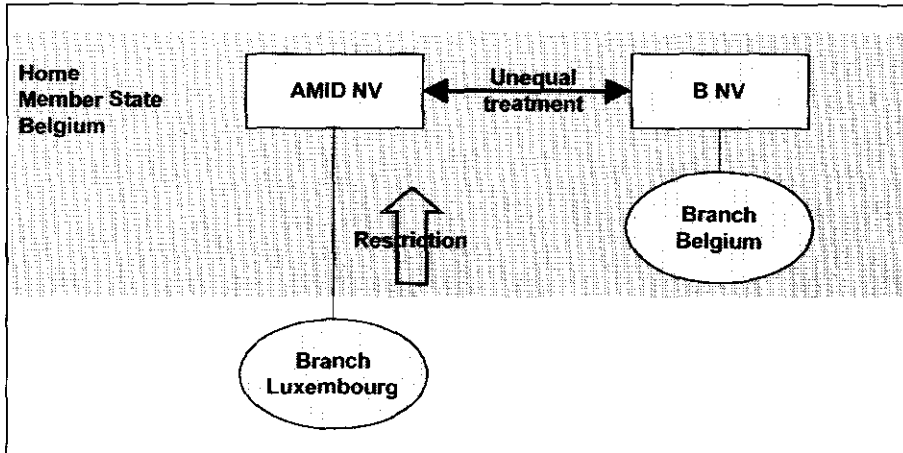


Chart 8d: Measures of the home Member State in situations with permanent establishments, e.g. AMID



4. Conclusion

10

There are currently no cases pending before ECJ concerning the taxation of permanent establishments. But I am convinced that there are still rules and practices in the tax laws of the Member States, which entail discrimination or restriction in this field. I am confident that, once these measures are challenged and brought to Luxembourg, the ECJ will continue to rule in favour of the permanent establishment or the parent company concerned.

The Court's judgments and the comments above support strongly the view that, if a company decides to take up activities in another Member State through a branch (permanent establishment), there must be no difference in the taxation in both the home Member State and the host Member State, at the level of the branch or at the level of the parent company because any discriminatory and restrictive measure is prohibited by the freedom of establishment.

Although there might be difficulties in clearly determining an unequal treatment in the specific case, the Court's approach indicates that a contested measure entails discrimination as well as restriction. It remains little to justify such a measure. Even if a legitimate objective may be relied on for justification the contested measure still must comply with the proportionality test.

In the tax dimension of the internal market *Saint-Gobain* is a landmark decision to the benefit of permanent establishments; moreover, *Saint-Gobain* has opened new perspectives which may go beyond the traditional impact of Community law in direct tax matters. Regrettably, in *Metallgesellschaft & Hoechst* the Court could avoid a decision on a next step of the relation of DTC and EC law, the most favoured nation concept. But one day this question may be brought again to the ECJ.

Annex

Selected cases of the ECJ, particularly in the area of direct taxes (*)

JUDGMENTS

Date	Case	Name of the case	ECR	
16.12.60	6/60	<i>Humblet</i>	[1960] 559 EN	(B) Protocol on Privileges and Immunities ECSC disallows Member States to levy any tax on the salary paid by the Community to its civil servants
12.02.74	152/73	<i>Sotgiu</i>	[1974] 153	(D) Prohibition of disguised (hidden) discrimination
15.09.81	208/80	<i>Lord Bruce of Donington</i>	[1981] 2205	(UK) Community law disallows Member States to levy a tax on the refund of travel expenses paid by the European Parliament to its members
05.05.82	15/81	<i>Gaston Schul</i>	[1982] 1409	(NL) VAT, concept of Common Market
06.10.82	283/81	<i>C.I.L.F.I.T.</i>	[1982] 3415	(F) Article 177 (now Article 234); acte clair doctrine, obligation of national courts to refer matters to the ECJ
28.01.86	270/83	<i>Commission v France</i> <i>"avoir fiscal"</i>	[1986] 273	(F) Articles 52, 58 (now 43, 48); tax discrimination of permanent establishments, no imputation tax credit (avoir fiscal) for domestic dividends if received by a permanent establishment situated in this Member State
27.09.88	81/87	<i>Daily Mail</i>	[1988] 5483	(UK) Articles 52, 58 (now 43, 48); a legal person has no right to leave the Member State of origin (transfer of the primary establishment, i.e. registered seat to another Member State)
08.05.90	C-175/88	<i>Biehl I</i>	[1990] I-1779	(L) Article 48 (now Article 39); discriminatory taxation of non-resident workers
28.01.92	C-204/90 C-300/90	<i>Bachmann</i> <i>Commission v Belgium</i>	[1992] I-249 [1992] I-305	(B) Articles 48, 59 (now 39, 49); taxation of expatriate workers in the host Member State, premiums paid to a foreign insurer are not tax deductible, notion of the coherence of a tax system

(*) Articles are those of the EC Treaty if not otherwise indicated.

Date	Case	Name of the case	ECR	
26.01.93	C-112/91	Werner	[1993] I-429	(D) Articles 7, 52 (now 12, 43); taxation of non-resident self-employed persons, discrimination of own nationals
13.07.93	C-330/91	Commerzbank	[1993] I-4017	(UK) Articles 52, 58 (now 43, 48); tax discrimination of permanent establishments when interest payment on overpaid tax is restricted to residents
12.04.94	C-1/93	Halliburton	[1994] I-1137	(NL) Articles 52, 58 (now 43, 48); tax discrimination of permanent establishments when no exemption from land transfer tax is given in case of restructuring of a cross-border group
14.02.95	C-279/93	Schumacker	[1995] I-225	(D) Article 48 (now 39); discriminatory taxation of non-resident workers (frontier workers) when no joint assessment, no personal and no family allowances are granted
11.08.95	C-80/94	Wielockx	[1995] I-2493	(NL) Article 52 (now 43); discriminatory taxation of non-resident self-employed persons when there is no tax deductible allowance for pension reserve
26.10.95	C-151/94	Commission v Luxembourg Biehl II	[1995] I-3685	(L) Article 48 (now 39); the Court judgment in Biehl I had not been transposed into national law
14.11.95	C-484/93	Svensson, Gustavsson	[1995] I-3955	(L) Articles 59, 67 (now 49, 56); social subsidy (reimbursement of interest) for home-building loans must not request that the loan was granted by a resident bank
27.06.96	C-107/94	Asscher	[1996] I-3089	(NL) Articles 48, 52 (now 39, 43); non-resident persons must be not subject to a higher combined burden (tax and social security contributions)
17.10.96	C-283/94 C-291/94 C-292/94	Denkavit VITIC Voormeer	[1996] I-5063	(D) Parent-Subsidiary Directive Article 3(2), 5(1); requirement of a minimum holding period when dividend payment is made, direct effect

Date	Case	Name of the case	ECR	
15.05.97	C-250/95	<i>Futura/Singer</i>	[1997] I-2471	(L) Article 52 (now 43); taxation of permanent establishments, restrictions on the loss carry forward, proportionality
17.07.97	C-28/95	<i>Leur-Bloem</i>	[1997] I-4161	(NL) Merger Directive Articles 2(d), 11; purely domestic merger by exchange of shares, jurisdiction of the Court where a situation is not governed directly by EC law, abuse (valid commercial reasons)
28.04.98	C-118/96	<i>Jessica Safir</i>	[1998] I-1897	(S) Article 59 (now 49); national system of taxation of capital life assurance if insurer is established in another Member State
12.05.98	C-336/96	<i>Gilly</i>	[1998] I-2793	(F) Articles 48, 220 (now 39, 293), DTC France/Germany; tax status of frontier workers, no direct application of Article 220, attribution of taxing rights and application of a tax credit mechanism under a DTC
16.07.98	C-264/96	<i>ICI</i>	[1998] I-4695	(UK) Articles 52, 58 (now 43, 48); UK tax provisions on group relief, restriction of the right to set up secondary establishments (subsidiaries) in other Member States
26.01.99	C-18/95	<i>Terhoeve</i>	[1999] I-345	(NL) Article 48 (now Article 39); tax and social security contributions of nationals leaving the Member State for taking up employment in another Member State
09.03.99	C-212/97	<i>Centros Ltd</i>	[1999] I-1459	(DK) Articles 52, 58 (now 43, 48); right to secondary establishment, registration of a branch, restrictions imposed by the host Member State
29.04.99	C-311/97	<i>Royal Bank of Scotland</i>	[1999] I-2651	(H) Articles 52, 58 (now 43, 48); discrimination of permanent establishments by way of a higher tax rate
09.07.99	C-254/97	<i>Baxter</i>	[1999] I-4809	(F) Articles 52, 58 (now 43, 48); exceptional duty applied to branches
14.09.99	C-391/97	<i>Gschwind</i>	[1999] I-5451	(D) Article 48 (now Article 39); frontier worker, threshold of 90% German income (required under German tax law) for tax treatment as a resident

Date	Case	Name of the case	ECR	
21.09.99	C-307/97	<i>Saint-Gobain</i>	[1999] I-6161	(D) Articles 52, 58 (now 43, 48); discrimination of permanent establishments, foreign dividends, no exemption under a DTC, no indirect foreign tax credit under national law, no exemption of the participation from net wealth tax
14.10.99	C-229/98	<i>Vander Zwalmen</i>	[1999] I-7113	(B) Protocol on Privileges and Immunities Article 13; refusal of spouses' equalisation amount (quotient conjugal) according to national law
26.10.99	C-294/97	<i>Eurowings</i>	[1999] I-7447	(D) Article 59 (now 49); trade tax, adding-back of leasing payments only if the lessor is a non-resident
28.10.99	C-55/98	<i>Vestergaard</i>	[1999] I-7641	(DK) Article 59 (now 49); costs for vocational training not tax deductible if course is organised in a foreign location with reputation as a vacation site (assumption of predominant private interest)
18.11.99	C-200/98	<i>X AB and Y AB</i>	[1999] I-8261	(S) Articles 52, 58 (now 43, 48); group taxation; tax relief for intra-group transfers
13.04.00	C-420/98	<i>W.N.</i>	[2000] I-2847	(NL) Mutual Assistance Directive Article 4 (1), (3); spontaneous exchange of information
13.04.00	C-251/98	<i>Baars</i>	[2000] I-2787	(NL) Article 52 (now 43); net wealth tax, exemption of substantial participations only if held in a resident company
16.05.00	C-87/99	<i>Zustrassen</i>	[2000] I-3337	(L) Article 48 (now Article 39); joint assessment of spouses only when both are tax residents in the Member State
06.06.00	C-35/98	<i>Verkooijen</i>	[2000] I-4071	(NL) Article 52 (now Article 43) and Directive 88/361/EEC (Article 56); exemption of dividend income only if paid by a resident company; Advocate General 24.06.99 and 12.12.99
08.06.00	C-375/98	<i>Epson Europe</i>	[2000] I-4243	(P) Parent-Subsidiary Directive Article 5(4), derogation for Portugal
26.09.00	C-478/98	<i>Commission v Belgium</i>	[2000] I-7587	(B) Article 73b (now 56); resident taxpayers may not acquire bonds issued abroad

Date	Case	Name of the case	ECR	
14.12.00	C-141/99	<i>AMID</i>	[2000] I-11619	(B) Article 52 (now 43); company having a permanent establishment in another Member State, limitation of entitlement to set off loss incurred in previous year against profit
08.03.01	C-397/98 C-410/98	<i>Metallgesellschaft</i> <i>Hoechst</i>	[2001] I-1727	(UK) Articles 52, 58 (now 43, 48); option to taxation of group income granted only to resident parent and resident subsidiaries, indemnification for loss of interest; most favoured nation issue left open
04.10.01	C-294/99	<i>Athinaiki Zythopoiia</i>	[2001] I-6797	(H) Parent-Subsidiary Directive Article 5(1), concept of "withholding tax"; national legislation providing that, in the event of distribution of dividends, the taxable profits of the subsidiary include income which has been subject to special taxation (extinction of tax liability and non-taxable income), when this income would not be taxable if it remained undistributed
15.01.02	C-43/00	<i>Andersen and Jensen</i>	[2001] I-	(DK) Merger Directive Article 2(c), (i), transfer of assets or of a branch of activities, proceeds of a significant loan contracted by the transferring company remain with that company and the obligations arising from the loan are transferred to the company receiving the transfer
30.05.02	C-516/99	<i>Walter Schmid</i>		(A) Articles 73b, 73d (now 56, 58); final taxation (Endbesteuerung) with an effective reduced tax rate of 25% applies only to dividends, interest and other earnings from domestic shares etc. whereas the tax rate for income from foreign shares may be up to 50%. AG 29.01.02. An appeal chamber (Berufungssenat der Landesfinanzdirektion) does not constitute a court or tribunal within the meaning of Article 234 EC; therefore, the Court has no jurisdiction

Date	Case	Name of the case	ECR
11.07.02	C-224/98	<i>d'Hoop</i>	(B) Articles 8, 48 (now 17, 38); citizenship of the Union, principle of non-discrimination where a person cannot rely on the free movement of workers

PENDING CASES

Case	OJ No C	national court		
C-306/99	99 333/13	Finanzgericht Hamburg	BLAO	(D) Article 177 (now 234) and Directive 78/660/EEC (on annual accounts) Articles 2, 19, 31, 39; competence of the Court to interpret the Directive if its provisions have been transposed into national law in areas where this is not required by the Directive and to the extent that tax accounting is based on commercial accounting (linkage principle). Advocate General 15.11.01
C-136/00	00 176/10	Kuopion Hallinto-oikeus	Rolf Dieter Danner	(SF) Article 59 (now 49); restriction of the right to deduct premiums paid to a foreign insurer. Advocate General 21.03.02
C-208/00	00 233/16	Bundesgerichtshof	Überseering B.V.	(D) Articles 43, 48 (ex 52, 58); national rule prohibiting the transfer to a Member State of the place of effective management of a company established under the laws of another Member State retaining its legal personality. Advocate General 04.12.01
C-324/00	00 316/15	Finanzgericht Münster	Lankhorst-Hohorst GmbH	(D) Articles 43, 48 (ex 52, 58); national rule (§ 8a KStG) providing that interest which a resident corporate entity (GmbH, AG) pays to a shareholder (or related entity) not entitled to the German corporation tax credit (typically, foreign shareholders) is re-characterised into a hidden profit distribution if the shareholder loan exceeds certain ratios. Advocate General 26.09.02

Case	OJ No C	national court		
C-385/00	00 372/6	Hoge Raad	de Groot	(NL) Article 48 (now 39); national rule providing that a resident of a Member State loses a proportional part of the advantage of his tax-free allowance and personal tax concessions when he derives (also) income from employment exercised in another Member State, on which he is taxed there without account being taken of his personal and family circumstances. Advocate General 20.06.02
C-436/00	01 45/7	Regeringsrätten	X und Y	(S) Articles 43, 46, 48, 56, 58; legislation which has the effect that a capital contribution in the form of a transfer of shares below value is taxed less advantageously if the contribution is made to a direct or indirect subsidiary resident than to a domestic subsidiary. Advocate General 06.06.02
C-58/01	01 134/4	Special Commissioners	Océ van der Grinten	(UK) Parent-Subsidiary Directive Articles 5(2), 7(2); is the 5% charge (on dividends and ACT refund) allowed under DTC UK/NL a withholding tax; if it is a withholding tax is its effect preserved as a consequence of Article 7(2) of the Directive; is Article 7(2) invalid?
C-167/00	01 200/41	Kantongerecht Amsterdam	Inspire Art	(NL) Articles 43, 46, 48 (ex 52, 56, 58); existence of a branch even if a company does not have a principal place of business at any other place where it carries on at least an essential part of business activity
C-168/01	01 200/41	Hoge Raad	Bosal Holding	(NL) Articles 52, 58 (now 43, 48); costs concerning a subsidiary when a resident parent company may only deduct them if the subsidiary is subject to tax in the same Member State; Advocate General 24.09.02

Case	OJ No	C	national court	
C-209/01	01 212/14	Bundesfinanzhof	Schilling	(D) Article 48 (now 39), Protocol on Privileges and Immunities Article 14; allowance under German income tax (expenses for a housekeeper) not applicable if contributions are not paid to the German but to the Luxembourg social security; may a civil servant of the EC invoke Article 48? application of the principles established in the Werner case?
C-234/01	01 245/5	Finanzgericht Berlin	Gerritse	(D) Article 52 (now 43); minimum tax rate of 25% (on gross revenue) for non-residents, no possibility of a refund or assessment
C-364/01	01 331/12	Gerechthof „s-Hertogenbosch	Barbier	(NL) inheritance tax; does the application of Community Law still require a cross border economic activity? Inheritance tax imposed by a Member State on immovable property situated in this Member State; deduction not allowed where the testator at the time of death was a resident in another Member State. Does it make a difference whether at the time of acquisition the testator was no longer resident in the Member State in which the property is situated?
C-422/01	02 84/36	Regeringsrätten	Skandia und Ola Ramstedt	(S) Articles 12, 38, 49, 56, occupational pension insurance, if policy is issued by a company in the UK, Germany or Denmark, treated as an endowment insurance with income tax effects less favourable than the tax effects of an occupational pension insurance
C-431/01	02 3/19	Cour d'appel Mons	Mertens	(B) Article 39, 43, income tax, business loss suffered in previous years, deduction for a subsequent period of assessment only to the extent that the business loss may not be set off against emoluments relating to that earlier period of assessment arising from salaried activity carried on in another Member State; the business loss may thus be deducted in neither Member State

Case	OJ No C	national court		
C-9/02	02 56/11	Conseil d'Etat	<i>Hughes de Lasteyrie du Saillant</i>	(F) Article 52 (now 43), exit tax; taxation of capital gains upon transfer of tax residence, for the purpose of preventing the risk of tax avoidance
C-42/02	02 109/27	Ålands förvaltningsdomstol	<i>Lindmann</i>	(SF) Article. 49, winnings from foreign lotteries are included in the taxable income of the winner, whereas winnings from lotteries held in the Member State in question are exempt from income tax
C-315/02			<i>Lenz</i>	(A) Articles 73b, 73d (now 56, 58); final taxation (Endbesteuerung) with an effective reduced tax rate applying only to dividends, interest and other earnings from domestic companies (see Case C-516/99 <i>Schmid</i>)

L'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni - Prospettive dalla Corte di Giustizia europea ⁽¹⁾

Dr. Martin Lausterer (2)

1. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea

L'opera è intitolata "Imposizione fiscale delle Stabili Organizzazioni". In quest'opera, la Corte di Giustizia Europea (CGE) è l'attore principale. I contribuenti che hanno dato inizio ad un nuovo atto dell'opera sono stati supportati dalla Commissione e ne sono usciti da eroi (3). Gli Stati Membri hanno avuto il ruolo di comparse. Il legislatore della Comunità si è rifiutato di recitare alcun ruolo. L'opera è un grande successo del cartellone artistico dal 1986. Il produttore è il Trattato CE (4).

Il ruolo della CGE viene definito nell'Articolo 220 (ex Articolo 164) del Trattato CE:

"La Corte di Giustizia dovrà assicurare il rispetto della legge nell'interpretazione ed applicazione del presente Trattato".

In materia di imposizione diretta (5), la CGE adempie ai propri compiti di guardiano della legge prevalentemente nelle sentenze preliminari rese in conformità all'Articolo 234 (ex Articolo 177) quando una corte di uno Stato Membro richiede alla CGE di emettere una sentenza concernente l'interpretazione del Trattato CE, oppure in merito alla validità ed interpretazione di atti di istituzioni della Comunità (6). Meno frequentemente, anche se in casi importanti, la Corte ha avuto l'opportunità di pronunciarsi in procedimenti legali di infrazione avviati dalla Commissione

116

(1) Il presente articolo è stato presentato come relazione il 2 maggio 2002 al II *Naples International Tax Meeting*.

(2) Partner di Oppenhoff & Rädler, Monaco di Baviera (Germania).

(3) Vedere di seguito 2, introduzione.

(4) In generale questo articolo utilizzerà i riferimenti al Trattato CE così come emendato dal Trattato di Amsterdam, ma con i numeri dell'Articolo precedente tra parentesi.

(5) L'allegato contiene un elenco con le principali sentenze della CGE nel campo della imposizione fiscale diretta e dei casi pendenti.

(6) La seconda concerne i provvedimenti legislativi adottati nel settore della imposizione fiscale diretta, ad es. la Direttiva sulla Mutua Assistenza, Direttiva Società madre-Consociata, e Direttiva di Fusione, ma non la Convenzione sull'Arbitrato. Ad oggi, le sentenze della Corte su questi atti non hanno avuto un impatto diretto sull'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni.

nei confronti di uno Stato Membro conformemente all'Articolo 226 (ex Articolo 169) (7).

Per le imposte dirette, le libertà fondamentali sono le disposizioni più importanti del Trattato:

- Libera circolazione dei lavoratori, Articolo 39 (ex Articolo 48),
- Diritto di stabilimento, Articolo 43 (ex Articolo 52),
- Libera prestazione dei servizi, Articolo 39 (ex Articolo 59) e
- Libera circolazione del capitale, Articolo 56 (ex Articolo 73b).

Per l'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni, la CGE ha basato le proprie sentenze sul diritto di stabilimento previsto dall'Articolo 43 (ex Articolo 52), che recita quanto segue:

"Nel quadro delle disposizioni seguenti, dovranno essere vietate le restrizioni sulla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato Membro nel territorio di un altro Stato Membro. Tale divieto dovrà essere applicato anche alle restrizioni sulla costituzione di agenzie, filiali o succursali da parte di cittadini di qualsiasi Stato Membro nel territorio di qualsiasi Stato Membro." (8).

È un caso eccezionale per il diritto comunitario che questa disposizione (così come le altre libertà fondamentali) venga applicata alle imposte dirette nonostante i tributi non siano esplicitamente menzionati (9). Questa è una delle ragioni per le quali gli Stati Membri hanno continuamente dichiarato che la CGE non ha alcuna competenza per pronunciarsi in merito a questioni di imposizione fiscale diretta. Tuttavia, la Corte ha messo a punto una formula che descrive la relazione tra imposte dirette e diritto comunitario nella maniera seguente:

"Si deve anzitutto rilevare che, se è vero che allo stato attuale del di-

(7) La sentenza *avoir fiscal* - il primo caso di discriminazione di stabili organizzazioni ed il primo caso di imposte dirette dinanzi alla CGE - è stato il risultato di un'azione diretta nei confronti di uno Stato Membro (ad es. Francia) portato dinanzi alla Corte dalla Commissione.

(8) La presente disposizione è stata emendata dal Trattato di Amsterdam. La dicitura precedente (Articolo 52) era "... dovrà essere abolito dalla fase progressiva nel corso del periodo di transizione". La modifica riflette soltanto che il periodo di transizione era già terminato il 31 dicembre 1969 (cf. Articoli 7, 247(2) Trattato CEE). Secondo la CGE il diritto di stabilimento nell'Articolo 52 CEE era già direttamente applicabile dalla fine del periodo di transizione.

(9) Come eccezione alle disposizioni sulla libertà di capitale, riferimento all'imposizione fiscale nell'Articolo 58 (ex Articolo 73d). Tuttavia, le disposizioni dell'Articolo 56 et seq. (ex Articolo 73 et seq.) sono state introdotte soltanto nel 1992 dal Trattato di Maastricht, molto tempo dopo che la CGE aveva già creato una giurisprudenza sull'applicabilità delle altre libertà fondamentali in riferimento alle imposte dirette. Inoltre, la CGE ha ritenuto la libertà di capitale nella giurisprudenza prima dell'entrata in vigore dell'Articolo 73d (ora Articolo 58) non è influenzata dalle nuove disposizioni; vedere *Verkooijen*, paragrafo 43.

ritto comunitario la materia delle imposte dirette non rientra, in quanto tale, nella competenza della Comunità, ciò non toglie tuttavia che gli Stati membri sono tenuti ad esercitare le competenze loro attribuite nel rispetto del diritto comunitario" (10).

Uno strumento per adempiere ai compiti della Comunità è la creazione di "un mercato comune" (cf. Articolo 2) che

"comporti l'eliminazione di tutti gli ostacoli del commercio intracomunitario al fine di unire i mercati nazionali in un mercato unico, dando vita a condizioni più vicine possibili a quelle di un vero e proprio mercato nazionale." (11).

Secondo l'Articolo 14(2) [ex Articolo 7a(2)] il mercato interno comprende "un'area senza frontiere interne in cui la libera circolazione di beni, persone, servizi e capitale venga assicurata conformemente alle disposizioni del presente Trattato". Ciò viene realizzato per mezzo di un'integrazione a livello comunitario. Il coordinamento ed il ravvicinamento delle normative nazionali (cf. Articolo 3) è l'integrazione tramite un'azione positiva. Fintanto che non verrà adottata alcuna integrazione positiva gli Stati Membri sono liberi di regolamentare il settore in questione; tuttavia, questa libertà viene ristretta dalla integrazione negativa, ad es. divieti del Trattato CE, soprattutto per quanto concerne le libertà fondamentali (12).

In assenza di armonizzazione delle imposte dirette, l'integrazione negativa svolge un ruolo più importante in questo settore. Nel quadro istituzionale della Comunità la CGE deve assicurare l'integrazione negativa. Tuttavia, la portata dell'integrazione negativa è limitata e la giurisprudenza della Corte resterà una sorta di mosaico ma può convincere gli Stati Membri ad armonizzare l'imposizione fiscale diretta a livello comunitario almeno in misura minima.

118

2. Giurisprudenza in merito alle stabili organizzazioni

Nell'arco degli ultimi 16 anni, la CGE si è pronunciata su circa trentasei casi di imposte dirette. Sette di queste sentenze concernono la imposizione fiscale delle stabili organizzazioni:

(10) *Safir*, paragrafo 21, giurisprudenza citata; inoltre, *Saint-Gobain*, paragrafo 57; *ICI*, paragrafo 19; e giurisprudenza citata. *Baars*, paragrafo 17; *Verkooijen*, paragrafo 32; *AMID*, paragrafo 19; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragrafo 37. Poiché il diritto comunitario non preclude l'armonizzazione delle imposte dirette, si potrebbe preferire una versione alternativa della formula così come utilizzata dalla CGE per il diritto previdenziario, vedere *Terhoeve*, paragrafo 34.

(11) *Gaston Schul*, paragrafo 33.

(12) *Terra/Wattel*, *European Tax Law*, 3rd edition 2001, 22 et seq.

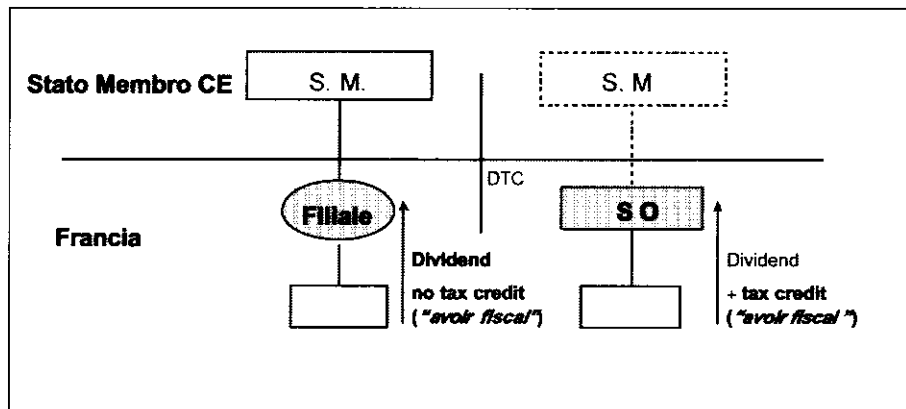
- *Avoir fiscal*
- *Commerzbank*
- *Halliburton*
- *Futura/Singer*
- *Royal Bank of Scotland*
- *Saint-Gobain*
- *AMID*

Questi casi vengono brevemente analizzati di seguito. È opportuno ricordare che in tutti e sette questi casi la Corte ha sostenuto la posizione del contribuente (13).

2.1. *Avoir fiscal*

La prima sentenza della CGE nel campo delle imposizioni dirette risale al 28 gennaio 1986, ed ha trovato origine in un procedimento di infrazione intentato dalla Commissione nei confronti della Francia. Il caso ha riguardato il credito d'imposta sui dividendi (*avoir fiscal*) francese ed è, pertanto, comunemente noto quale il caso dell'*avoir fiscal*. Secondo il sistema di imputazione francese, l'*avoir fiscal* era concesso ai beneficiari di dividendi distribuiti da società francesi a condizione che il beneficiario avesse la propria residenza abituale o sede sociale in Francia. Pertanto, le società francesi (comprese le società figlie di società estere) avevano diritto a questo credito d'imposta, ma non invece le *branches* (stabili organizzazioni) di imprese estere.

Grafico 1 - Caso 270/83 *Avoir fiscal*



(13) In contrasto con ciò, alcuni degli altri casi di imposizione diretta sono stati persi dal contribuente, soprattutto *Daily Mail*, *Bachmann*, *Werner*, *Gilly*, *Gschwind*.

La Corte ha sostenuto che la libertà di stabilimento assicura che tutti i cittadini degli Stati Membri che si stabiliscono in un altro Stato Membro, anche se questa residenza è soltanto secondaria, allo scopo di svolgere attività, debbano ricevere lo stesso trattamento dei cittadini di quello Stato Membro. Vieta, quale restrizione della libertà di stabilimento, qualsiasi discriminazione sulla base della nazionalità. La CGE ha respinto l'argomentazione del Governo francese, secondo cui la differenza del trattamento fiscale era giustificata sulla base delle diverse situazioni di residenti e non-residenti. Poiché la Francia ha calcolato l'imposizione fiscale delle *branches* francesi nella stessa maniera delle società francesi, entrambe erano in una situazione simile e la mancata concessione degli stessi vantaggi fiscali ha dato luogo ad un trattamento diseguale (applicazione di leggi diverse alla stessa situazione). La Corte ha aggiunto che, nel caso delle società, la sede sociale è paragonabile alla nazionalità dei cittadini persone fisiche: entrambe fungono da fattore di collegamento con il sistema giuridico di un particolare Stato, come la nazionalità nel caso di persone fisiche. La libertà di stabilimento verrebbe privata di ogni suo significato qualora lo Stato Membro in cui una società cerca di stabilirsi decidesse di applicare liberamente a questa società un trattamento diverso soltanto in ragione del fatto che la sua sede sociale è situata in un altro Stato Membro.

120

In *avoir fiscal*, la differenza di trattamento non potrebbe essere giustificata da alcun vantaggio di cui le filiali possano aver usufruito nei confronti delle società residenti e che, secondo il Governo francese, abbia controbilanciato gli svantaggi derivanti dalla mancata concessione del credito d'imposta. La Corte non ha ritenuto necessario valutare la misura dello svantaggio derivante dalla mancata concessione del credito d'imposta, poiché la libertà di stabilimento vieta ogni tipo di discriminazione, anche se soltanto di natura limitata. La Corte ha inoltre sostenuto che tale discriminazione non potesse essere giustificata sulla base di un'armonizzazione inadeguata, norme incongruenti nelle convenzioni sulla doppia imposizione fiscale oppure sulla base della prevenzione dell'evasione fiscale.

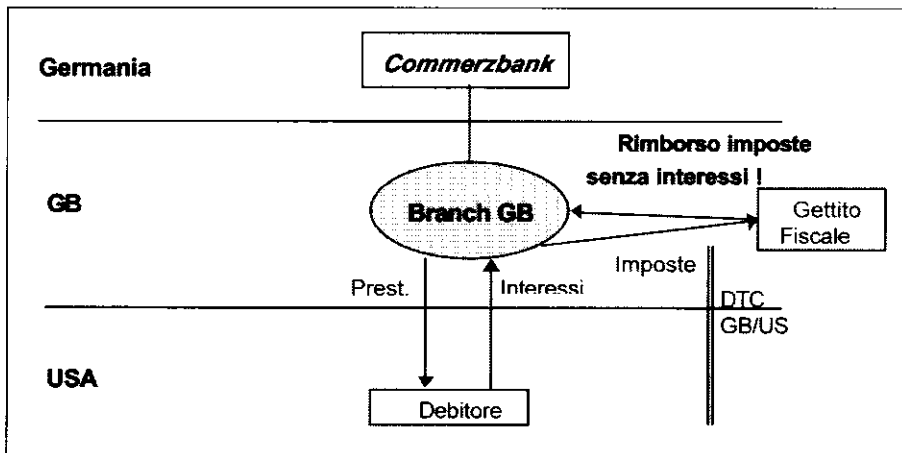
2.2. *Commerzbank* (14)

Commerzbank ha riguardato una disposizione del Regno Unito secondo cui un supplemento (interesse) sui rimborsi delle imposte non fos-

(14) Vedere, *inter alia*, Thömmes/Kiblböck, EC Tax Review 1993, 158; Oliver, Intertax 1993, 518; Mario, Diritto e pratica tributaria 1994, II, 455; Lyons, The EC Tax Journal 1995, 27.

se disponibile per i non-residenti. La *branch* britannica della banca tedesca Commerzbank aveva prorogato i prestiti alle società statunitensi. La *branch* ha dichiarato l'interesse ricevuto come reddito imponibile, ed ha versato su quell'importo l'imposta sul reddito delle persone giuridiche vigente nel Regno Unito. Poi, tuttavia, la stessa *branch* ha chiesto il rimborso delle imposte britanniche sulla base del fatto che, ai sensi della convenzione contro la doppia imposizione tra il Regno Unito e gli Stati Uniti, si trattava di un non residente e quindi l'interesse ricevuto non era tassabile nel Regno Unito. Commerzbank ha così ricevuto dal Fisco un rimborso per l'imposta pagata in eccesso. La richiesta della Commerzbank di un ulteriore rimborso, pari all'interesse sull'importo pagato in eccesso al tasso dell'8,25% annuo, è stata invece respinta sulla base del fatto che la società non era residente nel Regno Unito.

Grafico 2 - Caso C-330/91 Commerzbank



Nella sentenza della CGE, facendo riferimento ai propri principi definiti nell'*avoir fiscal*, ha sostenuto l'argomentazione della Commerzbank secondo cui la mancata concessione del rimborso dell'interesse legale ha costituito una discriminazione occulta non giustificabile.

2.3. Halliburton (15)

Halliburton concerne l'imposta sul trasferimento degli immobili e, quindi, si potrebbe ritenere che questo caso non si adatti alla presente di-

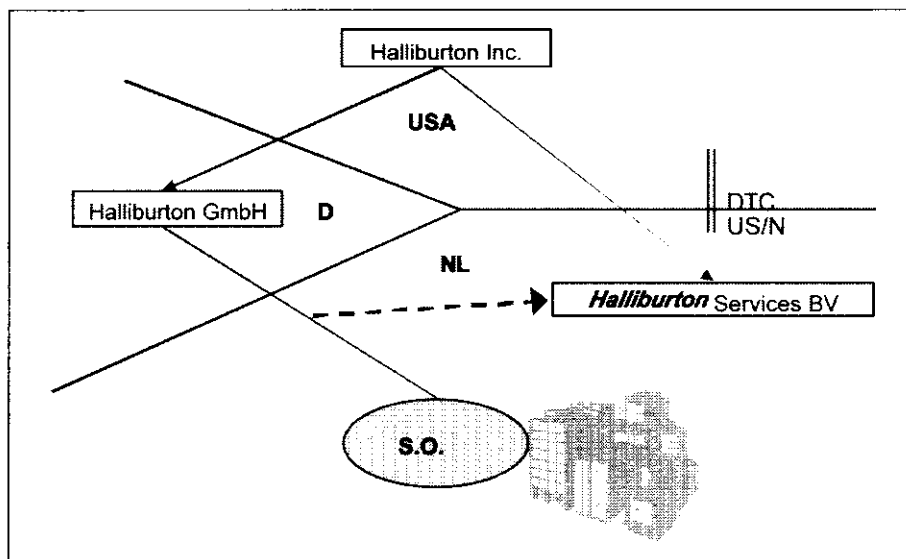
(15) Vedere, *inter alia*, Lyons, The EC Tax Journal 1995, 27.

scussione. Tuttavia, *Halliburton* è un esempio di chiara discriminazione fiscale e mostra l'ampia portata del principio di non discriminazione.

Halliburton è un gruppo internazionale con una società madre statunitense, la *Halliburton Inc.* A quel tempo, deteneva tutte le azioni della società olandese *Halliburton Services BV* e della società tedesca *Halliburton GmbH*, con una stabile organizzazione in Olanda. Quale parte di una riorganizzazione delle attività europee della *Halliburton*, la *GmbH* tedesca ha venduto e trasferito la sua filiale olandese che comprendeva una proprietà immobiliare alla *Halliburton Services BV*.

Ai sensi del diritto olandese, il trasferimento della proprietà immobiliare è soggetto ad imposte sui trasferimenti. Tuttavia, la normativa olandese escludeva le riorganizzazioni intragruppo da tale imposta qualora i membri del gruppo coinvolti nella riorganizzazione stessa e la società madre fossero società per azioni o società private a responsabilità limitata di diritto olandese. Poiché il cedente, *Halliburton GmbH*, e la società madre comune, *Halliburton Inc.*, non avevano rispettato questa condizione, l'amministrazione fiscale olandese ha rifiutato di ritenere applicabile l'esclusione. È interessante leggere nella sentenza della CGE, che Hoge Raad aveva già deciso che, ai sensi del principio di non discriminazione della convenzione contro la doppia imposizione tra Stati Uniti ed Olanda, l'esclusione non poteva essere rifiutata sulla base del fatto che la società madre è costituita ai sensi del diritto statunitense.

Grafico 3 - Caso C-1/93 *Halliburton*



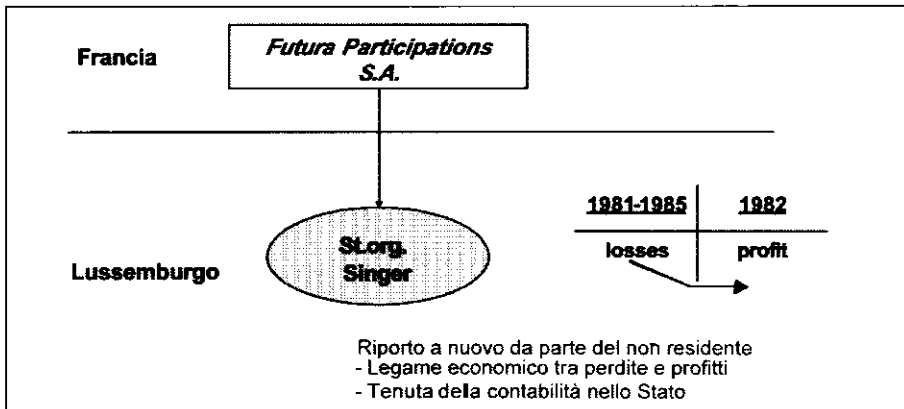
Dietro richiesta del Hoge Raad, la CGE ha ritenuto che il rifiuto di applicare l'esclusione sulla base del fatto che il cedente fosse una società privata a responsabilità limitata di diritto tedesco (GmbH) e non di diritto olandese (BV), costituisse una discriminazione vietata dal diritto di stabilimento.

Il Governo olandese ha sostenuto che la non applicazione della fattispecie di esclusione nei confronti delle società olandesi fosse necessaria, poiché l'amministrazione fiscale non è in grado di controllare se le forme legali degli organismi costituiti negli altri Stati Membri siano equivalenti a quelle ai sensi del diritto olandese. La Corte ha respinto questa argomentazione: la Direttiva sulla Mutua Assistenza fornisce degli strumenti per ottenere informazioni simili a quelle esistenti tra le autorità fiscali a livello nazionale.

2.4. Futura/Singer (16)

Futura/Singer ha riguardato il riporto di perdite da parte di una stabile organizzazione. La società francese Futura Participations SA aveva una stabile organizzazione in Lussemburgo, Singer. Singer ha cercato di scomputare dal suo reddito del 1986 le perdite relative agli anni precedenti. Il diritto tributario lussemburghese generalmente prevede lo scomputo delle perdite riportate a nuovo dagli anni precedenti. Se il contribuente è un non residente, tuttavia, lo scomputo della perdita è soggetto a due condizioni.

Grafico 4 - Caso C-250/95 Futura/Singer



(16) Vedere, *inter alia*, Clayson, the EC Tax Journal 1997, 133; Anido/Carrero, EC Tax Review 1999, 24.

In primo luogo, il riporto in avanti delle perdite deve essere collegato da un punto di vista economico al reddito ottenuto nello Stato Membro, così che solo le perdite derivanti dalle attività di un contribuente non residente in quello Stato possano essere riportate a nuovo. La CGE ha sostenuto che ciò è conforme al principio fiscale di territorialità e non può essere considerato come comportante qualsiasi discriminazione.

La seconda condizione è stata che nel corso dell'esercizio finanziario in cui le perdite erano state sostenute, il contribuente doveva aver tenuto e sostenuto in quello stato le scritture contabili relative alle sue attività svolte, conformemente alle relative leggi nazionali. La Corte ha deciso che tale condizione costituisce una restrizione sulla libertà di stabilimento ed è andata oltre il necessario nel controllare l'importo delle perdite, ossia questo requisito non era proporzionato all'obiettivo legittimo del Lussemburgo di accertare chiaramente ed esattamente l'importo delle perdite da riportare in avanti.

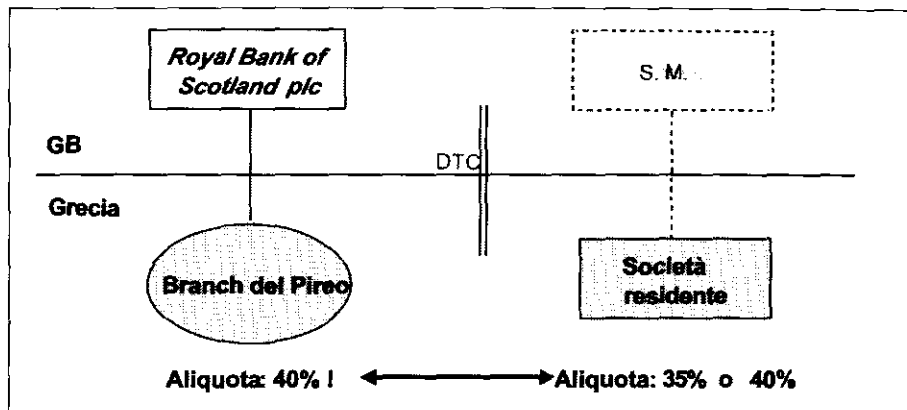
In relazione all'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni, *Futura/Singer* è stata la prima sentenza che ha messo in risalto l'approccio di non-restrizione del diritto di stabilimento.

2.5. *Royal Bank of Scotland* (17)

Royal Bank of Scotland ha riguardato una disposizione del diritto tributario greco sull'aliquota d'imposta applicabile. Per le società residenti, l'aliquota era del 35% o 40%, a seconda della loro forma giuridica e della natura delle azioni da esse emesse. Per le società non residenti, l'aliquota d'imposta era del 40%. Inoltre, il diritto bancario greco richiedeva che una società avente sede in Grecia svolgesse l'attività sotto forma di società pubblica a responsabilità limitata e che emettesse azioni nominative, cosicché evitasse l'applicazione dell'aliquota fiscale maggiore del 40%. Pertanto, le banche greche erano sempre tassate al 35%, mentre le *branches* di banche estere, come ad esempio la *branch* greca della Royal Bank of Scotland, erano sempre tassate al 40%.

La CGE ha sostenuto che non vi era alcuna differenza obiettiva nel trattamento fiscale delle società residenti e non residenti in Grecia, fatta eccezione per l'aliquota fiscale applicabile. Quindi l'applicazione dell'aliquota fiscale maggiore alle società non residenti, indipendentemente dalla loro forma legale e dalla natura delle azioni emesse, introduceva una discriminazione.

(17) Vedere, *inter alia*, Lyons, The EC Tax Journal 1999, 163; Eicker, Intertax 1999, 311; Garbarini, Diritto e pratica tributaria 2000, III, 337.

Grafico 5 - Caso C-311/97 *Royal Bank of Scotland*

Si può desumere da questa sentenza che non vi è necessità di stabilire una discriminazione in senso classico. È sufficiente che le stabili organizzazioni vengano escluse dalla possibilità, accordata alle società nazionali, di beneficiare di un trattamento fiscale più vantaggioso, come ad esempio un'aliquota fiscale inferiore.

12:

2.6. *Saint-Gobain* (18)

Saint-Gobain può essere considerata come una nuova dimensione della giurisprudenza della Corte incorporando i benefici delle convenzioni contro la doppia imposizione nella libertà di stabilimento.

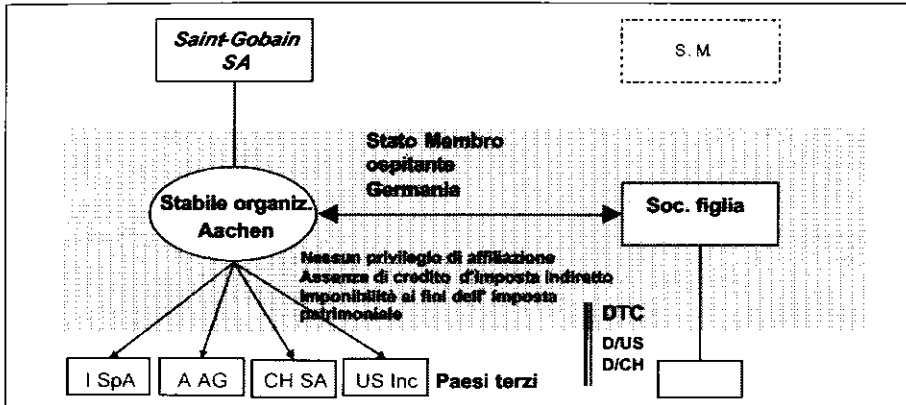
La società francese *Saint-Gobain SA* ha detenuto, tramite la sua *branch* tedesca, azioni di una consociata statunitense, svizzera, italiana ed austriaca. In relazione al trattamento fiscale tedesco di queste partecipazioni azionarie, la *branch* tedesca rivendicava alcune concessioni, che sarebbero state consentite qualora la *branch* fosse stata una società figlia residente in Germania:

- privilegio di affiliazione ai sensi delle convenzioni contro la doppia imposizione tedesche per i dividendi ricevuti dalle società figlie statunitensi e svizzera;
- credito d'imposta indiretto ai sensi del diritto tributario tedesco per i dividendi ricevuti dalle società figlie italiana e austriaca;
- non imponibilità delle azioni nella società figlia statunitense ai fini

(18) Si veda, *inter alia*, Lausterer, *The EC Tax Journal* 1999 Vol. 4, 45; Schön, *EWS* 2000, 281; Offermanns/Romano, *European Taxation* 2000, 180; Kostense, *EC Tax Review* 2000, 220; Garbarini, *Diritto e pratica tributaria* 2000, III, 337.

dell'imposta patrimoniale ai sensi del diritto tributario tedesco e della convenzione franco-tedesca contro la doppia imposizione.

Grafico 6 - Caso C-307/97 Saint-Gobain



La struttura del caso *Saint-Gobain* era sostanzialmente la stessa dell'*avoir fiscal*, fatta eccezione per il fatto che la seconda riguardava le partecipazioni azionarie in società dello Stato membro in cui era situata la stabile organizzazione, mentre *Saint-Gobain* riguardava le partecipazioni azionarie in società estere. Di conseguenza, la questione di fondo di *Saint-Gobain* era se i principi dell'*avoir fiscal* potessero essere applicati alle partecipazioni di un Paese terzo. (19)

La CGE ha sostenuto la posizione del contribuente, statuendo che il rifiuto di concedere i vantaggi fiscali, rivendicati da *Saint-Gobain*, fosse contrario alla libertà di stabilimento e che non poteva essere giustificato. La Corte ha sottolineato in particolar modo che le disposizioni di una convenzione contro la doppia imposizione con un Paese terzo non possono giustificare una violazione del diritto di stabilimento. Quindi, il diritto comunitario prevale su una convenzione contro la doppia imposizione in base alla quale uno Stato membro deve attribuire vantaggi tributari soltanto alle società residenti. Il diritto comunitario obbliga questo Stato membro ad estendere queste concessioni alle società non residenti nella CE con una stabile organizzazione situata in questo Stato membro. Tale estensione non riguarderebbe in alcun modo i diritti dello Stato membro contraente di una convenzione contro la doppia imposizione.

(19) Vedere punto 26 dell'Opinione dell'Avvocato Generale Mischo in *Saint-Gobain*.

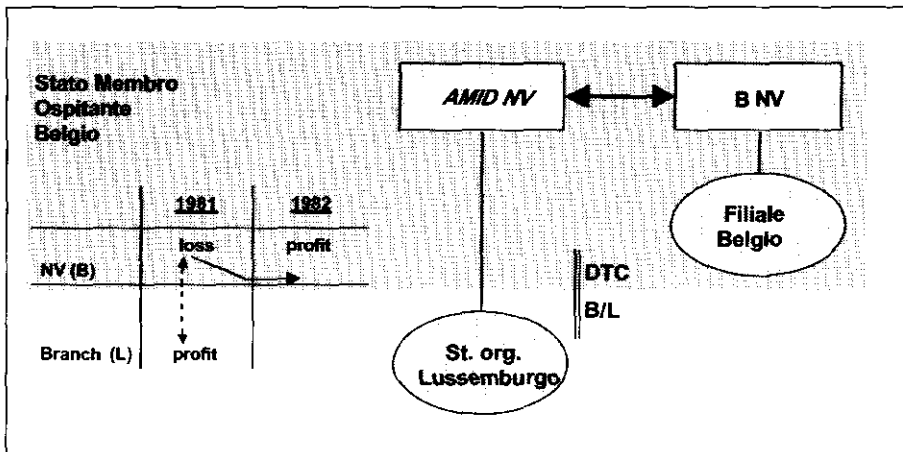
2.7. AMID (20)

AMID è il caso più recente in tema di stabile organizzazione e concerne anch'esso il riporto in avanti delle perdite, non al livello della stabile organizzazione ma presso lo Stato membro in cui è residente la casa madre.

La società belga AMID aveva una *branch* in Lussemburgo. Secondo la convenzione contro la doppia imposizione, gli utili della *branch* lussemburghese erano tassabili soltanto in Lussemburgo; il reddito di AMID derivante dalla sua stabile organizzazione in Lussemburgo era non imponibile in Belgio. Nel corso dell'anno 1981, AMID ha registrato una perdita in Belgio, mentre nello stesso anno la sua *branch* in Lussemburgo ha registrato un utile. Nella sua dichiarazione dei redditi in Belgio in riferimento all'anno finanziario 1982, AMID ha scomputato la propria perdita belga del 1981 dai propri utili di fonte belga per l'anno 1982. L'amministrazione fiscale belga ha rifiutato questa detrazione sulla base del fatto che una norma specifica in Belgio richiedeva che le perdite venissero scomputate prima nei confronti degli utili conseguiti da stabili organizzazioni estere. Quindi la perdita belga del 1981 non era detraibile in alcun Paese. Qualora la società belga avesse situato la propria stabile organizzazione in Belgio, le perdite sarebbero invece state detraibili.

127

Grafico 7 - Caso C-141/00 AMID



(20) Vedere, *inter alia*, De Ceulaer, Tax Notes International 2001, 1435; Van Steenwinckel/Van Vaeck, EC Tax Review 2001, 98.

La CGE ha indicato che (21), nonostante, secondo quanto indicato, le disposizioni concernenti la libertà di stabilimento mirano soprattutto ad assicurare che i cittadini e le società estere vengano trattati nello Stato Membro nella stessa maniera dei cittadini di quello stesso Stato, esse vietano anche allo Stato d'origine di ostacolare lo stabilimento in un altro Stato Membro di uno dei suoi cittadini o di una società istituita ai sensi della propria legislazione (22).

La Corte ha sostenuto che la norma belga sulla detrazione delle perdite possa dissuadere una società belga dal situare una stabile organizzazione in un altro Stato Membro; quindi, questa norma ha violato la libertà di stabilimento. I tentativi del Belgio di giustificare la propria legislazione non hanno avuto successo, soprattutto le presunte differenze tra società belghe aventi una stabile organizzazione all'estero e quelle che non le hanno, sono state respinte poiché le differenze cui faceva riferimento il Governo belga non potevano in alcun modo spiegare il motivo per il quale il primo non potesse essere trattato nella stessa maniera del secondo ai fini della detrazione delle perdite.

Questa sentenza suggerisce che qualsiasi norma nazionale, che tratti una società con una filiale in un altro Stato Membro diversamente da una società con una filiale nel proprio Stato, viola la libertà di stabilimento.

3. Principi

Lacquis comunitario sulla imposizione fiscale diretta è per lo più formato da principi generali messi a punto nella giurisprudenza della Corte. La maggior parte di questi principi riguardano non solo l'imposizione fiscale delle società (o stabili organizzazioni) ai sensi del diritto di stabilimento, ma si applicano anche più generalmente alle questioni dirette indipendentemente dalla libertà fondamentale invocata dal contribuente (23). Alcuni aspetti di questi principi nella giurisprudenza della Corte sono evidenziati di seguito.

(21) *AMID*, paragrafo 21.

(22) Già in *Daily Mail*, paragrafo 16, la CGE ha riconosciuto il diritto del contribuente di lasciare lo Stato Membro ospitante; la libertà di stabilimento sarebbe vuota di significato se lo Stato Membro d'origine dovesse vietare alle imprese di trasferirsi in un altro Stato Membro. Da *ICI*, paragrafo 21, e *X e Y*, paragrafo 26, questo principio è diventato sempre più importante.

(23) In *Asscher*, paragrafo 29, la CGE ha ritenuto che la libera circolazione dei lavoratori ed il diritto di stabilimento sono basati sugli stessi principi del divieto di ogni discriminazione.

La nozione di discriminazione occulta o nascosta è uno dei principi fondamentali nel settore della imposizione fiscale diretta. Questo concetto è stato fissato inizialmente in *Sotgiu* (24), un caso precedente riferito alla pari remunerazione dei lavoratori. Le norme concernenti la parità di trattamento impediscono non solo la discriminazione palese in ragione della nazionalità, ma anche tutte le forme dissimulate di discriminazione che, tramite l'applicazione degli altri criteri di differenziazione (come ad esempio il luogo d'origine o di residenza), portano *de facto* allo stesso risultato (parità di trattamento *de jure e de facto*). Questa interpretazione è necessaria per assicurare l'effettivo funzionamento dei principi fondamentali della Comunità. A partire da *avoir fiscal*, la CGE ha applicato questo principio equamente a questioni di imposte dirette. Per quanto concerne le società, la loro sede societaria nel senso dell'Articolo 48 (ex Articolo 58) serve per determinare, come la nazionalità per le persone fisiche, il loro collegamento con l'ordinamento giuridico di uno Stato membro. Quindi, la libertà di stabilimento protegge le società in cui una differenza nel trattamento fiscale è collegata alla residenza fiscale di una società.

Un'interpretazione comune delle sentenze della Corte sulla imposizione fiscale diretta è che la CGE ha utilizzato approcci diversi per esaminare la compatibilità delle misure fiscali con le libertà fondamentali, l'approccio basato sulla discriminazione e l'approccio basato sulla restrizione. (25) In questo contesto, l'approccio basato sulla discriminazione viene spesso definito come un approccio classico poiché le sentenze precedenti evidenziavano un effetto più discriminatorio di una misura contestata. Veniva anche messo in dubbio che, per questioni fiscali dirette, le libertà fondamentali contengono un divieto generale delle restrizioni. Nel corso degli anni, tuttavia, la Corte ha sempre maggiormente enfatizzato l'approccio basato sulla restrizione. In *Saint-Gobain* la CGE ha dichiarato che la discriminazione e la restrizione costituiscono un'unica violazione composita del diritto di stabilimento (26).

La discriminazione richiede un trattamento diverso, ad es. l'applicazione di norme diverse a situazioni simili (o le stesse norme a diverse situazioni). È necessario analizzare attentamente se vi siano, in effetti, situazioni simili, ossia se ad esempio il residente ed il non-residente sono tassati nella stessa maniera fatta eccezione per la (non) applicazione del-

(24) *Sotgiu*, paragrafo 11.

(25) Vedere, in dettaglio, Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and Solutions*, 2002, p. 41.

(26) *Saint-Gobain*, paragrafo 43.

la norma contestata. Se il trattamento fiscale in questione ha un effetto discriminatorio o restrittivo, deve essere considerato sulla base del criterio relativo; quindi, un trattamento diverso viene valutato secondo l'effetto specifico della norma contestata e non su una base generale (27). Ma potrebbe essere ancora difficile determinare tale trattamento diverso in un caso particolare.

Al contrario, la restrizione è più facile da valutare; una restrizione è qualsiasi misura dello Stato Membro ospite o dello Stato Membro ospitante, responsabile della dissuasione dal fare uso di una libertà fondamentale, ad es. dal fare uso del diritto di stabilimento tramite l'istituzione di società figlie o stabili organizzazioni.

Esistono delle differenze sostanziali per quanto concerne le giustificazioni applicabili alla discriminazione o restrizione. Una discriminazione diretta può essere, in linea di principio, giustificata soltanto sulle ragioni menzionate nel Trattato stesso (28), ossia per ragioni di ordine pubblico, sicurezza pubblica o salute pubblica (Articolo 56), riflettendo l'*ordre public* quale principio comune dei sistemi giuridici di tutti gli Stati Membri. È importante rilevare che fino ad ora questa giustificazione assoluta di una norma discriminatoria non è stata applicata in casi di imposte dirette.

130

Diversamente, le restrizioni possono essere giustificate da un numero più ampio di ragioni che, tuttavia, devono essere proporzionate nella specifica situazione. La CGE ha affrontato varie situazioni di giustificazione ed ha respinto alcune di esse quali non adeguate per giustificare una violazione di una delle libertà fondamentali, ad esempio la perdita di gettito fiscale di uno Stato Membro (29), controbilanciando vantaggi (compensazione di svantaggio con altri vantaggi) (30), assenza di armonizzazione all'interno della CE (31), disposizioni di una convenzione con-

(27) Ad esempio, in *Saint-Gobain*, paragrafi 47 e 48: nonostante il non-residente sia solo parzialmente soggetto alle imposte tedesche (responsabilità tributaria limitata per i profitti della sua filiale tedesca) mentre un residente è soggetto ad una responsabilità fiscale illimitata in Germania (sul reddito mondiale), le situazioni di entrambi sono simili per quanto concerne i dividendi in questione; la differenza nel trattamento si applica soltanto per quanto concerne la concessione delle agevolazioni fiscali in questione.

(28) Ad es. *Royal Bank of Scotland*, paragrafo 33.

(29) *Inter alia*, *ICI*, paragrafo 28; *Saint-Gobain*; paragrafo 50; *Verkooijen*, paragrafo 59; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragrafo 59.

(30) Vedere, *inter alia*, *avoir fiscal*, paragrafo 21; *Asscher*, paragrafo 53; *Saint-Gobain*, paragrafo 54; *Eurowings*, paragrafo 44; *Verkooijen*, paragrafo 61.

(31) Vedere *avoir fiscal*, paragrafo 24.

tro la doppia imposizione (32). Anche la presunta difficoltà di reperire informazioni in merito al trattamento (fiscale) in altri Stati membri non è stata accettata; in merito a questo punto, la Corte ha fatto riferimento alla Direttiva 77/799/CEE, che prevede maniere per ottenere informazioni paragonabili a quelle esistenti tra le autorità tributarie a livello nazionale come presupposto di una possibile giustificazione (33).

In *Bachmann*, la CGE ha accettato la coerenza di quel sistema fiscale di uno Stato Membro quale giustificazione per una misura fiscale restrittiva. Da allora, gli Stati Membri hanno portato avanti questa argomentazione. Tuttavia, a seguito di *Bachmann* la CGE non ha accettato in altri casi l'argomentazione della coerenza. In effetti, la CGE ha sempre più perfezionato i requisiti di coerenza di un sistema tributario (34) e sembra che questa argomentazione possa essere difficilmente considerata una giustificazione valida in futuro.

La prevenzione dell'elusione fiscale può essere una giustificazione. Tuttavia, le dichiarazioni della Corte indicano che ciò viene applicato soltanto nei casi in cui sono coinvolti piani completamente artificiali (35).

Un provvedimento fiscale contestato che sia applicabile indistintamente deve essere conforme al principio di proporzionalità al fine di essere giustificato. A tal fine, il provvedimento contestato deve perseguire un obiettivo legittimo riconosciuto dal diritto comunitario per ragioni di interesse pubblico, deve essere adatto al fine di assicurare il raggiungimento dell'obiettivo che persegue e non deve andare oltre quanto sia necessario per raggiungerlo.

La CGE ha accettato in linea di principio l'efficacia della supervisione fiscale e la lotta contro l'evasione fiscale quale obiettivo legittimo in questo senso (36). Tuttavia, in nessuno dei casi il provvedimento contestato è stato conforme agli ulteriori requisiti di proporzionalità.

Nel corso degli ultimi anni, fatta eccezione per rari casi con una chiara discriminazione in cui la Corte ha esaminato i principi di assoluta giu-

(32) Vedere, *inter alia*, *Saint-Gobain*, paragrafi 58 et seq.

(33) *Inter alia*, *Schumacker*, paragrafo 45; *Halliburton*, paragrafo 22; *Futura/Singer*, paragrafo 41; *Vestergaard*, paragrafo 26 et seq.

(34) *Inter alia*, *Wielockx*, paragrafi 24 e 25; *Asscher*, paragrafi 58 e 60; *Svensson, Gustavsson*, paragrafo 18; *Vestergaard*, paragrafo 24; *Baars*, paragrafi 39 e 40; *Verkooijen*, paragrafi 56 et seq.; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragrafi 67 et seq.

(35) Vedere *ICI*, paragrafo 26; *Verkooijen*, paragrafo 48; *Metallgesellschaft & Hoechst*, paragrafo 57.

(36) Vedere *Futura/Singer*, paragrafo 31; *Commission v Belgium* (2000), paragrafo 38, e la giurisprudenza citata.

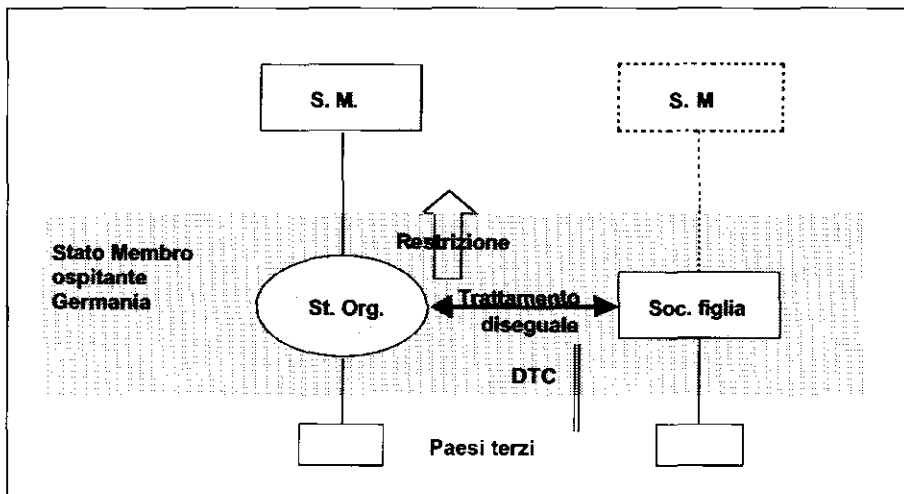
stificazione menzionati nel Trattato, la CGE non ha ritenuto necessario operare una distinzione tra discriminazione e restrizione e, di conseguenza, ha esaminato tutte le argomentazioni di giustificazione presentate.

Questo approccio della Corte di astenersi dall'operare una chiara differenziazione tra discriminazione e restrizione, può essere spiegato dalla difficoltà di stabilire un trattamento diverso nel caso specifico. Ma suggerisce anche che, in linea di principio, un provvedimento contestato implica una discriminazione così come una restrizione (37). Inoltre, viene stabilita una giurisprudenza secondo cui il diritto di stabilimento protegge nei confronti di provvedimenti fiscali dello Stato Membro ospite ed anche nei confronti di provvedimenti fiscali dello Stato Membro ospitante (38).

Soprattutto per quanto concerne l'imposizione fiscale delle società, i diagrammi seguenti dimostrano la combinazione di questi due principi, ossia i provvedimenti dello Stato Membro ospitante (diagramma 8a e 8b) e dello Stato Membro di origine (diagramma 8c e 8d) - la struttura è la stessa per situazioni con stabili organizzazioni (diagramma 8a e 8d) e per quelle con società figlie (diagramma 8b e 8c) - in cui i detti provvedimenti comportano sia la discriminazione che la restrizione:

Grafico 8a - Provvedimenti dello Stato Membro ospitante in situazioni di stabili organizzazioni, es. *Saint-Gobain*

132



(37) Vedere in proposito, *Saint-Gobain*, paragrafo 43, dove la Corte ha dichiarato che discriminazione e restrizione costituiscono un'unica violazione composta del diritto di stabilimento.

(38) Vedere *ICI* e *AMID*.

Grafico 8b - Provvedimenti dello Stato Membro ospitante in situazioni con società figlie, es. *Hoechst*

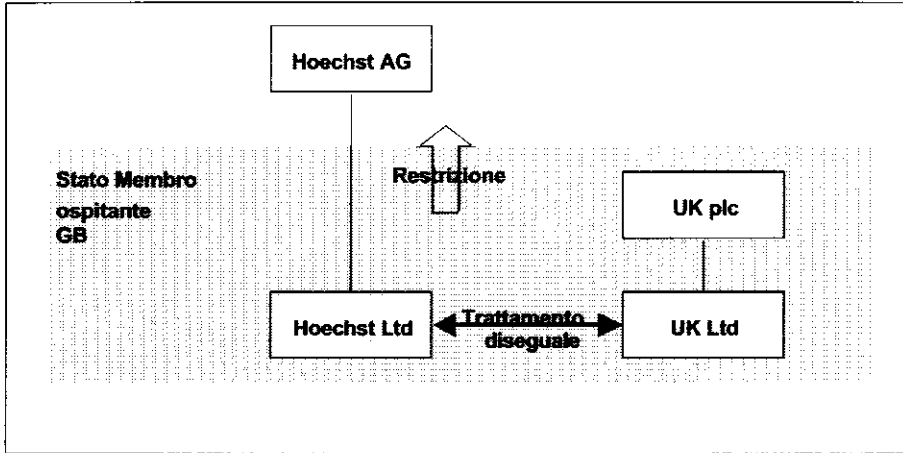


Grafico 8c - Provvedimenti dello Stato Membro ospitante in situazioni con società figlie, es. *ICI*

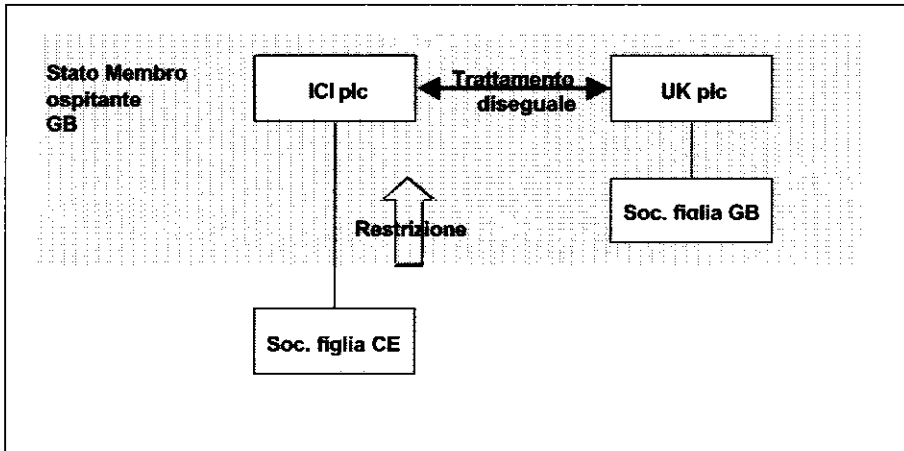
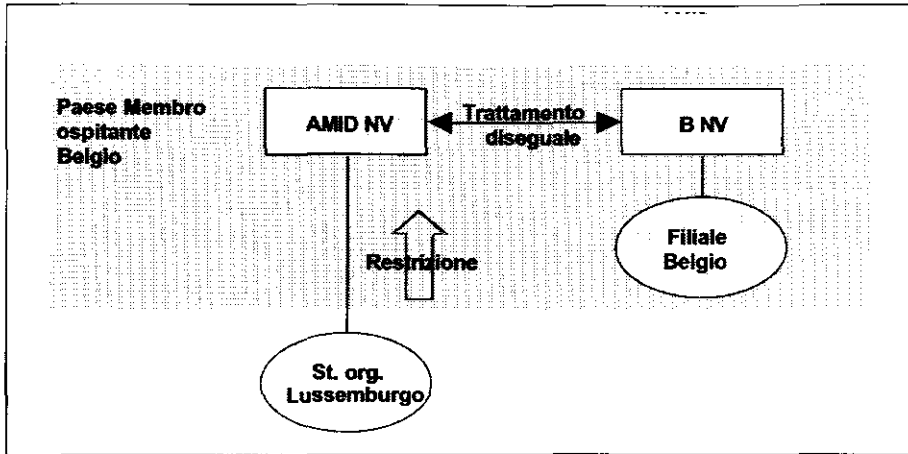


Grafico 8d - Provvedimenti del Paese Membro ospitante in situazioni di stabili organizzazioni, es. AMID



4. Conclusioni

134

Attualmente, non vi è alcun caso pendente presso la CGE relativo all'imposizione fiscale delle stabili organizzazioni. Tuttavia, sono convinto del fatto che vi siano ancora norme e pratiche nel diritto tributario degli Stati membri, che implicano la discriminazione o restrizione in questo settore. Sono fiducioso nel fatto che, non appena questi provvedimenti verranno contestati e portati a Lussemburgo, la CGE continuerà a decidere in favore della stabile organizzazione o della società madre in questione.

Le sentenze ed i commenti della Corte summenzionati supportano fortemente l'opinione secondo cui, qualora una società decidesse di intraprendere delle attività in un altro Stato Membro tramite una *branch* (stabile organizzazione), non dovrebbe esistere alcuna differenza nell'imposizione fiscale dello Stato Membro ospite e nello Stato Membro ospitante, al livello della *branch* o a livello della società madre, poiché qualsiasi provvedimento discriminatorio e restrittivo è vietato dalla libertà di stabilimento.

Nonostante possano esistere delle difficoltà nel determinare chiaramente un trattamento diseguale nel caso specifico, l'approccio della Corte indica che un provvedimento contestato comporta discriminazione e restrizione. Resta poco per giustificare tale provvedimento. Anche se ci si può affidare ad un obiettivo legittimo quale giustificazione, il provvedimento contestato deve essere conforme al test di proporzionalità.

Nella dimensione fiscale del mercato interno, *Saint-Gobain* è una sentenza che rappresenta una pietra miliare in favore delle stabili organizzazioni; inoltre, *Saint-Gobain* ha aperto nuove prospettive che vanno oltre l'impatto tradizionale del Diritto comunitario nelle questioni di imposte dirette. Purtroppo, in *Metallgesellschaft & Hoechst* la Corte avrebbe potuto evitare una sentenza su una fase successiva dei rapporti tra la normativa di fonte comunitaria e quella di fonte convenzionale: il concetto della nazione più favorita. Ma un giorno questa questione potrebbe essere portata nuovamente dinanzi alla CGE.

Allegato

Casi selezionati della CGE, soprattutto nel settore delle imposizioni dirette (*)

SENTENZE

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
16.12.60	6/60	<i>Humblet</i>	[1960] 559 EN	(B) Protocollo sui Privilegi ed Immunità CECA non concede agli Stati Membri di imporre alcuna tassa sul salario pagato dalla Comunità ai propri impiegati
12.02.74	152/73	<i>Sotgiu</i>	[1974] 153	(D) Divieto di discriminazione celata (nascosta)
15.09.81	208/80	<i>Lord Bruce of Donington</i>	[1981] 2205	(UK) Il Diritto comunitario non concede agli Stati Membri di imporre alcuna tassa sul rimborso delle spese di viaggio pagate dal Parlamento europeo ai propri membri
05.05.82	15/81	<i>Gaston Schul</i>	[1982] 1409	(NL) IVA, concetto di Mercato Comune
06.10.82	283/81	<i>C.I.L.F.I.T.</i>	[1982] 3415	(F) Articolo 177 (ora Articolo 234); <i>acte clair doctrine</i> , obbligo delle corti nazionali di riferire dinanzi alla CGE
28.01.86	270/83	<i>Commissione v Francia "avoir fiscal"</i>	[1986] 273	(F) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); discriminazione fiscale delle stabili organizzazioni, assenza di imputazione del credito d'imposta (<i>avoir fiscal</i>) per i dividendi nazionali se ricevuti da una stabile organizzazione situata nello Stato Membro
27.09.88	81/87	<i>Daily Mail</i>	[1988] 5483	(UK) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); una persona giuridica non ha il diritto di lasciare lo Stato Membro d'origine (trasferimento dello stabilimento principale, ad es. sede sociale in un altro Stato Membro)
08.05.90	C-175/88	<i>Biehl I</i>	[1990] I-1779	(L) Articolo 48 (ora Articolo 39); imposizione fiscale discriminatoria dei lavoratori non residenti

(*) A meno che non sia indicato diversamente, gli Articoli sono quelli del Trattato CE.

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
28.01.92	C-204/90 C-300/90	Bachmann Commission v Belgium	[1992] I-249 [1992] I-305	(B) Articoli 48, 59 (ora 39, 49); imposizione fiscale dei lavoratori espatriati nello Stato Membro ospite, premi pagati ad un assicuratore estero non sono deducibili fiscalmente, nozione di coerenza di un sistema tributario
26.01.93	C-112/91	Werner	[1993] I-429	(D) Articoli 7, 52 (ora 12, 43); imposizione fiscale di lavoratori autonomi non residenti, discriminazione dei propri cittadini
13.07.93	C-330/91	Commerzbank	[1993] I-4017	(UK) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); discriminazione fiscale delle stabili organizzazioni quando il pagamento dell'interesse sull'imposta pagata in eccesso è ristretto ai residenti
12.04.94	C-1/93	Halliburton	[1994] I-1137	(NL) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); discriminazione fiscale delle stabili organizzazioni quando non viene fornita alcuna esenzione dalla tassa di trasferimento di proprietà in caso di ristrutturazione di un gruppo transfrontaliero
14.02.95	C-279/93	Schumacker	[1995] I-225	(D) Articolo 48 (ora 39); imposizione fiscale discriminatoria dei lavoratori non-residenti (lavoratori di frontiera) quando non è garantita alcuna valutazione congiunta o assegni familiari
11.08.95	C-80/94	Wielockx	[1995] I-2493	(NL) Articolo 52 (ora 43); imposizione fiscale discriminatoria dei lavoratori autonomi non residenti quando non vi è detrazione deducibile per riserva per fondo pensioni
26.10.95	C-151/94	Commissione v Lussemburgo Biehl II	[1995] I-3685	(L) Articolo 48 (ora 39); la sentenza della Corte in Biehl I non era stata trasposta in diritto nazionale
14.11.95	C-484/93	Svensson, Gustavsson	[1995] I-3955	(L) Articoli 59, 67 (ora 49, 56); contributo sociale (rimborso degli interessi) per mutui edilizi non deve richiedere che il mutuo sia concesso da una banca residente

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
27.06.96	C-107/94	Asscher	[1996] I-3089	(NL) Articoli 48, 52 (ora 39, 43); i non residenti non devono essere soggetti ad un onere complessivo maggiore (imposte e contributi previdenziali)
17.10.96	C-283/94 C-291/94 C-292/94	Denkavit VITIC Voormeer	[1996] I-5063	(D) Direttiva Società madre-figlia Articolo 3(2), 5(1); richiesta di un periodo minimo di possesso quando viene effettuato il pagamento dei dividendi, effetto diretto
15.05.97	C-250/95	Futura/Singer	[1997] I-2471	(L) Articolo 52 (ora 43); imposizione fiscale delle stabili organizzazioni, restrizioni sulle perdite portate a nuovo, proporzionalità
17.07.97	C-28/95	Leur-Bloem	[1997] I-4161	(NL) Direttiva Fusioni Articoli 2(d), 11; fusione puramente nazionale tramite scambio di azioni, giurisdizione della Corte nel caso in cui una situazione non sia governata direttamente dal Diritto comunitario, abuso (valide ragioni economiche)
28.04.98	C-118/96	Jessica Safir	[1998] I-1897	(S) Articolo 59 (ora 49); sistema nazionale di imposizione fiscale del capitale dell'assicurazione vita se l'assicuratore è situato in un altro Stato Membro
12.05.98	C-336/96	Gilly	[1998] I-2793	(F) Articoli 48, 220 (ora 39, 293), Trattato contro la doppia imposizione tra Francia/Germania; <i>status</i> tributario dei lavoratori frontalieri, assenza di applicazione diretta dell'Articolo 220, attribuzione dei diritti di imposizione fiscale ed applicazione di un meccanismo di credito d'imposta ai sensi della normativa convenzionale
16.07.98	C-264/96	ICI	[1998] I-4695	(UK) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); disposizioni tributarie del Regno Unito sugli sgravi a livello della capogruppo, restrizione del diritto di stabilimento secondario (società figlie) in altri Stati Membri

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
26.01.99	C-18/95	<i>Terhoeve</i>	[1999] I-345	(NL) Articolo 48 (ora Articolo 39); imposte e contributi previdenziali di cittadini che lasciano lo Stato
09.03.99	C-212/97	<i>Centros Ltd</i>	[1999] I-1459	Membro per assumere un posto di lavoro in un altro Stato Membro (DK) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); diritto di stabilimento secondario, registrazione di una <i>branch</i> , restrizioni imposte dallo Stato Membro ospitante
29.04.99	C-311/97	<i>Royal Bank of Scotland</i>	[1999] I-2651	(H) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); discriminazione delle stabili organizzazioni tramite una maggiore aliquota fiscale
09.07.99	C-254/97	<i>Baxter</i>	[1999] I-4809	(F) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); tributo eccezionale applicato alle <i>branches</i>
14.09.99	C-391/97	<i>Gschwind</i>	[1999] I-5451	(D) Articolo 48 (ora Articolo 39); lavoratore frontaliero, soglia del 90% reddito tedesco (richiesto ai sensi del diritto tributario tedesco) per il trattamento fiscale in qualità di residente
21.09.99	C-307/97	<i>Saint-Gobain</i>	[1999] I-6161	(D) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); discriminazione delle stabili organizzazioni, dividendi esteri, mancata applicazione dei vantaggi previsti dal trattato contro la doppia imposizione, assenza di credito d'imposta estero indiretto ai sensi del diritto nazionale, impossibilità della partecipazione ai fini dell'imposta patrimoniale
14.10.99	C-229/98	<i>Vander Zwalmen</i>	[1999] I-7113	(B) Protocollo sui Privilegi ed Immunità, Articolo 13; rifiuto dell'importo di perequazione dei coniugi (quoziente coniugale) conformemente alla legge nazionale
26.10.99	C-294/97	<i>Eurowings</i>	[1999] I-7447	(D) Articolo 59 (ora 49); imposta sulle attività produttive, tributi compensativi su <i>leasing</i> se il locatore è un non-residente
28.10.99	C-55/98	<i>Vestergaard</i>	[1999] I-7641	(DK) Articolo 59 (ora 49); costi per la formazione professionale non deducibili fiscalmente se il corso è organizzato in un luogo estero ritenuto un luogo di vacanza (assunzione di interesse privato predominante)

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
18.11.99	C-200/98	X AB and Y AB	[1999] I-8261	(S) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); imposizione fiscale di gruppo; sgravio fiscale per trasferimenti intra-gruppo
13.04.00	C-420/98	W.N.	[2000] I-2847	(NL) Direttiva 77/799 Articolo 4 (1), (3); scambio spontaneo di informazioni
13.04.00	C-251/98	Baars	[2000] I-2787	(NL) Articolo 52 (ora 43); imposta patrimoniale netta, non imponibilità delle partecipazioni sostanziali soltanto se in una società residente
16.05.00	C-87/99	Zustrassen	[2000] I-3337	(L) Articolo 48 (ora Articolo 39); valutazione congiunta dei coniugi soltanto quando essi abbiano la residenza fiscale nello Stato Membro
06.06.00	C-35/98	Verkooijen	[2000] I-4071	(NL) Articolo 52 (ora Articolo 43) e Direttiva 88/361/CEE (Articolo 56); non imponibilità dei dividendi se pagati da una società residente; Avvocato Generale 24.06.99 e 12.12.99
08.06.00	C-375/98	Epson Europe	[2000] I-4243	(P) Direttiva Società madre-figlia Articolo 5(4), deroga per il Portogallo
26.09.00	C-478/98	Commission v Belgium	[2000] I-7587	(B) Articolo 73b (ora 56); contribuenti residenti non possono richiedere prestiti obbligazionari emessi all'estero
14.12.00	C-141/99	AMID	[2000] I-11619	(B) Articolo 52 (ora 43); società con stabile organizzazione in un altro Stato Membro, limitazione di diritto a compensare le perdite sostenute nell'anno precedente con gli utili
08.03.01	C-397/98 C-410/98	Metallgesellschaft Hoechst	[2001] I-1727	(UK) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); opzione per la imposizione fiscale del reddito del gruppo concessa soltanto a società madre residente e consociate residenti, indennizzo per la perdita di interesse; mancata soluzione della questione della nazione più favorita

Data	Caso	Nome del Caso	RCE	
04.10.01	C-294/99	<i>Athinaiki Zythopoiia</i>	[2001] I-6797	(H) Direttiva Società madre-figlia Articolo 5(1), concetto di "ritenu- ta di acconto"; legislazione nazio- nale che dispone che, in caso di distribuzione dei dividendi, l'utile tassabile della consociata com- prende il reddito soggetto a spe- ciale imposizione fiscale (estinzio- ne della soggettività tributaria e reddito non tassabile), quando questo reddito non è tassabile se resta non distribuito
15.01.02	C-43/00	<i>Andersen and Jensen</i>	[2001] I-	(DK) Direttiva di Fusione Articolo 2(c), (i), trasferimento di beni o di una parte di attività, ricavi di un prestito significativo contratto dalla società cedente resta con la detta società e gli obblighi deri- vanti dal prestito vengono trasfe- riti alla società che riceve il tra- sferimento
30.05.02	C-516/99	<i>Walter Schmid</i>		(A) Articoli 73b, 73d (ora 56, 58); ritenuta d'imposta (Endbesteue- rung) con un'aliquota effettiva ri- dotta pari al 25% applicata sol- tanto ai dividendi, interesse ed al- tri proventi derivanti dalle azioni nazionali etc. mentre l'aliquota per il reddito da azioni estere po- trebbe essere fino al 50%. AG 29.01.02. Una camera d'appello della Direzione Regionale delle Entrate (Berufungssenat der Lan- desfinanzdirektion) non costitui- sce una corte o tribunale nel con- testo del significato dell'Articolo 234 CE; quindi, la Corte non ha giurisdizione
11.07.02	C-224/98	<i>d'Hoop</i>		(B) Articoli 8, 48 (ora 17, 38); cit- tadinanza dell'Unione, principio di non-discriminazione in cui una persona non può fare affidamento sulla libera circolazione dei lavo- ratori

CASI PENDENTI

Caso	N. C	Corte nazionale	
C-306/99	99 333/13	Finanzgericht Hamburg	BIAO (D) Articolo 177 (ora 234) e Direttiva 78/660/CEE (sui rendiconti annuali) Articoli 2, 19, 31, 39; competenza della Corte per interpretare la Direttiva se le sue disposizioni sono state trasposte nel diritto nazionale in aree in cui ciò non è richiesto dalla Direttiva e nella misura in cui la contabilità tributaria è basata sulla contabilità commerciale (principio di collegamento). Avvocato Generale 15.11.01
C-136/00	00 176/10	Kuopion Hallinto-oikeus	Rolf Dieter Danner (SF) Articolo 59 (ora 49); restrizione del diritto di deduzione dei premi pagati ad un assicuratore estero. Avvocato Generale 21.03.02
C-208/00	00 233/16	Bundes- gerichtshof	Überseering B.V. (D) Articoli 43, 48 (ex 52, 58); legge nazionale che proibisce il trasferimento allo Stato Membro del luogo di gestione effettiva di una società istituita ai sensi delle leggi di un altro Stato Membro di conservare la propria personalità giuridica. Avvocato Generale 04.12.01
C-324/00	00 316/15	Finanzgericht Münster	Lankhorst- Hohorst GmbH (D) Articoli 43, 48 (ex 52, 58); norma nazionale (§ 8a KStG) che prevede che l'interesse a cui un ente societario residente (GmbH, AG) paga ad un azionista (o società collegata) non avente diritto ad un credito d'imposta tedesco (generalmente, azionisti esteri) viene ridefinito in una distribuzione occulta di utili se il prestito dell'azionista supera alcuni rapporti. Avvocato Generale 26.09.02
C-385/00	00 372/6	Hoge Raad	de Groot (NL) Articolo 48 (ora 39); norma naturale che dispone che un residente di uno Stato Membro perde una parte proporzionale del vantaggio della soglia minima di non imponibilità ed altri vantaggi tributari personali quando deriva (anche) il proprio reddito da un'occupazione esercitata in un altro Stato Membro, su cui viene ivi tassato senza tenere conto della sua situazione personale e di quella della sua famiglia. Avvocato Generale 20.06.02

Caso	N. C	Corte nazionale		
C-436/00	01 45/7	Regeringsrätten	<i>X e Y</i>	(S) Articoli 43, 46, 48, 56, 58; legislazione che ha l'effetto secondo cui un contributo in capitale sotto forma di trasferimento azionario al di sotto del valore venga tassato meno vantaggiosamente se il contributo viene effettuato ad una società figlia controllata direttamente o indirettamente, residente rispetto ad una società figlia nazionale. Avvocato Generale 06.06.02
C-58/01	01 134/4	Special Commissioners	<i>Océ van der Grinten</i>	(UK) Direttiva Società madre-figlia Articoli 5(2), 7(2); è l'onere del 5% (sui dividendi e restituzione del versamento d'acconto sull'imposta delle società) consentito ai sensi della convenzione UK/NL; se si tratta di una ritenuta di acconto il suo effetto viene preservato conseguentemente all'Articolo 7(2) della Direttiva; l'Articolo 7(2) deve essere considerato come non valido?
C-167/00	01 200/41	Kantongerecht Amsterdam	<i>Inspire Art</i>	(NL) Articoli 43, 46, 48 (ex 52, 56, 58); esistenza di una <i>branch</i> anche se una società non ha una sede principale di attività in qualsiasi altro posto in cui svolge almeno una parte essenziale dell'attività commerciale
C-168/01	01 200/41	Hoge Raad	<i>Bosal Holding</i>	(NL) Articoli 52, 58 (ora 43, 48); costi concernenti una società figlia quando una società madre residente può soltanto detrarli se la figlia è soggetta a imposizione fiscale all'interno dello stesso Stato Membro; Avvocato Generale 24.09.02
C-209/01	01 212/14	Bundesfinanzhof	<i>Schilling</i>	(D) Articolo 48 (ora 39), Protocollo sui Privilegi ed Immunità Articolo 14; detrazione ai sensi dell'imposta sul reddito tedesca (spese per un governante) non applicabile se i contributi non sono pagati al sistema previdenziale tedesco ma a quello lussemburghese; può un dipendente della CE invocare l'Articolo 48? Applicazione dei principi fissati nel caso Werner?

Caso	N. C	Corte nazionale		
C-234/01	01 245/5	Finanzgericht Berlin	Gerritse	(D) Articolo 52 (ora 43); aliquota minima del 25% (sul reddito lordo) per i non-residenti, nessuna possibilità di rimborso o di valutazione
C-364/01	01 331/12	Gerechthof „s- Hertogenbosch	Barbier	(NL) Imposta di successione; l'applicazione del diritto comunitario richiede ancora un'attività economica transfrontaliera? La imposta di successione imposta da uno Stato Membro sul patrimonio immobiliare situato in questo Stato Membro; detrazione non consentita nel caso in cui il testatore al momento del decesso era residente in un altro Stato Membro. Fa qualche differenza se al momento dell'acquisizione il testatore non era più situato nello Stato Membro in cui è situata la proprietà?
C-422/01	02 84/36	Regeringsrätten	Skandia e Ola Ramstedt	(S) Articoli 12, 38, 49, 56, schema pensionistico complementare, se la polizza è emessa da una società nel Regno Unito, in Germania o Danimarca, trattata come un'assicurazione mista con effetti sull'imposta sul reddito meno favorevoli degli effetti di una assicurazione pensionistica lavorativa
C-431/01	02 3/19	Cour d'appel Mons	Mertens	(B) Articoli 39, 43, imposta sul reddito, perdita subita negli anni precedenti, detrazione per un periodo successivo di valutazione solo nella misura in cui la perdita possa non essere compensata contro retribuzioni relative al periodo precedente alla valutazione derivante dall'attività salariata svolta in un altro Stato Membro; la perdita può essere quindi detratta in nessuno Stato Membro
C-9/02	02 56/11	Conseil d'Etat	Hughes de Lasteyrie du Saillant	(F) Articolo 52 (ora 43), <i>exit tax</i> ; imposizione fiscale dei <i>capital gains</i> all'atto del trasferimento della residenza fiscale, allo scopo di evitare il rischio di elusione fiscale

Caso	N. C	Corte nazionale	
C-42/02	02 109/27	Ålands förvaltnings-domstol	<i>Lindmann</i> (SF) Articolo 49, vincite derivanti da lotterie estere sono incluse nel reddito imponibile del vincitore, mentre le vincite in lotterie che si svolgono nello Stato Membro in questione sono esenti dall'imposta sul reddito
C-315/02			<i>Lenz</i> (A) Articoli 73b, 73d (ora 56, 58); ritenuta d'imposta secca (Endbesteuerung) con un'aliquota fiscale effettivamente ridotta che si applica soltanto ai dividendi, agli interessi e ad altri profitti di società nazionali (vedere Caso C-516/99 <i>Schmid</i>)

La direttiva 65/2000/CE sul debitore d'imposta Iva per le operazioni effettuate in un altro Stato membro e la sua attuazione in Italia

Nicola Pennella (*)

SOMMARIO: 1. La direttiva 65/2000/CE sulla diretta effettuazione delle operazioni Iva in altro Stato membro e riflessi sul rappresentante Iva - 2. L'ambito delle attività del soggetto passivo non residente e dell'eventuale suo rappresentante o stabile organizzazione nel D.Lgs. 19 giugno 2002, n. 191 - 3. L'individuazione della responsabilità solidale del soggetto passivo non residente, della sua stabile organizzazione e del rappresentante Iva

1. La direttiva 65/2000/CE sulla diretta effettuazione delle operazioni Iva in altro Stato membro e riflessi sul rappresentante Iva

Il Consiglio dell'Unione europea con la direttiva 17 ottobre 2000, n. 65, al fine di attuare la seconda fase dello SLIM (semplificazione della legislazione sul valore aggiunto nel mercato interno), ha modificato la normativa sulla determinazione del debitore dell'imposta sulla cifra d'affari già regolata dalla direttiva 17 maggio 1977, n. 388, cosiddetta sesta direttiva Iva (1), recepita nell'ordinamento italiano con il D.Lgs. 19 giugno 2002, n. 191 (2). Infatti la citata novella comunitaria già nel quarto considerando ha ritenuto che un'effettiva, significativa semplificazione "consisterebbe nel sopprimere qualsiasi facoltà per gli Stati membri di rendere obbligatoria la designazione di un rappresentante fiscale" in base al rilievo contenuto nel primo considerando secondo cui le attuali disposizioni dell'art. 21 della direttiva 17 maggio 1977, n. 388, relative alla de-

146

(*) Ricercatore di diritto tributario presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Napoli Federico II.

(1) Il termine per il recepimento della citata direttiva n. 65 del 2000 negli ordinamenti degli Stati membri era stato fissato dall'art. 2 al 31 dicembre 2001.

(2) Il D.Lgs. n. 191 citato, pubblicato nella G.U.R.I. 30 agosto 2002 ed in vigore dal giorno successivo, l'attuazione della legge delega 1° marzo 2002, n. 39, cosiddetta comunitaria per il 2001, il cui art. 1, comma 1, aveva previsto che il Governo era delegato ad emanare, entro il termine di un anno dalla data di entrata in vigore della suddetta legge, i decreti legislativi recanti le norme occorrenti per dare attuazione alle direttive comprese negli elenchi di cui agli allegati A e B. Nel primo allegato si rinvia l'indicazione della direttiva n. 65 del 2000.

terminazione del debitore d'imposta, "creano gravi problemi per gli operatori, soprattutto per quelli di piccole dimensioni". Pertanto nel successivo sesto considerando della citata direttiva del 2000 è stato evidenziato come gli Stati membri possano imporre "direttamente a soggetti passivi non residenti gli stessi obblighi che gravano sui soggetti passivi residenti, compresi quelli che possono essere previsti a norma dell'art. 22, paragrafo 8".

La citata direttiva n. 65 del 2000 ha disposto, quindi, che l'obbligo di nominare il rappresentante Iva di soggetti passivi non residenti possa essere imposto soltanto a quelli non residenti in alcuno Stato membro della CE che siano cittadini di Paesi con i quali non esistano strumenti giuridici che disciplinino la reciproca assistenza in tema di accertamento e di riscossione dell'Iva "analogamente a quanto previsto all'interno della Comunità" [art. 21, par. 2, lettera b), della citata direttiva del 1977, nuovo stile] (3). Peraltro nel settimo considerando viene previsto accanto alla figura del rappresentante quella del mandatario (4) al quale occorre che l'ordinamento di ciascuno Stato membro assegni gli stessi obblighi assegnati al primo soggetto, ossia di pagamento dell'imposta e di dichiarazione (art. 22, par. 7, della direttiva n. 388, nuovo stile) scaturenti dall'operazione effettuata dal soggetto passivo non residente [i quali obblighi in mancanza di nomina del rappresentante sarebbero sorti in capo al destinatario residente "debitore d'imposta" ex art. 21, par. 2, lettera a), della direttiva n. 388 del 1977, nuovo stile]. Il citato art. 22, par. 7, nuovo stile, a sua volta, prevede altresì che gli Stati membri adottino le misure necessarie affinché il responsabile in solido per il pagamento dell'imposta - come previsto nei confronti di tutti i soggetti passivi, comunitari o meno (nono considerando della direttiva n. 65 del 2000 ed art. 21, par. 3, nuovo stile, della sesta direttiva) - assolvano l'obbligo di pagamento dell'imposta dovuta dal soggetto passivo.

La normativa comunitaria in tal modo prevede che gli Stati membri

(3) Si tratta delle direttive 15 marzo 1976, n. 308, 19 dicembre 1977, n. 799, e del regolamento 27 gennaio 1992, n. 218 in tema di imposta sul valore aggiunto, cui si aggiunga il regolamento 7 maggio 2002, n. 792, pubblicato nella GUCE 15 maggio 2002, L 128, il quale, con riferimento a misure aggiuntive in materia di commercio elettronico, modifica temporaneamente il regolamento (CEE) n. 218/92 concernente la cooperazione amministrativa nel settore delle imposte indirette (Iva).

(4) L'Assonime nella circolare 7 agosto 2002, n. 57, par. 8, ha rilevato come nell'ordinamento francese esista la figura del mandatario che non può essere assimilata al rappresentante fiscale in quanto "figura caratterizzata dal fatto che i compiti attribuiti non sono dal medesimo svolti nella qualità di rappresentante fiscale".

possano, da un canto, imporre l'obbligo in capo al soggetto passivo residente in Paesi extra CE che compia operazioni Iva in uno Stato membro di nominare il proprio rappresentante Iva e, d'altro canto, debbano permettere ai soggetti passivi CE di nominarlo, delineando, in ogni caso, un minimo di regolamentazione comune per tale soggetto. La citata direttiva Iva n. 388 del 1977 proprio in riferimento alla determinazione del debitore dell'imposta sul valore aggiunto aveva previsto all'art. 21, comma 1, lettera a), che "A tale scopo possono in particolare essere designati un rappresentante fiscale o il destinatario dell'operazione imponibile" la cui disciplina era, invero, stata dagli ordinamenti nazionali, compreso quello italiano, già peculiarmente introdotta (5). Infine nella citata normativa comunitaria del 1977 (modificata dall'art. 1, n. 22 della successiva direttiva 16 dicembre 1991, n. 680, ma senza rilievi ai nostri specifici fini) si aggiunse, peraltro, che gli Stati membri potessero comunque "prevedere che una persona diversa dal soggetto passivo sia tenuta in solido al versamento dell'imposta" e tale previsione risulta confermata in via generale dall'art. 21, terzo paragrafo, nuovo stile (6), della sesta direttiva.

L'assetto normativo dettato dalla direttiva n. 65 del 2000 evidenzia un soggetto passivo dell'imposta - identificato nell'operatore economico che cede i beni o presta i servizi [art. 21, par. 1, lettera a)], nei destinatari di tali operazioni [lettere b) e c)], nell'emittente una fattura con Iva [lettera d)] o nell'acquirente intracomunitario di beni imponibili [lettera e)] - e quegli altri individuati in termini, rispettivamente, di debitore d'imposta "in vece" di quello oppure di rappresentante fiscale quale debitore d'imposta in via diretta. Infatti nei confronti del soggetto passivo residente in

(5) La figura del rappresentante fiscale di un soggetto passivo non residente nell'ordinamento italiano è stata introdotta dal D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 687 (in vigore dal 1° gennaio successivo) la cui relazione ministeriale aveva giustificato la sua previsione vuoi per il soddisfacimento delle "esigenze di chiarezza prospettate e dagli uffici e dagli operatori economici stranieri", vuoi per la presenza di analoghe figure negli altri Paesi membri della Comunità economica europea. L'art. 1 del citato decreto, quindi, prevede al comma 2 dell'art. 17 del D.P.R. n. 633 del 1972 che per le operazioni effettuate nel territorio dello Stato i diritti e gli obblighi Iva "possono essere" adempiuti o esercitati dal rappresentante fiscale di soggetto non residente.

(6) La norma citata nel testo dispone testualmente che "Nelle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2, gli Stati membri possono stabilire che una persona diversa dal debitore dell'imposta sia responsabile in solido per il versamento dell'imposta". Tale disposizione risulta giustificata nel nono considerando evidenziandosi come sia "importante che gli Stati membri possano continuare ad adottare disposizioni che prevedano che una persona che non sia debitore dell'imposta sia responsabile in solido per il pagamento dell'imposta stessa". La responsabilità in solido continua, dunque, ad essere l'elemento caratterizzante della normativa comunitaria anche nella direttiva comunitaria n. 65 del 2000.

altri Stati membri [o in Paesi con i quali siano intercorse convenzioni che disciplinano la reciproca assistenza in materia (7)], l'art. 21 citato, par. 2, lettera a), nuovo stile, ha previsto la nomina di un rappresentante fiscale *come* debitore d'imposta in sua vece in tali Stati ove effettua, alle condizioni ivi stabilite, le operazioni rilevanti ai fini dell'imposta sul valore aggiunto. Viceversa allorché il soggetto passivo dell'Iva risulti residente in uno Stato nel quale non vengano tali strumenti, l'art. 21, par. 2, lettera b), novellato dalla citata direttiva del 2000, ha previsto che gli Stati membri "possono adottare disposizioni che stabiliscono che il debitore d'imposta è un rappresentante fiscale designato dal soggetto passivo non residente" (corsivi dell'autore).

La sesta direttiva Iva novellata dalla citata direttiva del 2000 continua, quindi, a distinguere tre diversi soggetti i quali hanno in comune quantomeno la soddisfazione dell'interesse dello Stato, in cui sia stata effettuata l'operazione, al pagamento del tributo sulla cifra d'affari: il soggetto passivo, il debitore dell'imposta ed il responsabile in solido con il soggetto passivo per il solo versamento dell'imposta. Una tale articolata previsione comunitaria non esclude che il legislatore nazionale non possa regolare uniformemente la responsabilità del rappresentante del soggetto passivo non residente allorché questi assumi in sé le figure del responsabile in solido e del debitore d'imposta (vuoi "in vece" del soggetto passivo, vuoi quale "diretto" debitore d'imposta), fermo restando che il soggetto passivo rimane l'operatore economico. In tale ottica occorre analizzare la direttiva n. 65 del 2000 e la sua applicazione nell'ordinamento italiano rispetto all'ambito delle responsabilità gravanti sul rappresentante Iva del soggetto non residente quali risultanti dagli interventi sia della Corte di Cassazione italiana - che lo ha ritenuto limitato al contenuto del mandato intercorso tra tali soggetti (*infra* par. 2) -, sia dell'Agenzia delle entrate italiana - che lo ha invece reputato esteso *ope legis* ad ogni operazione svolta dal non residente (*infra*, par. 3).

La differenziazione della disciplina contenuta nella direttiva comunitaria 21 ottobre 2000, n. 65, in dipendenza dell'esistenza o meno di strumenti di reciproca assistenza tra gli Stati conferma che la figura del rappresentante Iva del soggetto passivo non residente è stata, sin dall'origine, introdotta quale reazione alla mancanza del principio di collaborazione tra gli Stati per l'esecuzione del credito tributario sorto in uno Stato diverso da quello di residenza del debitore del tributo (8). Infatti si è già avuto modo di evidenziare che il principio di non collaborazione tra

(7) L'Assonime nella citata circolare 7 agosto 2002, n. 57, ha evidenziato che non risultano essere state stipulate convenzioni di tal fatta con Paesi extra-CEE.

(8) In tal senso si permette di rinviare alle mie *Note minime sul rappresentante ai*

gli Stati in tema di esecuzione del credito tributario "risulta specificamente derogato soltanto da convenzioni internazionali ovvero dall'appartenenza ad organismi sovranazionali a favore dei quali risulta esservi stata assegnazione di tale sovranità" (9). Pertanto l'individuazione da parte del legislatore nazionale del debitore d'imposta nel rappresentante Iva del soggetto passivo non residente e non in quest'ultimo rafforza, in tali ipotesi, l'esclusione del potere di esazione del credito tributario da parte dello Stato in cui l'operazione Iva sia stata effettuata nei confronti del soggetto passivo residente in un altro Stato (10).

La figura del rappresentante Iva del soggetto passivo non residente che operi in un altro Stato membro, pur revisionata dalla legislazione comunitaria del 2000 e dalla normativa italiana di attuazione del 2002, conferma, infine, quanto correttamente affermato da attenta dottrina in ordine alla natura giuridica da attribuire alla relativa disciplina individuata, in quella di garanzia "ope legis dell'obbligazione d'imposta" (11). Infatti risulta evidente che gli interessi erariali risultano meglio tutelati affiancando al soggetto passivo dell'imposta non residente un soggetto invece residente che sia solidalmente responsabile con il primo in riferimento alle attività dell'Amministrazione finanziaria vuoi di riscossione dell'imposta in presenza delle convenzioni più volte citate, vuoi anche di

fini Iva di soggetto non residente alla sentenza della Cassazione 15 giugno 2001, n. 8122, in "Riv. dir. trib.", 2001, pagg. 933 e seguenti.

(9) La direttiva n. 65 prevede testualmente l'assenza di "alcuno strumento giuridico che disciplina la reciproca assistenza, analogamente a quanto previsto nelle direttive 76/308/CEE e 77/799/CEE e dal regolamento (CEE) n. 218/92 del Consiglio, concernente la cooperazione amministrativa nel settore delle imposte indirette (Iva)". La prima direttiva regola l'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da operazioni che fanno parte del sistema di finanziamento del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, la seconda direttiva riguarda la reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte sui redditi, mentre il regolamento n. 218 del 1992 attiene alla cooperazione amministrativa nel settore dell'Iva.

(10) Sul tema si veda, per tutti, V. Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955; Id. *Esazione all'estero dei crediti tributari*, in "Giur. imp.", 1952, pagg. 549 e seguenti; G.C. Croxatto, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965; Id. *Diritto internazionale tributario* in "Dig. Comm.", IV, Torino, 1989, pagg. 645 e seguenti; A. Fantozzi, *Il trattamento fiscale, dal punto di vista italiano, delle imprese multinazionali* in "Imp. amb. e p.a.", 1974, pag. 337; C. Sacchetto, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978; C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990 e, da ultimo R. Lupi, *Territorialità del tributo* in "Enc. giur.", Roma, 1994.

(11) La natura di garanzia della disciplina viene esaltata da P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, pag. 179, individuando la relativa funzione del rappresentante fiscale in "quella di rafforzare la posizione creditoria dell'amministrazione finanziaria".

accertamento e di liquidazione del tributo in assenza di tali atti internazionali (12). Infatti l'usuale inesistenza di beni o diritti del soggetto non residente che abbia effettuato operazioni in uno Stato membro e l'assenza di un principio generalmente riconosciuto di collaborazione tra gli Stati in tema di esecuzione dei crediti fiscali ha permesso di rilevare che la nomina del rappresentante crei più che rafforzi il credito eventualmente vantato dalla Finanza (13).

La giustificazione della responsabilità fiscale del rappresentante Iva del soggetto passivo non residente rinvenuta nel vincolo negoziale che lega il primo soggetto residente al secondo non residente risulta accoglibile ancorché essa possa essere limitata, nell'ipotesi "minimale" dell'intervento del legislatore nazionale, soltanto a quella del pagamento del tributo dovuto dal soggetto passivo ovunque residente (14). Il legislatore comunitario ha previsto che in caso di nomina del rappresentante di un soggetto passivo del tributo non residente in quello Stato membro, il legislatore nazionale possa imporre a tale soggetto alcune condizioni le quali non possono risultare più gravose rispetto a quelle dettate per gli operatori economici nazionali per non incorrere nella violazione del principio di non discriminazione fiscale. La responsabilità potrebbe essere peraltro diversificata a seconda che il responsabile del soggetto passivo sia residente o meno in Stati membri con i quali sussistano o meno convenzioni per l'assistenza - quanto meno alla riscossione - atteso che proprio l'esistenza di tali convenzioni internazionali ben può legittimare una diversa regolamentazione (la quale non deve però risultare talmente gravosa da essere qualificata come irragionevole).

(12) L'individuazione della ragione "erariale" della norma in quanto tutela l'interesse dello Stato ove è stata effettuata l'operazione imponibile ad esercitare effettivamente l'accertamento, la liquidazione e la riscossione del tributo è stata ben messa in evidenza da A. Fantozzi, *Diritto tributario*, Torino, 1998, pag. 281.

(13) Per tale interpretazione si veda, se si vuole, le mie *Note minime*, cit., pagg. 955 e seguenti. In questa sede si può aggiungere come risulti ben difficile, anche se certamente - non impossibile, che l'ufficio finanziario sia a conoscenza dell'esistenza di beni sul territorio nazionale sui quali rivalersi, ma l'esclusione, a priori, di tale certezza, conferma che il responsabile determini la creazione della garanzia e non anche che ne rafforzi una che può (come si verifica usualmente) non sussistere affatto.

(14) Si noti come A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di F. Galgano, Padova, 1994, pag. 254, avesse ben messo in evidenza nella vigenza della precedente disciplina del rappresentante Iva che tale soggetto "potrebbe essere allora responsabile per inosservanza dell'obbligo di rivalsa, per l'imposta che non abbia addebitato per le singole operazioni ma anche per quella addebitata senza il naturale riscontro di un rapporto economico sottostante, secondo il principio che richiede il pagamento dell'imposta addebitata per operazioni inesistenti".

L'ambito della responsabilità solidale può essere quindi diversificato a seconda dei rapporti internazionali tra gli Stati di residenza del soggetto passivo e di quello in cui l'operazione rilevante ai fini dell'Iva venga effettuata a nulla rilevando che il terzo paragrafo dell'art. 21, nuovo stile, preveda che rispetto a qualsiasi debitore d'imposta (pel riferimento alle "situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2") gli Stati membri possano "stabilire che una persona diversa dal debitore d'imposta sia responsabile in solido per il versamento dell'imposta". Infatti si tratta di una norma che individua una disciplina che in sede di legislazione nazionale può assumere diversi ambiti di attuazione, a seconda della diversa qualificazione del rappresentante Iva dei soggetti passivi non residenti, denominato *come* debitore d'imposta se residente in Paesi CEE o in quelli che abbiano stipulato convenzioni di assistenza e, in caso diverso, che *è* debitore d'imposta (15). Infine occorre evidenziare come la novella regolamentazione del rappresentante fiscale del soggetto non residente che abbia ceduto beni o reso servizi in altri Stati membri non abbia modificato la fondatezza dell'asserzione che il rappresentante è il soggetto passivo al quale imputare *tributaristicamente* la violazione ed i suoi effetti, senza che ciò escluda quella del soggetto passivo non residente (16).

2. L'ambito delle attività del soggetto passivo non residente e dell'eventuale suo rappresentante o stabile organizzazione nel D.Lgs. 19 giugno 2002, n. 191

L'attuazione della direttiva comunitaria n. 65 del 2000 disposta dal legislatore italiano con il citato D.Lgs. n. 191 del 2002 ha innovato alla precedente disciplina in riferimento, soprattutto, alla posizione del soggetto passivo Iva non residente. Infatti l'art. 1 del citato atto legislativo, nel so-

(15) Il riferimento alla disciplina prevista dall'art. 17 del decreto Iva prima delle modifiche di cui al D.Lgs. n. 191 del 2002 si veda A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, cit., pag. 254, il quale aveva ritenuto il rappresentante assoggettato a "quelle stesse responsabilità per il pagamento dell'Iva che vanno attribuite alla società non residente senza stabile organizzazione".

(16) L'individuazione della responsabilità tributaria del rappresentante si rinviene in A. Fantozzi, *Diritto*, cit., pag. 260. Si veda, se si vuole, le mie *Note minime*, cit., pag. 956, per l'affermazione di portata generale che in vigenza della disciplina italiana *ante* modifica da parte della direttiva n. 65 del 2000, della possibilità che il soggetto non residente ben può essere chiamato a far fronte - anche in prima istanza - all'adempimento di obbligazioni o del pagamento di sanzioni amministrative derivanti dall'inosservanza degli obblighi o dell'errato esercizio di diritti posti in essere dal rappresentante Iva.

stituire il secondo e terzo comma dell'art. 17 del D.P.R. n. 633 del 1972, ha previsto che gli obblighi ed i diritti in campo Iva possano essere realizzati, nei modi ordinari, non soltanto più dal rappresentante Iva, ma anche dagli stessi operatori non residenti che si siano previamente identificati presso il competente ufficio delle entrate (individuato in quello di Roma 6) (17). L'identificazione diretta è regolata dall'art. 35-ter dello stesso D.P.R. n. 633 - introdotto dal citato decreto legislativo del 2002 - il cui comma 5 prevede che possano avvalersene quei soggetti che esercitano attività di impresa, arti e professioni "in altro Stato membro della Comunità o in un Paese terzo con il quale esistano strumenti giuridici che disciplinano la reciproca assistenza in materia indiretta analogamente a quanto previsto dalle direttive del Consiglio n. 76/308/CEE del 15 marzo 1976 e n. 77/799/CEE del 19 dicembre 1977 e dal regolamento CEE n. 218/98 del Consiglio del 27 gennaio 1992".

Il legislatore delegato non ha, quindi, indicato compiutamente i requisiti oggettivi che permettono all'operatore non comunitario di fruire della normativa di identificazione diretta con l'effetto che possono insorgere dubbi sulla portata "analogica" di quegli strumenti giuridici (Convenzioni bilaterali o l'appartenenza ad alcuni organismi sopranazionali) a quelli comunitari indicati in via esclusiva dalla direttiva del 2000. Il criterio discriminante dovrebbe essere rilevato nel riconoscimento dell'efficacia dello scambio di informazioni, controlli ed esazione del credito riconosciuti dai due (o più Stati stipulanti) che risultino pari a quelli contenuti nelle citate normative comunitarie soprattutto ai fini della più celere e piena soddisfazione dell'imposta sul valore aggiunto per le operazioni compiute in Italia. L'incertezza che potrebbe derivarne da una tale laconica previsione legislativa induce ad esprimere l'auspicio che una modifica legislativa attribuisca potere regolamentare al Governo al fine appunto di individuare quegli Stati con i quali il nostro abbia stipulato "strumenti giuridici che disciplinano la reciproca assistenza in materia indiretta analogamente" a quanto previsto in ambito comunitario.

L'art. 1, comma 1, del decreto legislativo del 2002, in secondo luogo, ha eliminato dal comma 2 dell'art. 17 del decreto Iva la condizione, prima dettata nel primo periodo, per la nomina del rappresentante Iva del

(17) L'ufficio dell'Agenzia delle entrate competente per l'identificazione del soggetto passivo è stato individuato con provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate 7 agosto 2002, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale di pari data n. 200, giusto quanto previsto dal comma 2 dell'art. 40 del D.P.R. n. 633 del 1972, introdotto dal citato decreto legislativo di recepimento della direttiva n. 65 del 2000. Sulle modalità di applicazione della dichiarazione di identificazione diretta si veda la circolare Assonime n. 57 del 2002 cit., par. 7.

soggetto passivo non residente, dell'assenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione di tale soggetto, il quale può così operare direttamente anche in presenza di una sua *branch*. Tale previsione intende confermare la recente interpretazione amministrativa in ordine alla "autonomia" delle attività svolte all'estero dal soggetto non residente riguardo a quelle realizzate dalla sua stabile organizzazione giustificata dalla previsione del (tuttora) vigente comma 4 dell'art. 17 del decreto Iva secondo cui risultano inapplicabili le disposizioni di cui al secondo e terzo comma "per le operazioni effettuate da o nei confronti di stabili organizzazioni in Italia di soggetti passivi non residenti" (18). L'Agenzia delle entrate aveva ritenuto, pertanto, vuoi che le operazioni poste in essere direttamente dalla casa madre non rientrano nella competenza della stabile organizzazione - la quale è tenuta ad adempiere gli obblighi formali "solo per le prestazioni di servizi effettivamente imputabili" ad essa -, vuoi che esista il conseguente obbligo in capo al committente o cessionario residente di regolarizzare l'operazione della stessa stabile organizzazione.

Tale interpretazione dell'allora vigente comma 4 dell'art. 17 lascia perplesso in quanto la relativa disposizione era da intendersi nel senso che proprio la presenza della stabile organizzazione precludeva *in nuce* il sorgere degli obblighi e dei diritti in capo al rappresentante fiscale, da un canto, ed in capo al cessionario o committente soggetto passivo residente, dall'altro, per le operazioni effettuate direttamente dal non residente. Infatti la stabile organizzazione è il soggetto cui il legislatore imputa l'effettuazione delle operazioni Iva in quanto ad esso è stato riconosciuto anche dall'ordinamento diverso da quello di appartenenza l'esercizio di attività fiscalmente rilevanti senza però che vi sia una più forte "presenza giuridica" in base alle regole ordinariamente previste per quei soggetti invece residenti (19). Le previsioni del documento n. 310 del 2000 del Comitato Iva, richiamate dalla risoluzione dell'Agenzia delle entrate n. 4/E del 2002 a conferma del proprio assunto - secondo cui le prestazioni di

(18) In questo senso si era già espressa la risoluzione dell'Agenzia delle entrate 9 gennaio 2002, n. 4/E, la quale fonda il suo convincimento sulla previsione del soggetto passivo individuata in via generale nell'art. 17, comma 1 e sul comma 4 dello stesso art. 17, secondo cui "le disposizioni del secondo e del terzo comma non si applicano per le operazioni effettuate da o nei confronti di stabili organizzazioni in Italia di soggetti residenti all'estero".

(19) La relazione ministeriale sul punto evidenzia peraltro come pur "permanendo l'unitarietà del soggetto, questo non comporta che assumano rilevanza per l'Iva i rapporti interni posti in essere tra un'impresa o società non residente e la propria stabile organizzazione nel territorio dello Stato e viceversa".

servizi rese da una stabile organizzazione di un soggetto estero assumono rilevanza per la debenza dell'Iva a favore dello Stato in cui esse vengono da essa materialmente effettuate seppure esse siano state gestite sotto l'aspetto contrattuale e finanziario direttamente dalla casa madre - non comportano che sia necessariamente vero il contrario.

La legge delegata nel riaffermare al comma 3 dell'art. 17, nuovo stile, quanto già dettato nel precedente secondo capoverso, che la nomina del rappresentante Iva "deve essere comunicata all'altro contraente anteriormente all'effettuazione dell'operazione", potrebbe indurre a ritenere esistente la preclusione in capo al soggetto passivo non residente dell'esercizio di attività autonoma rispetto a quella del suo rappresentante, già affermata dalla risoluzione dell'Agenzia delle entrate 4 marzo 2002, n. 66/E. Invero una tale interpretazione non risultava decisiva allora e, quindi, neppure ora, in quanto l'obbligo della comunicazione ben poteva sussistere limitatamente a quelle operazioni per le quali tale obbligo era imputato in capo al soggetto cui il legislatore aveva attribuito la qualificazione di soggetto debitore per il pagamento dell'imposta e di coobbligato solidale, ma non anche di soggetto passivo. Infatti l'onere della comunicazione all'altro contraente attiene alla sfera procedurale dell'attuazione della normativa Iva del soggetto non residente e non a quella sostanziale con l'effetto che la sua mancanza non dovrebbe determinare l'applicazione del regime fiscale diverso, ma soltanto l'irrogazione delle relative sanzioni amministrative (20).

La confermata disposizione della comunicazione all'altro soggetto della transazione economica della nomina del rappresentante conferma, innanzitutto, lo scopo di eliminare il dubbio che il rappresentante Iva fosse, per ciò soltanto, soggetto passivo e, quindi, avesse dovuto emettere fattura a pro-

(20) La comunicazione della nomina del rappresentante Iva recepita dal cedente soggetto passivo residente mediante indicazione nella fattura da lui emessa degli estremi identificativi del rappresentante di tale ultimo soggetto determinerebbe, secondo la risoluzione della stessa direzione centrale normativa e contenzioso dell'Agenzia delle entrate 15 maggio 2001, n. 66/E, citata da quella n. 66/E del 2002 (ma erroneamente con la data di giugno) non "potrebbe farsi ricorso alla disposizione agevolativa prevista dalla lettera c) del ripetuto art. 50-bis del D.L. n. 331 del 1993, qualora l'operatore nazionale effettui la cessione direttamente nei confronti del cliente comunitario tramite l'introduzione dei beni nel deposito Iva. La giustificazione a tale conclusione viene rinvenuta nella mancanza del rapporto diretto tra cedente nazionale ed acquirente comunitario già chiarito con la circolare 23 febbraio 1994, n. 13 del Ministero delle finanze, punto B 8. Tale circolare ministeriale aveva infatti affermato, ai fini dell'Iva cosiddetta comunitaria che "l'obbligo di avvalersi del rappresentante fiscale, ancorché già nominato per altre operazioni, non sussiste nelle ipotesi in cui, sia per le cessioni che per le prestazioni, l'operazione venga posta in essere direttamente tra l'operatore comunitario e quello nazionale".

prio nome per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi realizzate o essere intestatario delle fatture per le operazioni passive. Le citate disposizioni assolvono, in secondo luogo, anche la funzione di escludere per l'imprenditore, l'artista o il professionista l'obbligo, nella loro qualità di cessionari o committenti del bene o del servizio reso in Italia da un non residente, di emissione dell'autofattura per l'avvenuta effettuazione di tali operazioni Iva. Ne consegue che per l'esercizio dei diritti del soggetto passivo non residente risulta infondata sia la pretesa dell'ufficio finanziario di cointestazione delle fatture al soggetto non residente ed al suo rappresentante per le operazioni passive (21), sia la necessità della spendita del nome del soggetto non residente da parte del rappresentante (22).

La modifica legislativa non permette, però, di legittimare l'effettuazione di operazioni Iva direttamente dal soggetto passivo non residente in presenza di un suo rappresentante Iva come rilevato in via generale dall'Agenzia delle entrate nella citata risoluzione n. 66/E del 2002, la quale l'aveva ammessa soltanto in quelle "ipotesi in cui debitore dell'imposta è considerato direttamente l'operatore nazionale, ancorché sia stato nominato un rappresentante fiscale del cedente o del prestatore non residente". Tale limitazione era stata rinvenuta nella disciplina delle locazioni di beni mobili - diversi dai mezzi di trasporto - delle operazioni bancarie, assicurative, pubblicitarie e le altre indicate nell'art. 7, comma 4, lettera d) del decreto Iva, da un canto, e quelle oggetto di Iva cosiddetta intracomunitaria di cui ai commi, 4-bis, 5, 6, ed 8 del D.L. 30 agosto 1993, n. 331, convertito nella L. 29 ottobre 1993, n. 427, dall'altro (23). L'art. 17, comma 3, nuovo stile, - nel prevedere che gli obblighi relativi alle pre-

(21) Tale condizione risulta esplicitata però, a quanto consta, soltanto nella risoluzione 15 settembre 1993, n. VII 15-7 (in "Dir. prat. trib.", 1993, I, pag. 405) e non trova ragione d'essere proprio perché il soggetto residente agisce in veste di rappresentante e non di distinto soggetto passivo. La Commissione tributaria di primo grado di Roma, Sez. XVIII, 24 novembre 1988 (in "Ipsa". Cod. Iva, *sub* art. 17, n. 34) ha confermato l'esattezza dell'assunto di cui al testo sia rilevando l'inesistenza di alcuna norma primaria o secondaria che imponesse tale obbligo, sia facendo emergere la *ratio* della disciplina sul rappresentante fiscale è quella di "localizzare in Italia i rapporti tributari posti in essere da un soggetto non residente".

(22) La spendita del nome non è stata ritenuta necessaria dalla Commissione tributaria centrale, Sez. XIII, 19 maggio 1998, n. 2695 (in "Comm. trib. centr.", 1998, I, pagg. 543 e seguenti) in base alla considerazione che tale obbligo "è autonomamente previsto (rispetto alla precedente sostanziale 'condizione') nel secondo periodo del comma 2 dell'art. 17, di modo che la norma non ricollega specificamente alla sua osservanza la titolarità dell'esercizio del diritto (nella specie al rimborso)".

(23) A tale indicazione normativa può aggiungersi anche quella prevista dalla lettera a) dello stesso art. 44, comma 2, D.L. n. 331 citato secondo cui l'imposta per

stazioni di servizi di cui al citato art. 7, comma 4, lettera d), rese da non residenti a soggetti residenti debbano essere adempiuti dai medesimi committenti *qualora questi ultimi agiscano nell'esercizio di imprese, arti o professioni* - non esclude peraltro l'adempimento degli obblighi da parte del prestatore non residente o dal suo rappresentante allorché il committente non sia un operatore economico Iva per l'obbligo previsto dall'art. 17, comma 2, quarto periodo, nuovo stile, in capo al prestatore non residente non identificatosi direttamente *ex art. 35-ter*, di nominare un rappresentante fiscale (24).

L'argomentazione amministrativa invero sembra(va) già provare troppo nel senso che le citate disposizioni risultano essere di natura tassativa e derogatrici della disciplina ordinaria prevista in tema di cessioni intracomunitarie secondo cui la fattura relativa all'acquisto intracomunitario deve essere numerata ed integrata dal cessionario o committente italiano ai sensi dell'art. 46 del citato decreto-legge. La normativa intracomunitaria sul valore aggiunto che impone all'operatore italiano alcuni obblighi Iva in ipotesi di transazioni con altri soggetti passivi in altri Stati membri non può dunque essere assunta quale espressione di un principio generale in quanto, invece, essa rappresenta un'eccezione alla previsione nell'ambito della disciplina Iva *intra* CEE del rapporto diretto tra i soggetti passivi ai fini Iva nel territorio italiano e quelli residenti in altri Stati membri (25). Infatti la nomina obbligatoria del rappresentante fiscale è stata prevista in tema di vendite intracomunitarie soltanto per

la cessione effettuata in Italia da parte di un soggetto passivo in altro Stato membro di beni da quest'ultimo acquistati in altro Stato membro e spediti o trasportati nel territorio dello Stato ai suoi cessionari, soggetti passivi d'imposta italiani assoggettati all'imposta per gli acquisti intracomunitari è dovuta dai cessionari.

(24) L'ammissibilità di operazioni "dirette" era stata affermata - pur in presenza di rappresentante Iva - solamente per tali prestazioni in quanto in base all'art. 44, comma 2, lettera b), citato decreto-legge del 1993 è stato ritenuto obbligato al pagamento del tributo in Italia direttamente l'operatore nazionale, come si verifica egualmente per le cessioni intracomunitarie nei confronti di operatore nazionale il quale "in proprio" realizza l'acquisto intracomunitario. Nella citata risoluzione n. 18/E del 1998 era stata confermata la possibilità, ammessa già nella circolare ministeriale 23 febbraio 1994, n. 13, in tema di Iva comunitaria, che il non residente possa effettuare direttamente operazioni "sia pure solo passive" in Italia.

(25) Sul tema della disciplina dell'Iva comunitaria si confrontino, in via generale, A. Comelli, *Iva comunitaria e Iva nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000, *passim* e P. Maspes, *L'imposta sul valore aggiunto* in "Giurisprudenza sistematica di diritto tributario", a cura di F. Tesauro, Torino, 2001, pagg. 887 e seguenti.

quelle cosiddette a distanza effettuate da soggetti non residenti a favore di quelli residenti non soggetti passivi Iva e pertanto non estensibile in via di interpretazione né estensiva, per carenza della medesima *ratio legis*, né, tantomeno, analogica, in quanto non emerge la mancanza di precisa disposizione di legge (26).

La stessa prevista ammissibilità di effettuazione delle operazioni Iva direttamente al soggetto non residente, che pure abbia una propria stabile organizzazione, non permette di affermare che ciò sia possibile in presenza di un rappresentante in quanto anche nella novella formulazione gli obblighi ed i diritti sono individuati nel loro complesso, ossia in quelli "derivanti dall'applicazione delle norme in materia di imposta sul valore aggiunto (anche se non più 'del presente decreto') relativamente ad operazioni effettuate nel territorio dello stato". Infatti il rilievo che il rapporto intercorrente tra i due soggetti privati - cedente o commissionario non residente ed il suo rappresentante ai fini Iva - sia da qualificare, per il diritto comune, in termini di mandato con spendita del nome del rappresentato e con effetti di immediata, automatica ripercussione dell'agire di quest'ultimo nella sfera giuridica del rappresentante, non sembra risultare decisivo ai nostri fini (27). Tale qualificazione non può indurre pertanto a ritenere - come invece ha affermato la Corte di Cassazione nella sentenza citata anche dalla risoluzione n. 66 del 2002 - che "occorre riferirsi al contenuto del mandato per stabilire se al rappresentante legale sia stato o meno conferito l'incarico di esercitare diritti o adempiere obblighi in relazione a determinate operazioni", atteso che il legislatore ne ha predeterminato il

(26) La natura a sua volta eccezionale che potrebbe essere riconosciuta alla disciplina sull'Iva cosiddetta intracomunitaria, in quanto normativa derogatrice del principio di tassazione nel paese di origine, al fine di considerare invertiti i termini di cui sopra, non pare possa avere successo poiché tale regolamentazione, seppure transitoria, presenta carattere generale. Identica portata generale presenta la disciplina di cui all'art. 17, comma 3, il quale, "in mancanza di un rappresentante nominato...", non individua il soggetto passivo in quello destinatario delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi effettuate nel territorio dello Stato da soggetti non residenti che li utilizzano nell'esercizio di imprese, arti o professioni. Infatti la nomina del rappresentante Iva del non residente risulta essere una scelta di tale soggetto passivo al quale, per effetto dell'esercizio dei suoi obblighi e dei suoi diritti da parte del suo rappresentante, potrà essere riconosciuta la detrazione e, quindi, il rimborso, dell'imposta pagata in Italia a fronte dell'effettuazione di operazioni Iva (anche soltanto prodromiche) in Italia.

(27) Il verificarsi di effetti automatici nel mandato è stato ben rilevato da A. Luminoso, *Mandato*, in "Trattato di diritto civile e commerciale", a cura di A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1994, spec. 188 e seguenti.

contenuto (28).

La predeterminazione del rapporto di mandato, secondo cui ogni operazione effettuata dal soggetto passivo non residente ovvero realizzata nei confronti di quest'ultimo debba "transitare" dal suo rappresentante in Italia ed in regime di esclusività, emerge quindi dalla lettera e dallo scopo perseguito dal legislatore tributario di assicurarsi la completa e veritiera rappresentazione delle transazioni intervenute sul suo territorio (29). La contraria opinione della Suprema Corte italiana risulta motivata soltanto in negativo in quanto volta a distinguere la figura, l'ambito di operatività ed i conseguenti profili di responsabilità del rappresentante da quello della stabile organizzazione di un residente, la cui presenza soltanto per la novella formulazione dell'art. 17, comma 2, non risulta essere di ostacolo all'effettuazione diretta delle operazioni nel territorio dello Stato da parte del non residente. Gli adempimenti degli obblighi e l'esercizio dei diritti del soggetto passivo non residente possono essere effettuati da lui qualora si sia direttamente identificato (ed, ora, anche in presenza di una sua stabile organizzazione), mentre a seguito di nomina del rappresentante il riconoscimento dei diritti e l'imputazione della violazione degli obblighi può verificarsi soltanto per il tramite del suo rappresentante (30).

La considerazione unitaria dell'attività effettuata in Italia dal sogget-

(28) La Suprema Corte si è espressa nelle sentenze 12 luglio 2001, n. 9449, in "Massimario Foro it.", col. 809, richiamata dalla risoluzione n. 66/E del 2002, la quale sentenza risulta identica a quella appena precedente intercorsa tra le stesse parti (ma riferita ad un periodo d'imposta successivo) 15 giugno 2001, n. 8122, in "Riv. dir. trib.", 2001, pagg. 933 e seguenti, per il cui commento si veda, se si vuole, le mie "Note minime", cit.

(29) Tale profilo risulta ben rilevato da A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, cit., pag. 233, il quale ritiene che "la responsabilità sostanziale del rappresentante appare quindi la naturale conseguenza di una scelta normativa i cui effetti giuridici si producono sul piano fiscale, indipendentemente da una loro più precisa opponibilità ai fini civilistici, al di fuori di una più precisa ricostruzione di un rapporto organico instaurato con il rappresentante tributario o di una attribuzione di una procura generale o di un potere di rappresentanza negoziale per l'adempimento degli obblighi formali e sostanziali richiesti dal modello applicativo dell'Iva.". In termini similari si esprime D. Coppa, *Responsabile d'imposta* in "Digesto", sez. comm., Torino 1996, 383, laddove evidenzia che la coobbligazione non sorge "dalle specifiche funzioni svolte in virtù del rapporto di natura civilistica intercorrente con il soggetto passivo del tributo".

(30) In riferimento all'ultima situazione indicata nel testo l'effettuazione delle operazioni rilevanti ai fini dell'Iva poste in essere direttamente dal o nei riguardi del soggetto non residente nel territorio italiano effettivamente realizzati da quel soggetto sono certo a lui imputabili, ma per essere riconosciuti debbono essere successivamente regolarizzati gli adempimenti non correttamente adempiuti così come risulta ammis-

to passivo non residente - e, quindi, l'obbligo di quest'ultimo di riferire al rappresentante le operazioni direttamente effettuate - si rinviene nella esigenza di rendere applicabile ad un soggetto passivo che opera sul territorio italiano la disciplina Iva *nella sua interezza*. Si consideri difatti la circostanza che il soggetto non residente intenda far transitare per il suo rappresentante in Italia o per la sua stabile organizzazione soltanto le operazioni imponibili o non imponibili e non anche quelle esenti comunque effettuate sul territorio nazionale al fine di non influenzare negativamente il *pro rata* di detrazione dell'Iva pagata sugli acquisti di beni o di servizi nello stesso territorio (31). Pertanto non può ammettersi che alcune operazioni possano non essere comunicate al rappresentante ovvero, ancor più, riconoscere in capo al rappresentato l'esercizio soltanto di alcuno dei diritti e dei poteri, come effettuato dai giudici italiani di legittimità nelle sentenze nn. 8122 e 9449 del 2001 in tema di opzione per il regime ordinario, così come, ma ora soltanto *de jure condendo*, non era condivisa l'irrelevanza della stabile organizzazione.

L'ammissibilità di operazioni effettuate direttamente dal soggetto passivo non residente, pur in presenza del suo rappresentante, non esclude pertanto che unico debba essere il soggetto che le rappresenta all'Amministrazione finanziaria e, quindi, unico il suo codice identificativo Iva per le operazioni rilevanti per tale tributo compiute all'interno del territorio nazionale, mentre, adesso, la sua stabile organizzazione possiede un "proprio" codice Iva (32). In tal senso opera l'art. 17, comma 2, del decreto Iva, anche nuovo stile, laddove conferma che gli obblighi ed i diritti de-

160

sibile il successivo esercizio - se ancora tempestivo - dei diritti vantati dal soggetto passivo non residente. Pertanto in tema di emissione diretta o di ricevimento diretto della fattura da parte del soggetto passivo per la transazione economica realizzata in Italia, il non residente deve comunicare al rappresentante affinché egli possa provvedere alla successiva emissione della fattura e provvedere, se del caso, al ravvedimento operoso.

(31) La Suprema Corte ha motivato l'esclusiva competenza del soggetto passivo non residente all'esercizio del diritto d'opzione per il regime ordinario proprio in base all'ammissibilità delle operazioni imponibili in Italia senza transitare dal rappresentante. In tal modo risulta logico che soltanto il rappresentato possa conoscere il volume d'affari effettuato nel territorio dello Stato, conoscenza che risulta preclusa al rappresentante il quale, quindi, non aveva "l'onere di esercitare l'opzione per il regime ordinario".

(32) In tal senso nei rapporti tra rappresentante fiscale e soggetto non residente sembra la risoluzione 6 settembre 2002, n. 289/E, la quale riconosce il mantenimento in capo al soggetto non residente del codice fiscale originariamente attribuitogli tramite il suo rappresentante mediante sbarramento nel modello AA7/6 quadro A non soltanto della casella 4 (dichiarazione di cessazione di attività), ma anche della casella 4

rivanti dall'effettuazione di operazioni nel territorio dello Stato da o nei confronti di soggetti passivi non residenti e senza stabile organizzazione "possono essere adempiuti o esercitati, nei modi ordinari, da un rappresentante residente nel territorio dello Stato" (33). La corretta interpretazione del verbo potere non permette di legittimare i soggetti passivi non residenti ad una libera scelta, sia per gli obblighi formali, in ordine sia per quelli sostanziali, se "fruire" del rappresentante fiscale nominato oppure effettuare direttamente le operazioni rilevanti ai fini Iva atteso che "tali facoltà" risultano espressione del regime applicabile per effetto di una scelta effettuata dallo stesso contribuente (34).

L'ultimo significativo intervento della legge delegata riguarda l'obbligo per il non residente di nominare il rappresentante Iva, sempreché egli non si sia identificato direttamente presso l'Amministrazione finanziaria italiana, allorquando egli effettui sul territorio italiano cessioni di beni o prestazioni di servizi soggetti ad Iva nei confronti di cessionari o committenti non soggetti passivi di tale tributo (35). In tal modo risultano superate le perplessità avanzate in ordine alla possibile esclusione dal regi-

(dichiarazione di prosecuzione dell'attività) e parimenti nel modello AA9/6 per i soggetti esteri persone fisiche, ma solo della casella 3, con indicazione nel modello ANR/1 (per l'attribuzione del codice ai non residenti) del codice appartenuto al rappresentante. Soluzione opposta sembra affermarsi per la stabile organizzazione.

161

(33) L'art. 17, comma 2, del decreto Iva indica la sola residenza in Italia del rappresentante e non anche la cittadinanza con l'effetto di dover fare riferimento a quella anagrafica e non a quella scaturente dalla disciplina fiscale. In questo senso, ma in riferimento alle imposte dirette G. Curami, *Il rappresentante in Italia per i rapporti tributari di società non residenti* in "Dir. prat. trib.", 1976, I, pag. 255, e, in campo Iva, pare anche la risoluzione ministeriale 20 maggio 1983, n. 341433 (in "Rass. trib.", 1983, pag. 738), la quale null'altro specifica.

(34) Una distinzione tra gli obblighi ed i diritti appartenenti alla stessa categoria esclude, *a fortiori*, la legittimità dell'effettuazione diretta di alcune "categorie" di operazioni che sono state qualificate come espressione di un obbligo o di un diritto in capo al soggetto passivo non residente, quali la presentazione della dichiarazione o la richiesta di rimborso. Ne consegue che in presenza di rappresentante Iva, ma non di stabile organizzazione, è quello e non quest'ultimo il soggetto tenuto ad informare gli uffici finanziari (e, dunque, a presentare denunce, istanze, opzioni, etc.) mentre la presenza della stabile organizzazione prevale su tutti gli altri in quanto soggetto giuridico riconosciuto dall'ordinamento nel quale tutte le operazioni dai vari soggetti sono state effettuate proprio in quanto (anche) ivi esercita abitualmente la sua attività.

(35) Infatti è stata accolta quella, ancorché isolata, interpretazione della Commissione tributaria Centrale la quale ha correttamente fatto perno sulla prevalenza della disciplina sull'individuazione del soggetto passivo rispetto a quella dettata per l'adempimento dei relativi obblighi. In questo senso la decisione della Commissione tributaria Centrale 16 novembre 1995, n. 3793 (in "Giur. imp.", 1996, n. 75) ha repu-

me Iva di quelle operazioni effettuate nel territorio dello Stato da parte di un soggetto passivo non residente in Italia a favore dei soggetti non passivi ivi residenti in conseguenza dell'assenza (o della revoca di quello precedentemente indicato) del rappresentante Iva del soggetto passivo non residente (36). Invero l'assoggettamento all'Iva di tale operazione si desumeva già dalla norma generale di cui all'art. 17, comma 1 (37), come, parimenti, norma di carattere generale è quella che impone l'obbligo di nominare il rappresentante fiscale in ipotesi di operazioni effettuate da un soggetto passivo non residente - che non si sia identificato nello Stato membro - a favore non di operatori economici, ma di privati (38).

3. L'individuazione della responsabilità solidale del soggetto passivo non residente, della sua stabile organizzazione e del rappresentante Iva

L'eliminazione dal primo periodo del comma 2 dell'art. 17 della legge Iva della condizione dell'assenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione di un soggetto passivo non residente per la nomina del rappresentante Iva determina alcuni rilevanti effetti in ordine all'individua-

162

tato che l'alienazione da parte di un'Anstalt di un immobile sito in Italia sia da assoggettare all'Iva in forza dell'art. 4, comma 2, del D.P.R. n. 633 del 1972 in quanto ivi "si considerano in ogni caso effettuate nell'esercizio di impresa le cessioni di beni fatte dalle società estere di cui all'art. 2507 cod. civ. e cioè dalle società costituite all'estero che sono di tipo diverso da quelle nazionali. Per tali società la legge pone una presunzione assoluta di imprenditorialità che prescinde da ogni accertamento sulle loro concrete caratteristiche".

(36) In questo senso si veda R. Lupi, *Precisazioni in tema di cessioni d'immobili da parte di società estere: Iva o Registro a scelta?* in "Riv. dir. trib.", 1994, I, pagg. 129 e seguenti, che rileva una "curiosa asimmetria tra l'astratta assoggettabilità ad Iva dell'operazione e possibile mancanza, nel territorio dello Stato, di un soggetto cui addossare gli obblighi indispensabili all'applicazione del tributo". Da ciò ne consegue, secondo l'autore, che "Se l'impresa non residente è sprovvista di stabile organizzazione in Italia o non ha nominato un rappresentante in Italia per i rapporti tributari, l'operazione deve perciò considerarsi in pratica esclusa da Iva per mancanza di un soggetto cui addossare gli adempimenti strumentali all'applicazione del tributo (ciò si può argomentare, benché non affermato da una norma esplicita, in base all'art. 17, comma terzo, D.P.R. n. 633/1972)" e con conseguente, ulteriore effetto che "la revoca del rappresentante avrebbe l'effetto pratico di escludere l'applicabilità dell'Iva...". Sul punto si veda anche la ris. min. 23 aprile 1997, n. 88, in circ. Assonime 30 settembre 1998, n. 83.

(37) In questo senso si veda Comelli, *Iva comunitaria e Iva nazionale*, cit., 764.

(38) La soluzione indicata nel testo risulta ammissibile ancorché l'art. 17, comma 2, ultimo periodo, abbia previsto la sua estensione anche alle operazioni imponibili previste dall'art. 7, comma 4, lettera f), del decreto Iva in quanto tali operazioni potevano essere escluse ai sensi della lettera a) del citato art. 7, comma 4.

zione della responsabilità sia di tale soggetto, sia di quello non residente da esso rappresentato. Infatti, in prima battuta, si determina la mancanza di responsabilità del rappresentante Iva del soggetto passivo non residente per le operazioni svolte autonomamente dalla stabile organizzazione della società non residente - la quale risponderà, in primo luogo, con i propri rappresentanti ed il proprio patrimonio - permanendo tale responsabilità limitata soltanto per quelle compiute *anche* direttamente dal non residente. L'affermazione della pronuncia dell'Agenzia delle entrate italiana n. 4/E del 9 gennaio 2002 che la forza di attrazione della stabile organizzazione non si estende alle operazioni effettuate direttamente dal soggetto passivo non residente non dovrebbe difatti comportare che solamente quest'ultimo e non anche il suo rappresentante fiscale possa essere chiamato a rispondere delle eventuali violazioni compiute dalla stabile organizzazione.

La constatazione che il rappresentante Iva non risulta essere il soggetto che non solo non ha posto in essere il presupposto del tributo, ma neanche essenziale al meccanismo di applicazione del tributo conseguente all'effettuazione dell'operazione Iva del soggetto passivo non residente non esclude il sorgere della sua responsabilità, la quale si realizza pur sempre nei limiti previsti *ope legis* (39). Pertanto il rappresentante Iva ben può essere chiamato a rispondere anche delle eventuali violazioni della relativa normativa sulla dichiarazione, riscossione, accertamento, controlli, etc., atteso che la sua responsabilità e la relativa coobbligazione non sorgono "dalle specifiche funzioni svolte in virtù del rapporto di natura civilistica intercorrente con il soggetto passivo del tributo" (40). Ne consegue ulteriormente che le eventuali lesioni degli interessi del rappresentato o del rappresentante per effetto del comportamento dell'altra parte del contratto di mandato determina per quello danneggiato l'esclusiva possibilità di richiedere innanzi al giudice civile il risarcimento del relativo danno senza dovere attendere, né risultare pregiudicato, dall'esito della eventuale vertenza in sede tributaria, giusta l'autonomia dei suddetti procedimenti giudiziari (41).

(39) In tale ottica si pone A. Cocuzza, *Il rappresentante Iva nella normativa interna. Funzione ed effetti del rappresentante Iva di un soggetto non residente* in "Società", 1994, pagg. 470 e seguenti.

(40) Così D. Coppa, *Responsabile d'imposta* in "Digesto", sez. comm., Torino 1996, 383.

(41) In tal modo A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, cit., 255, evidenziando la responsabilità fiscale del rappresentante "indipendentemente da una loro più precisa opponibilità ai fini civilistici, al di fuori di una più precisa ricostruzione di un rapporto organico instaurato con il rappresentato tributario o con l'attribuzione di una procura generale o di un potere di rappresentanza negoziale per l'adempimento degli obblighi formali e sostanziali richiesti dal modello applicativo dell'Iva".

La modifica effettuata dalla legge delegata permette infatti di continuare a ritenere con certezza il rappresentante italiano di un soggetto non residente che ceda beni o presti servizi nel territorio dello Stato italiano solidalmente responsabile ai fini Iva con tale operatore economico per tutte le operazioni da questo compiute in Italia, ma non anche per quelle effettuate dalla sua stabile organizzazione. L'assunto carattere onnicomprensivo della disposizione contenuta nell'art. 17, comma 2, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633, aveva già permesso alla risoluzione 4 marzo 2002, n. 66/E dell'Agenzia delle entrate italiana di escludere tale responsabilità *soltanto* per le operazioni non effettuate nel territorio italiano ai sensi dell'art. 7, del citato D.P.R., pur riconoscendo che recenti sentenze della Corte di Cassazione italiana l'hanno invece riferita al contenuto del rapporto di mandato intercorso tra i due soggetti privati (42). La citata risoluzione ritiene infatti che la responsabilità del rappresentante è "determinata dall'applicazione delle norme giuridiche sulla territorialità dell'operazione e sulla conseguente individuazione del debitore dell'imposta" che nel caso di specie, riguardando cessioni effettuate direttamente da un residente in San Marino, risulta esclusa per l'obbligo in capo al cessionario residente in Italia di integrare la fattura emessa dal cedente (artt. 71, comma 2, D.P.R. n. 633 del 1972 e 16 del D.M. 24 dicembre 1993).

La prevista autonomia della stabile organizzazione di un soggetto passivo non residente rispetto a quest'ultimo non influisce sulla tutela dell'interesse del soggetto passivo non residente correttamente individuata nel diritto alla detrazione dall'imposta gravante sulle cessioni dei beni o prestazioni di servizi in uno Stato membro di quella ivi corrisposta per acquisire i beni o i servizi inerenti all'attività economica. Infatti la funzione giuridicamente rilevante della figura del rappresentante Iva è stata individuata nella non discriminazione fiscale nei confronti di tale operatore economico (43), mentre non può essere annoverata che soltanto tra

(42) La tenacia dimostrata dall'Agenzia delle entrate nel difendere le sue tesi emerge dalla considerazione svolta ad inizio della risoluzione che la sentenza della Suprema Corte 9449 del 2001 "va correttamente interpretata alla luce di quanto stabilito dall'art. 17, secondo comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633", anche se la citata pronuncia giudiziale proprio di tale norma si era occupata.

(43) In questo senso si vedano le risoluzioni ministeriali 20 maggio 1983, n. 341433 e 19 marzo 1998, n. 18/E, nella quale ultima è stata riconosciuta legittima la nomina del legale rappresentante per richiedere il rimborso dell'Iva corrisposta in Italia, in assenza di stabile organizzazione della società non residente. Nella stessa ottica pure A. Cocuzza, *Il rappresentante*, cit., pag. 471, secondo il quale il soggetto non residente nomina un proprio rappresentante "allorché ne abbia un legittimo interesse (ad esempio, per il rimborso dell'imposta)".

i motivi - e non pure nella suddetta funzione - dell'introduzione del rappresentante Iva la tutela della buona fede dei soggetti passivi residenti che siano le controparti nelle transazioni con quello non residente (44). Tale asserita finalità deve essere attribuita soltanto alla *comunicazione* della nomina del rappresentante ad opera di quest'ultimo in quanto funzionale all'esclusione della responsabilità del soggetto passivo residente riguardo all'obbligo di autofatturazione, mentre per i soggetti non passivi qualsiasi responsabilità Iva deve ritenersi esclusa (45).

La conferma, desumibile dal D.Lgs. 19 giugno 2002, n. 191, della responsabilità solidale in capo al rappresentante per tutte le attività effettuate dalla stabile organizzazione del soggetto passivo da esso rappresentato non pare però possa confermare l'interpretazione offerta dalla Corte di Cassazione di considerare rilevante il contenuto del mandato determinato dalle parti (46). L'effettuazione dell'operazione Iva del soggetto passivo non residente in un altro Stato membro senza il tramite del suo rappresentante determina pertanto anche nella disciplina modificata dalla legge delegata, l'insorgere della responsabilità solidale in capo a tale ultimo soggetto, senza che questi possa opporre all'Amministrazione finanziaria, né l'estraneità di tale comportamento al mandato, né la preventiva escussione del rappresentato (47). Ne consegue che pure in base alla novella legislativa il rapporto di mandato può liberamente indivi-

(44) Di tale opinione è invece A. Cocuzza, *Il rappresentante*, cit., pag. 472.

(45) La Commissione tributaria centrale, Sez. XIII, 19 maggio 1998, n. 2695 (in *Comm. trib. Centr.*, 1998, I, 543) individua la finalità della norma "nella necessità di dar contezza all'altro contraente (acquirente o fornitore) - e quindi nel rapporto tra le parti - della legittima qualità del rappresentante del soggetto estero rivestita dal soggetto con cui entra in rapporto, effettuando l'operazione Iva.". Nessuna responsabilità può emergere in capo al soggetto residente non passivo dell'Iva per effetto della mancata comunicazione della nomina del rappresentante Iva in quanto evento a lui non imputabile.

(46) In questo senso si veda quanto giustamente affermato da A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, cit., pag. 233, secondo il quale "la responsabilità sostanziale del rappresentante appare quindi la naturale conseguenza di una scelta normativa i cui effetti giuridici si producono sul piano fiscale, indipendentemente da una loro più precisa opponibilità ai fini civilistici, al di fuori di una più precisa ricostruzione di un rapporto organico instaurato con il rappresentante tributario o di una attribuzione di una procura generale o di un potere di rappresentanza negoziale per l'adempimento degli obblighi formali e sostanziali richiesti dal modello applicativo dell'Iva."

(47) In riferimento proprio al rappresentante Iva A. Di Pietro, *La responsabilità*, cit., 254, rinviene una "... piena equiparazione, sotto il profilo della responsabilità per il pagamento dell'imposta, tra soggetto passivo e rappresentante per i rapporti tributari in Italia...".

duare le garanzie patrimoniali a favore del rappresentante, così come quelle che il rappresentato possa richiedere per cautelarsi dall'inadempimento degli obblighi ovvero dal mancato esercizio dei diritti da parte del rappresentante, senza modificare l'ambito delineato *ope legis*.

Tale assetto normativo può essere meglio evidenziato nella funzione attribuita dal legislatore rilevando come la possibilità di assicurarsi la provvista per fronteggiare gli adempimenti previsti dall'esercizio dell'attività di rappresentante Iva di soggetto passivo non residente sia stata individuata da autorevole dottrina quale causa giustificativa, soprattutto sotto il profilo costituzionale, dell'attribuzione della responsabilità solidale in capo a tale soggetto (48). Similmente il rappresentante Iva può anche assicurarsi, mediante prestazioni di garanzie a suo favore, pure nei confronti di quegli adempimenti imprevisi, quali la richiesta di somme per il pagamento di sanzioni, interessi ed altri accessori, di natura amministrativa, mentre per quelli di natura penale vige il principio della responsabilità personale (49). Infine occorre appena evidenziare che la disciplina di cui all'art. 17 della legge Iva logicamente non esclude che al soggetto passivo non residente possa essere richiesto dall'Amministrazione finanziaria, in prima battuta, quegli stessi adempimenti o pagamenti, vuoti del tributo, vuoti delle pene amministrative scaturenti dall'inosservanza degli obblighi o dell'errato esercizio di diritti posti in essere dal rappresentante Iva.

166

L'individuazione della responsabilità si riflette pure in ordine alla attribuzione della soggettività passiva atteso che la nomina del rappresentante Iva non l'attribuisce al non residente che operi in Italia perché egli deve essere considerato tale già in riferimento all'abitudine dell'esercizio dell'attività economica desumibile dal complesso delle sue attività, ossia da quelle svolte - anche, e senza forse, soprattutto - all'estero (50). Per-

(48) In questo senso si esprime P. Russo, *Manuale*, cit., pagg. 188 e seguenti, in riferimento al rapporto di natura civilistica intervenuto tra il soggetto passivo non residente ed il suo rappresentante nel territorio dello Stato.

(49) La problematica della responsabilità in sede penale per tale soggetto si può studiare in N. Pisani, *Responsabilità penale del rappresentante fiscale ai fini Iva ed efficacia della delega in materia tributaria* in "Rass. Trib.", 2000, pagg. 404 e seguenti.

(50) La necessaria presenza dei requisiti della professionalità e *soprattutto dell'abitudine* (dell'attività commerciale) ai fini delle imposte sui redditi è stata rilevata da L. Perrone, *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in "Rass. trib.", 2001, pagg. 1227 e seguenti, spec. 1236 e seguenti e può essere desunta dalla decisione della Commissione tributaria Centrale 16 novembre 1995, n. 3793, citata alla nota 34. Nel senso che occorra riferirsi alle operazioni effettuate in Italia dal non residente ai fini dell'individuazione dell'esercizio dell'opzione per il regime ordinario si è espressa la Suprema Corte nelle citate sen-

tanto occorre riferirsi alla disposizione che individua il soggetto passivo contenuta nell'art. 4 della seconda direttiva in tema di Iva e non a quell'altra che indica il debitore dell'imposta verso l'erario secondo quanto previsto dalla disciplina comunitaria ai sensi dell'art. 21 della sesta direttiva (come riformulata dalla parimenti citata direttiva n. 65 del 2000) (51). Tale soluzione risulta riconosciuta esplicitamente in sede amministrativa alla luce della novella disciplina del rappresentante fiscale Iva - ove ammettendosi il mantenimento del codice fiscale originariamente attribuito al soggetto passivo non residente tramite il suo rappresentante - si è appunto affermata "la continuità della soggettività passiva d'imposta ai fini Iva in capo al soggetto estero" (52).

La dizione originaria del citato comma 2 dell'art. 17 - rubricato "Soggetti passivi" - difatti prevedeva che l'imposta relativa alle cessioni di beni o alle prestazioni di servizi "effettuate occasionalmente" nel territorio dello Stato da soggetti residenti all'estero fosse dovuta dai cessionari o dai committenti che avevano acquisito beni o servizi nell'esercizio della loro arte, impresa o professione (53). Ne conseguiva allora, e non v'è ragione di modificarlo adesso, che soltanto l'esercizio continuativo, *abituale*, dell'attività d'impresa, arte o professione avrebbe imposto al non residente di versare direttamente l'Iva, ma non precludeva il riconoscimento

tenze nn. 8122 e 9449 del 2001 e in tal senso si vedano le mie *Note minime*, cit., pag. 937, anche in relazione all'eliminazione del requisito dell'occasionalità dell'effettuazione delle operazioni in Italia da parte del non residente che determinava l'obbligo di versare il tributo in capo al cessionario o committente residente.

(51) Infatti il soggetto passivo risulta individuato in via generale in quello che compie "in modo indipendente ed abituale, con o senza scopo di lucro, atti relativi alle attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi (art. 4, cit.), mentre il debitore dell'imposta è stato indicato in via specifica in colui tenuto alla corresponsione del tributo ed agli adempimenti ad esso conseguenti (art. 21, cit.). I giudici di legittimità nelle sentenze del 2001 citate, in base al condivisibile assunto che la società non residente priva di stabile organizzazione in Italia non perde la propria soggettività fiscale, hanno però desunto che la nomina del rappresentante non impedisce a tale soggetto passivo di "compiere direttamente operazioni, sottoposte al regime dell'autofattura emessa dall'acquirente".

(52) In questi termini la risoluzione dell'Agenzia delle entrate, Direzione centrale gestione tributi, 6 settembre 2002, n. 289.

(53) Tale disposizione risulta essere l'adattamento in Italia dell'indicazione del soggetto passivo individuato dall'art. 4 della seconda direttiva CEE sull'Iva 11 aprile 1967, n. 228, in quello che avrebbe compiuto "in modo indipendente ed abituale, con o senza scopo di lucro, atti relativi alle attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi" il quale risultava obbligato all'emissione della fattura ed al versamento del tributo.

nell'ordinamento italiano della soggettività passiva Iva in capo al cedente i beni o prestatore dei servizi non residente (54). Peraltro l'art. 1 del D.P.R. 23 dicembre 1974, n. 687, eliminò la condizione dell'occasionalità dell'operazione statuendo al comma 2 dell'art. 17 del D.P.R. n. 633 del 1973 che i diritti e gli obblighi Iva scaturenti dalle operazioni effettuate nel territorio dello Stato dal non residente potessero essere adempiuti o esercitati "nei modi ordinari" da un suo rappresentante fiscale (55).

La disciplina dello stesso art. 17 del D.P.R. n. 633 del 1972, rubricato "Soggetti passivi" sia di quello vero e proprio di cui al comma 1, sia del rappresentante fiscale di quello non residente nel successivo capoverso, conferma che la nomina del rappresentante non determina il sorgere della soggettività in capo al cedente o commissionario non residente (56). Infatti la legge delegata del 2002, nel volere continuare ad addossare al rappresentante fiscale gli obblighi di fatturazione, registrazione e dichiarazione, etc., e non soltanto quello di versamento del tributo - come invece indicato dal legislatore comunitario - non gli attribuisce soggettività passiva Iva atteso che tali obblighi risultano pur sempre stru-

(54) Il legislatore del 1974 inoltre regolò nel comma 3 del citato art. 17 l'obbligo di autofatturazione sussistente soltanto *in mancanza* sia della nomina del rappresentante del soggetto passivo non residente, sia di una stabile organizzazione nel territorio dello Stato (la cui presenza *ex art. 17, comma 4*, a sua volta, esclude entrambe le relative disposizioni citate). La normativa del 1974 infine ebbe cura anche di regolare all'art. 17, comma 2, sia le modalità di nomina del rappresentante individuandole "nelle forme di cui al terzo comma dell'art. 53" (ossia quelle utilizzate per la comunicazione necessaria per superare la presunzione di cessione dei beni), sia che tale nomina dovesse "essere comunicata all'altro contraente anteriormente all'effettuazione dell'operazione".

(55) In questo senso esplicitamente dispone il comma 4 dell'art. 17 del citato decreto presidenziale introdotto dall'art. 1, del D.P.R. 29 gennaio 1979, n. 24, con decorrenza 1° aprile 1979, mentre in tema di stabile organizzazione ai fini Iva si vedano i contributi di P. Adonnino, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza* in "Riv. dir. trib.", 1998, IV, pagg. 99 e seguenti, nota a Comm. trib. prov. Milano 12 settembre 1997, n. 238, A. Fiorelli e A. Santi, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto* in "Riv. dir. trib.", 1998, pagg. 367 e seguenti e M. Giorgi, *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto* in questa Rivista n. 1/2000, pagg. 59 e seguenti ove possono rinvenirsi riferimenti dottrinali sul tema. A questi autori si aggiunga G. Gianola, *L'interpretazione del diritto tributario, La succursale e la stabile organizzazione nell'ordine nazionale e internazionale*, Padova, 1999, *passim*, per il riferimento ai modelli contro la doppia imposizione internazionale elaborati dall'OCSE.

(56) Sul punto si veda F. Bosello, *L'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 1977, pag. 67, ove si è rilevato che "il soggetto passivo vero e proprio (continua) ad essere il non residente, salvo l'esistenza di una responsabilità solidale".

mentali a quello di effettuazione dell'operazione (57). Pertanto la mancata nomina del rappresentante Iva determina che il tributo applicabile all'operazione compiuta in Italia risulta dovuto dal cessionario o committente residente soggetto passivo del tributo, mentre in ipotesi di cessionari o committenti non soggetti passivi lo schema di decreto legislativo, nell'imporre espressamente la nomina, evidenzia l'illiceità del comportamento contrario alla disposizione citata.

Infine l'attribuzione della responsabilità solidale in capo al soggetto legislativamente coinvolto nell'attuazione del prelievo, pur non avendo integrato i presupposti del tributo, permette di far rientrare il rappresentante Iva di soggetto passivo non residente nell'ampio novero dei responsabili d'imposta i cui caratteri giuridici risultano ben messi in evidenza nella letteratura tributaria italiana (58). Infatti è stato ben messo in evidenza che si è innanzi al fenomeno legislativo di un soggetto tenuto al pagamento dell'imposta insieme ad altri, per fatti esclusivamente riferibili a questi ultimi e che "si profila tutte le volte che l'effetto di una determinata fattispecie è assunto come elemento costitutivo di un'altra" (59). Pertanto, come già magistralmente rilevato, la responsabilità tributaria si verifica in base al combinato operare di una norma che scolpisce l'obbligazione d'imposta e di un'altra con la quale "è stabilita l'obbliga-

(57) Di contrario avviso la Commissione tributaria di primo grado di Roma, Sez. XVIII, 24 novembre 1988, 1988 (in "Ipsoa", Cod. Iva, *sub* art. 17, n. 34) in quanto la società straniera diviene "soggetto del tributo in seguito alla nomina di un suo rappresentante nel territorio dello Stato" e A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, cit., pagg. 233 e seguenti, il quale ritenne che in mancanza di stabile organizzazione "la presenza di un rappresentante per i rapporti tributari in Italia permetta alla società estera di acquisire quello *status* di soggetto passivo dell'Iva che altrimenti non le verrebbe riconosciuto". I questo senso anche la risoluzione 23 dicembre 1991, n. 465279 (in "Dir. Prat. trib.", 1992, I, pag. 775) ove si precisò che "il ricorso alla figura del rappresentante fiscale fa nascere in capo al soggetto estero lo *status* di soggetto passivo d'imposta, tant'è che ad esso viene attribuito un regolare numero di partita Iva, con la conseguenza che eventuali operazioni attive effettuate dalla società estera, per le quali, ovviamente, sussiste il requisito della territorialità, secondo i criteri di cui all'art. 7 del citato D.P.R. n. 633 del 1972, devono confluire nella contabilità tenuta, ai fini dell'imposta, dal rappresentante". Tale pronuncia ministeriale rinnegò la precedente risoluzione ministeriale 2 dicembre 1976, n. 25471/13088R dell'Ispettorato compartimentale delle tasse di Firenze (in "Dir. prat. trib.", 1977, I, pag. 1868), ove si affermò, correttamente che se il soggetto estero è solidalmente obbligato con il rappresentante, "ciò significa che il rappresentato era già, *ex se*, soggetto d'imposta".

(58) In ordine all'individuazione dei requisiti necessari per rilevare l'esistenza del responsabile d'imposta si veda A. Fantozzi, *Diritto*, cit., pag. 260.

(59) In tal senso P. Russo, *Manuale*, cit., pag. 182, in base alla constatazione che il rapporto è di natura sostanziale.

zione d'un altro soggetto, insieme e in aggiunta al primo obbligato" e ciò si verifica riguardo al primo ed al secondo comma dell'art. 17 del decreto Iva anche nella novella disciplina prospettata dal D.Lgs. n. 191 del 2002, di attuazione della direttiva comunitaria n. 65 del 2002 (60).

(60) Tale è la definizione di E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, V edizione, Torino, 1969, pag. 145, il quale rileva come le due obbligazioni, "pur non avendo diversa struttura giuridica, sono collocate in un rango diverso: l'una, obbligazione principale; l'altra, obbligazione di garanzia (di solito solidale) per l'obbligazione principale". In termini identici F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 2000, pag. 111, secondo cui il responsabile è un coobbligato in via dipendente e non in via paritaria.

Di parere opposto C. Bafile, *Responsabile d'imposta (dir. trib.)* in "App. Nss dig.", VI, 1986, pag. 630, il quale ritiene che l'obbligazione solidale al pagamento del tributo in capo a soggetti legati dal vincolo della rappresentanza non determina responsabilità d'imposta, mentre A. Parlato, *Responsabilità d'imposta*, in "Enc. giur.", 1987, pag. 5, esclude il rappresentante Iva dal novero dei responsabili d'imposta in presenza di due distinte fattispecie e di due distinti rapporti giuridici ove la prima è costituita dal presupposto del tributo imputato all'obbligato principale, mentre la seconda fattispecie "dall'effetto della prima (presupposto generico) e da un presupposto specifico che genera l'estensione della responsabilità".

VAT Directive 65/2000/EC on the person liable for payment of tax for transactions carried out in another Member State and its implementation in Italy

Nicola Pennella (*)

SUMMARY: 1. Directive 65/2000/EC on VAT transactions directly carried out in another Member State and its impact on the VAT representative - 2. The scope of activities performed by the non-resident taxable person and his VAT representative or fixed establishment as implemented by Decree 19 June 2002 n. 191 - 3. The identification of joint liability of the non-resident taxable person, of his fixed establishment and VAT representative

1. Directive 65/2000/EC on VAT transactions directly carried out in another Member State and its impact on the VAT representative

In order to implement the second phase of the SLIM (simplification of the legislation on value added tax within the internal market) the European Council, through the Directive 17 October 2000, n. 65 - hereinafter: the new directive - has modified the regime on the identification of the taxable person for turnover tax purposes as regulated by the Directive 17 May 1977, n. 388, hereinafter the Sixth directive VAT (1), implemented into Italian law by Decree 19 June 2002, n. 191 (2). According to the directive's fourth recital an effective, significant simplification "would remove any faculty of the Member States to make the designation of a tax representative compulsory". Furthermore, the first recital

171

(*) Lecturer (*ricercatore*) in tax law at the Federico II University of Naples, Faculty of Law.

(1) The deadline for the acknowledgement of the said Directive n. 65 - 2000 within the laws of the Member States was set for 31 December 2001 according to Art. 2.

(2) Such Decree was published on the G.U.R.I. (Official Gazette Italian Republic) on 30 August 2002 and came into force the day after the implementation of the 2001 Community delegated Act 1 March 2002, n. 39, according to whose Art. 1 (1) the government, within the deadline of one year from the date of enforcement of such law, delegated to issue legislative decrees on the procedures of implementation of the Directives included in the lists in attachments A and B. Directive n. 65 - 2000 is indicated in the first attachment.

points out that the current version of Article 21 of the Sixth directive, concerning the identification of the taxable person "creates serious problems to operators, especially those of small dimensions". Therefore, the sixth recital of the new directive highlights that Member States can apply the same obligations to resident and non-resident taxable persons, including those contained in Art. 22 (8).

Accordingly, the new directive has established that the obligation to designate a VAT representative of the non-resident taxable person may be imposed only upon residents of a non-EC Member State, who are nationals of countries with which no legal instruments for mutual assistance in assessment and collection of taxes exist that are "similar to those applicable within the Community" (Article 21 (2) (b) of the aforementioned Directive 1977, new approach) (3). Furthermore, the seventh recital not only includes the representative, but also a mandatory (4) to which every Member State must assign the same obligations imposed on the first person, as to the declaration and payment of tax (Article 22 (7) of the Sixth directive, new wording) in respect of transactions performed by the non-resident taxable person. Should no representative or mandatory be designated, then such obligations would arise in respect of the recipient person liable for payment of tax (Article 21 (2) (a) of the Sixth directive, new wording). The new phrasing of Article 22 (7) also requires that Member States adopt measures that are needed to ensure that persons jointly liable for payment of tax - just like any taxable person, regardless of whether resident of a Member State (ninth recital of the new directive and Art. 21 (3) of the Sixth directive, new wording) - comply with the obligation to pay tax due by the taxable person.

172

Community law leaves it to Member States to oblige the taxable person, resident in non-European countries who carries out transactions that are relevant for VAT purposes in one Member State, to designate a VAT representative. Furthermore, Member States must allow EC taxable persons to designate said representative and request some minimum level of common rules applicable to him. As far as it concerns the identification of

(3) See Directives 15 March 1976, n. 308, 19 December 1977, n. 799 and Regulation 27 January 1992, n. 218, published on OJ, 15 March 2002, L 128, which, in reference to the additional measures on matters of e-commerce, provisionally modifies Regulation 218/92/EEC on administrative co-operation for VAT purposes.

(4) In circular n. 57, paragraph 8 - 7 August 2002 Assonime described how the figure of mandatory existing in French law cannot be assimilated to the fiscal representative in that it is a "the responsibilities assigned to the figure are not carried out by the same in the capacity of fiscal representative".

the person liable to pay tax, the Sixth VAT Directive did state in Art. 21 (1) (a), that "a tax representative or the person for whom the taxable transaction is carried out may be designated for this purpose". Such provision had been peculiarly implemented into national law, including in Italy (5). Furthermore, the Sixth directive (as amended by Art. 1, n. 22 of Directive 16 December 1991, n. 680 with no substantial change in this respect) allowed Member States to regard "someone other than the taxable person" to "be held jointly and severally liable for payment of tax"; such provision was also confirmed by the new wording of Art. 21 (3) of the Sixth directive (6).

In the legal framework prescribed by the new directive the taxable person is the supplier of goods or services (Art. 21, paragraph 1, letter a), the final consumer of such transactions (letter b and c), the issuer of an invoice (letter d) or the Intra-community purchaser of goods (letter e). Others are identified as the person liable for payment of tax "instead of" the taxable person or the tax representative acting directly as the person liable for payment of tax. Insofar as the taxable person is a resident of other Member States [or of countries with which conventions on mutual assistance in this respect exist (7)], Article 21 (2) (a) of the Sixth directive, new wording, considers the designated tax representative as taxable person, provided that he *acts as* the person liable to pay tax on his behalf in the countries in which he carries out transactions that are relevant for VAT purposes at the conditions set by law. By contrast, when a VAT taxable person is a resident of a country that does not have such instruments, Art. 21 (2) (b), as amended by the new directive, allows Mem-

(5) The representative of a non-resident taxable person was introduced into Italian law by Decree n. 687 - 23 December 1974 (in force from 1 January 1975). The ministerial report for its implementation justified it in relation to the fulfilment of the "need of clarity requested by offices and foreign operators" and the presence of similar figures in other Member States. Therefore, Art. 1 of the said decree stated in Article 17 (2) of Decree n. 633/1972 that the VAT rights and obligations related to transactions carried out within the territory of the State "may be" complied or exercised by the non-resident's tax representative.

(6) In the situations indicated under paragraphs 1 and 2 "the Member States can establish that someone other than the person liable for payment of tax is jointly and severally liable for payment of the tax". Such provision is justified in the ninth recital that highlights how it is "important that the Member States can continue to adopt provisions that foresee that a person different from the person liable to pay tax is jointly liable for the payment of said tax". The joint liability therefore continues to be the decisive feature for Community law also in the wording of the new directive.

(7) In circular n. 57 - 7 August 2002, Assonime specifies that no such conventions have been stipulated with non-EC countries.

ber States "to adopt measures according to which the person liable to pay tax is a tax representative designated by the non-resident taxable person".

The Sixth directive, as amended by the new Directive in 2000, continues therefore to include three different persons that share the function of securing the collection of tax in the State in which the transaction was carried out: the taxable person, the person liable for payment of tax and the jointly and severally liable for the sole payment of tax. Such a complex regime does not exclude that a uniform regulation of the liability of the tax representative of the non-resident taxpayer may apply under domestic law, as long as this summarises the figures of joint liability and person liable for payment of tax (or "acting as" the taxable person and person "directly" liable for payment of tax). Nevertheless, the taxable person would still remain the economical operator. From this perspective, it is necessary to examine the new directive and its implementation in Italian domestic law concerning the liability of the VAT representative of the non-resident subject. According to the Italian Court of Cassation (*Corte di Cassazione*) the Directive only applies within the limits of the mandate between such persons (*infra* paragraph 2); by contrast, Italian tax authorities (*Agenzia delle Entrate*) consider that the law has extended it to all operations carried out by the non-resident taxpayer (*infra* paragraph 3).

174

The regime contained in the new directive varies according to whether or not instruments for mutual assistance between countries exist, thus confirming that the VAT representative of the non-resident taxable person was, from the outset, introduced as a reaction to the lack of the interstate co-operation in the collection of taxes that were due in a different State from that where the person liable for payment of tax resided (8). Indeed, the lack of co-operation between countries in the collection of tax is specifically deviated only by international treaties, or within supranational bodies which have been entrusted some form of sovereignty in this respect (9). Consequently, the fact that as domestic law

(8) See further on this in Pennella, N., *Note minime sul rappresentante ai fini Iva di soggetto non residente*, commenting the decision of the Court of Cassation n. 1822 - 15 June 2001, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 933 and ff.

(9) The new directive acknowledges the lack of "some legal instrument to regulate mutual assistance, like those contained in directives 76/308/EEC, 77/799/EEC and in the regulation 218/92/EEC, concerning administrative co-operation in the field of indirect taxation (VAT)". The first directive regulates mutual assistance in the collection of credits resulting from transactions within the scope of the European Agriculture Guidance and Guarantee Fund system. The second directive concerns mutual assistance among the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, while the regulation refers to administrative co-operation for VAT purposes.

regards the VAT representative (rather than the non-resident taxpayer himself) as the person liable for payment of tax, supports the view that the power of the State (in which the VAT transaction is performed) to collect tax is not carried out in respect of a person who is resident in another country (10).

The VAT representative of a non-resident taxable person operating in another Member State, although revised by the new directive in 2000 and by its implementation into Italian domestic law, confirms the correctness of the position held by an authoritative scholar on that tax obligation is established by law" (11). Indeed, revenue-related interest is better protected by making an additional resident taxpayer jointly liable to a non-resident taxable person in respect of relevant obligations concerning collection of taxes where a convention exists, as well as assessment and liquidation of taxes in the absence of such international agreements (12). Since the taxable person who carries out a transaction in a different Member State from that of his residence does not normally own rights or goods in the former State and no interstate co-operation existed, the tax representative should be regarded as a way to set up, rather than to strengthen an effective tax credit by the State (13).

The justification of liability for payment of tax by the VAT representative of the non-resident taxable person, found in the contractual obligation binding the first resident person to the non-resident, results to be

(10) See further on this Uckmar, V., *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padua, 1955; Id., *Esazione all'estero dei crediti tributari*, in *Giur. imp.*, 1952, 549 and ff.; Croatto, G.C., *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padua, 1965; Id. *Diritto internazionale tributario*, in *Dig. Comm.*, IV Turin, 1989, 645 and ff.; Fantozzi, A., *Il trattamento fiscale, dal punto di vista italiano, delle imprese multinazionali*, in *Imp. amb e p.a.*, 1974, 337; Sacchetto, C., *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padua, 1978; Garbarino, C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padua, 1990; Lupi, R., *Territorialità del tributo*, in *Enc. giur.*, Rome, 1994.

(11) According to Russo, P., *Manuale di diritto tributario*, Milan, 1999, 179, the function of the tax representative aims at strengthening the Revenue's credit.

(12) According to Fantozzi, A., *Diritto tributario*, Turin, 1998, 281 the rationale of this measure is to protect the interest of the State's revenue in which the taxable transaction has been carried out, by facilitating assessment, payment and collection of the tax.

(13) See on this further Pennella, N., *Note minime, cit.*, 955 and ff. Indeed, it seems difficult, although not impossible, for tax authorities to have knowledge of the existence of taxable goods on the national territory; however, insofar as no certain collection is possible in principle, the liability of the tax representative establishes the guarantee, rather than strengthening something that may not (as it normally happens) exist at all.

acceptable although only limited, in the least supposition of the intervention of the national legislator, to the payment of taxes due to the taxable person regardless of his country of residence (14). The directive provides that when the representative designated by a taxable person not resident in that Member State, domestic law may set conditions upon him that must not exceed those applicable to national economical operators in compliance with the fiscal principle of non-discrimination. The responsibility could also be diversified according to whether or not the representative of the taxable person resides in the territory of a Member State with which conventions on mutual assistance - at least in terms of collection - exist: the existence of such treaties would well legitimate a different regime (which should however not be so restrictive to be regarded as unreasonable).

The field of joint liability may be therefore diversified according to international relations between the country of residence of the taxable person and that in which the transaction relevant for VAT purposes has taken place, regardless of the fact that Art. 21, new wording, states that in respect to any person liable for payment of tax (with reference to the "situations in paragraphs 1 and 2"), the Member States may "provide that someone other than the taxable person shall be held jointly and severally responsible for payment of the tax". In fact, this measure could have different spheres of application within the national legislation, of each Member State, depending on whether the VAT representative of the non-resident taxable person is considered to be *acting as* a person liable to pay tax, if resident in EC Countries or in those that have stipulated a convention on mutual assistance, or in the other case, *is* the personal liable to pay tax (15). In conclusion, it is necessary to highlight how the new regime of the tax representative of the non-resident taxpayer who has supplied goods or services within the territories of other Member States has not modified the validity of the statement that the representative is the taxable person to which *fiscally speaking* the violation and relative ef-

(14) Di Pietro, A., *La responsabilità tributaria*, in *Trattato di diritto commerciale*, Galgano, F. (ed.), Padua, 1994, 254, emphasised that in applying the previous rules on the VAT representative, he could be held responsible for non complying with the obligation to collect tax from the counterpart in respect of each transaction, but also for those debited without the natural correspondence to an underlying economical transaction, according to the principle requesting the payment of the tax due on non-existing transactions.

(15) On the regime of Article 17 of the VAT Act before amendments by Decree n. 191 - 2002, see Di Pietro, A., *La responsabilità tributaria*, 254, who indicates that the tax representative is subjected to "that same liability for payment of VAT that applies to non-resident companies without a fixed establishment".

fects will be attributed, without this excluding the responsibility of the non-resident taxable person himself (16).

2. The scope of activities performed by the non-resident taxable person and his VAT representative or fixed establishment as implemented by Decree 19 June 2002, n. 191

The implementation of the Community Directive N. 65 - 2000, acknowledged by the Italian legislator through Decree n. 191/2002, has modified the previous discipline above all in relation to the non-resident VAT taxable person. Art. 1 of the aforementioned decree, in substituting the second and third paragraphs of Art. 17 of the D.P.R. n. 633/1972, establishes that VAT obligations and rights, can be exercised not only by the VAT representative, but also directly by those non-resident operators who have identified themselves at the competent Revenue Office (the Rome 6 office) (17). This direct identification is regulated by Art. 35-ter of the aforementioned D.P.R. n. 633 - introduced by the aforementioned decree of 2002. In particular, its paragraph 5 extends the application of such provision to those persons who carry out business activities, as well as an art or profession "in another Member State of the Community or in a third country with which there are legal instruments to discipline reciprocal assistance on the indirect matter, similar to the specifications of the Council Directives n. 76/308/EEC - 15 March 1976, n. 77/799/EEC - 19 December 1977 and also the EEC Council regulation n. 218/98 - 27 January 1992".

177

The implementation rules have not fully indicated the objective conditions under which non-EC operators are entitled to direct identification. This may originate doubts as to whether the directive may apply by analogy also to tax treaties or membership to supranational organisms. Such problems should be solved by looking at whether or not exchange of information, controls and collection of tax credits between two states

(16) On the identification of the representative's liability to tax see Fantozzi, A., *Diritto*, 260. Also see Pennella, N., *Note minime*, 956, according to which under the Italian regime applicable prior to the amendments by directive 65/2000/EEC, the non-resident could be called upon - also in first instance - to fulfil the obligations or pay the administrative penalties for non-complying or incorrect exercise of tax obligations by the VAT representative.

(17) The competent Revenue Agency for identifying the taxable person was identified by the Director of the Agency by means of an order issued on 7 August 2002, published on the Official Gazette n. 200, in compliance with the specification of Art. 40 (2), D.P.R. n. 633 - 1972, implementing Directive n. 65 - 2000. On the methods of application of the declaration of direct identification, please see the circular Assonime n. 57 - 2002, paragraph 7.

(or by more states having an agreement) comply with the standards of effectiveness required by the aforementioned EC directives, especially in terms of accelerating and fully fulfilling VAT requisites for operations carried out in Italy. The uncertainty that could arise from such a laconic legislative provision, brings us to hope for a modification of the measure providing power to the government to identify those countries with which we our country has stipulated "legal instruments to discipline reciprocal assistance on the indirect matter, similarly" to what is established within the Community.

Also, Art. 1 (1) of decree 191/2002 has eliminated from Art. 17 (2) of the VAT decree, the clause according to which a VAT representative may only be designated in the lack of a fixed establishment in Italy, so that he may now operate also in the presence of a branch. Such provision confirms the recent administrative interpretation of "autonomous" activities carried out by the non-resident taxpayer from those performed by his fixed establishment, justified by Art. 17 (4) of the VAT decree that precludes the application of Art. 17 (2) and (3) "on the transactions carried out by or towards the fixed establishment in Italy of non-resident taxable person" (18).

The Revenue Agency had therefore considered that transactions directly performed by the head office do not fall within the competence of the fixed establishment - which must fulfil formal obligations "only in relation to the supply of services actually connected" to it -, as well as that the resident recipient is obliged to ensure compliance of transactions performed by the fixed establishment.

Such interpretation of the previous version of Art. 17 (4) is confusing in that the measure did intend to establish that the presence of the fixed establishment precluded the origination of obligations and rights in relation to the VAT representative and the resident taxable recipient or transferee. In fact, for VAT purposes the law considers that transactions have been performed by fixed establishment, because also the law of the head office's State of residence recognises that such person performs transactions for tax purposes, insofar as rules applicable to resident taxpayers may not apply (19). The fact that the provisions of document n.

(18) In this sense see the Revenue Agency's resolution n. 4/E - 9 January 2002, which bases its opinion on the consideration of the taxable person identified generally in Art. 17 (1) and (4), according to which "the provisions of Art. 17 (2) and (3) do not apply to "transactions carried out by or towards fixed establishments in Italy of non-resident taxable persons".

(19) The ministerial report on the matter highlights that despite "the person remains one, relations between a non-resident enterprise and its Italian fixed establishment are not relevant for VAT purposes".

310/2000 of the VAT Committee, indicated also by the resolution of the Revenue Agency n. 4/E - 2002 in confirmation of its own case - state that the supply of services by the fixed establishment of a foreign subject assumes relevance for the debit of VAT in favour of the State in which these services were materially provided, even if the operation was governed in contractual and financial terms directly by the parent company - does not necessarily mean that the contrary is exact.

The Decree, in reiterating in the new wording of Art. 17 (3), what already specified in the previous second paragraph, that the designation of the VAT representative "must be communicated to the other contracting party before the operation takes place" could lead to assume the preclusion of the exercise of autonomous activity to the non-resident taxable person in respect to that of his representative, already affirmed by the Revenue Agency resolution n. 66/E - 4 March 2002. In truth, such an interpretation was not considered decisive then and neither is now, as the obligatoriness of the communication could only be limited to those operations in which such obligation was assigned to a subject defined by the legislator as the person liable to pay tax and jointly liable, but not also defined as the taxable person. In fact the obligation of providing communication to the other contracting parties refers to the procedures of implementation of VAT law in relation to non-resident subjects and not to the substantial regulations, so the absence of this communication should not determine the application of a different fiscal regime but only the infliction of the corresponding administrative penalties (20).

The confirmed measure of communicating the designation of a representative to the other parties taking part in the transaction, confirms the will to cancel the doubt that the VAT representative is the taxable person having therefore the responsibility to issue invoices in his name in

(20) The communication of the designation of the VAT representative acknowledged by the resident taxable transferee by indicating the details of the representative of the last person in the invoice he issues, would and not "could" determine, according to the legal department of the Revenue Agency, as specified in resolution n. 66/E - 15 May 2001, quoted by resolution n. 66/E - 2002 but erroneously with the date of June) the appeal to the tax break provision foreseen in letter c) of the repeated Art. 50-bis of the Decree n. 331 of 1992, in those cases in which the national operator carries out the transfer directly towards the EC customer through the introduction of goods in the VAT deposit. The reason for such conclusion is found in the absence of a direct relation between the national transferee and the EC customer, already clarified by the Ministry of Finance's circular n. 13 of 23 February 1994, point B8. Such ministerial circular in fact, affirmed that in relation to Community VAT that "the obligation of going through a fiscal representative, even if he has been designated for other operations, does not exist in the case in which, both for transfers and services, the operation takes place directly between the EC and the national operator".

relation to the supply of goods and services or to receive invoices relating to inward operations. The aforementioned provisions also perform the function of excluding the obligation of entrepreneurs, artists or professionals, in their capacity of transferee or customer of goods or services carried out in Italy by a non-resident, to issue a self-invoice for the occurrence of such VAT transactions. Consequently, as concerns to the non-resident taxable person's exercise of rights, both the claim of the finance office to co-register the invoice in the name of the non-resident subject and his representative in passive operations (21), and the necessity for the representative to use the name of the non-resident person (22) appear to be groundless.

The modification of the law does not however provide the possibility to legitimate the execution of VAT operations directly on behalf of the non-resident taxable person in presence of his VAT representative, as indicated generally by the Revenue Agency resolution n. 66/E - 2002, which had admitted this only in those "cases in which the person liable to pay tax is directly considered as the national operator even if a fiscal representative of the non-resident releasor or supplier has been designated". Such limitation was found in the discipline relating to the lease of personal property - different from vehicles - in bank, insurance and advertising operations and others indicated in Art. 7 (4) (d) of the VAT decree firstly and then in operations subjected to so-called Intra-EU VAT in paragraphs 4-bis, 5, 6 and 8 of the Decree 30 August 1993, n. 331, transformed into Law 29 October 1993, n. 427 (23). The fact that the new wording of

(21) Such condition however is only explicit in relation to the specifications of resolution n. VII - 15 September 1993 (in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, 405) and has no foundation in view of the fact that the resident subject acts as a representative and not as a distinct taxable person. The first Tax Commission of Rome, Section XVIII, 24 November 1988 (in *Ipsos*, VAT Code, *sub* Art. 17, n. 34) has confirmed the exactness of the assumption both by indicating the inexistence of any primary or secondary rule imposing such an obligation and by highlighting that the *ratio* of discipline on the fiscal representative is that of "localising" tax relations carried out by a non-resident subject in Italy".

(22) The use of the name was not considered necessary by the Central Tax Commission, Section XIII, 19 May 1988, n. 2695 (in *Commissione tributaria centrale*, 1998, I, 543 and successive additions), on the basis that such obligation "is autonomously foreseen (in respect to the previous substantial "condition") in the second part of paragraph 2 of Art. 17, resulting in the fact that the rule does not specifically link the observance of the obligation to the ownership of the exercise of the right (especially concerning reimbursements)".

(23) Add Art. 44 (2) (a) of Decree n. 331, according to which the payment of tax on transfers carried out in Italy by person taxable in another Member State concern-

Art. 17 (3) requires that the obligations relative to the supply of services indicated in Art. 7 (4) (d), provided by non-residents to residents, are to be fulfilled by the customers themselves *when these operate in the exercise of their businesses, art or profession* - does not however exclude the fulfilment of these obligations on behalf of the non-resident supplier or his representative, if the customer is not a VAT economical operator, in view of the specifications of the new wording of Art. 17 (2), fourth period, obliging the non-resident supplier who is not directly identified *ex Art. 35-ter*, to designate a fiscal representative (24).

Indeed, the administrative reasoning seems (or seemed) to already extensively prove that the aforementioned provisions result as being absolute and derogatory to the ordinary discipline foreseen on the theme of intra-EU transfers according to which the invoice relative to the intra-EU supply is to be numbered and integrated by the Italian transferee or customer in compliance with Art. 46 of the aforementioned Decree. Therefore, the Intra-EU rules on VAT that imposes certain obligations upon the Italian operators in relation to transactions with other taxable persons in other Member States, can not be considered as an expression of general principle in that on the contrary, it represents an exception of the provisions of the intra-EU VAT discipline in relation to the direct relation between VAT taxable persons within the Italian territory and those resident in other Member States (25). In fact, the compulsory designation of the VAT representative was established in terms of intra-EU supplies, only for the so called mail-orders carried out by non-resident subjects in favour of non-taxable persons, and may therefore not be extended in interpretation, nor extensive, due to the lack of the same object and purpose (*ra-*

181

ing goods purchased by the last in another Member State and sent or transported in the territory of the State to his transferees - Italian taxable persons, subjected to pay the tax on intra-EU supplies, is to be assigned to transferee.

(24) The admissibility of "direct" operations was affirmed, even in the presence of a VAT representative, only for those specific services, in that on the basis of Art. 44 (2) (b) of the Decree 1993, the national operator was directly considered obliged to pay the tax in Italy, as is also the case of Intra-EU transfers towards a national operator who "independently" carries out the Intra-EU purchase. The said resolution n. 18/E - 1998 had confirmed the possibility, already allowed in the ministerial circular n. 13 - 23 February 1994 on EC VAT, that the non-resident may directly carry out operations "even only the taxable ones" in Italy.

(25) See on VAT EC regulations A. Comelli, *Iva comunitaria e iva nazionale: contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padua, 2000, *passim* and P. Maspes *L'imposta sul valore aggiunto in Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, F. Tesauro (ed.), Turin, 2001, 887 and ff.

to legis), and neither is it analogical, given that precise provisions of law do exist (26).

The possibility to carry out VAT transactions directly by the non-resident taxable person, even in the presence of a fixed establishment, does not allow us to affirm that this is also possible in presence of a representative, given that, even in the new formulation, obligations and rights are identified in their totality, or in other words in those "deriving from the application of VAT regulations (although no longer in relation to the decree) concerning transactions carried out within the territory of the State". In reality, the fact that the relation between two private persons - non-resident supplier with his VAT representative - is to be defined, for common rights, in terms of a mandate with use of the name of the person represented and with the effect of immediate automatic repercussion of the actions of the last on the juridical sphere of the representative, doesn't seem to be particularly decisive in relation to our aim (27). Therefore, such characterisation cannot bring to affirm - as on the other hand did the Court of Cassation in the decision also referred to by the resolution n. 66 - 2002 - that "it is necessary to refer to the contents of the mandate to establish whether the legal representative has received authorisation to exercise rights and fulfil obligations in relation to determined operation", considering that the legislator has predetermined the details of the same (28).

(26) The exceptional nature of the so-called intra-EU VAT discipline as a derogatory provision of the principle of taxation in the country of origin in order to consider the above terms inverted, is not foreseen to be successful given that such regulation, although transitory, appears to be of general character. Having the same general character is the discipline in Art. 17 (3), which "in absence of a designated representative...", does not identify the taxable person in the end customer of the goods or services supplied within the territory of the State by a non-resident subject in the exercise of his business, art or profession. In fact, the designation of the VAT representative of the non-resident results as a choice of such taxable person to whom, as an effect of the exercise of his rights and obligations on behalf of his representative, may receive a deduction and therefore, the reimbursement of the tax paid in Italy on the VAT operations (even only premonitory) carried out in Italy.

(27) The occurrence of automatic effects on the mandate has been highly emphasised by A. Luminoso in the section *Mandate* of the *Civil and commercial law treatise* by A. Cicu and F. Messineo, 1994, specification 188 and successive additions.

(28) The Supreme Court gave its opinion on this matter in sentence n. 9449 - 12 July 2001, in *Massimario Foro it.*, paragraph 809, quoted by resolution n. 66/E - 2002, of which sentence results to be identical to the immediately prior sentence between the same parties (but referring to a successive taxation period) dated 15 June 2001, n. 8122, in *Riv. dir. trib.*, 2001, 933 and successive additions. Please see my "Small notes" quoted for the comment of this sentence.

Emerging therefore from the letter and from the aim pursued by the tax legislator is the predetermination of the mandate relationship, according to which every operation carried out by the non-resident taxable person or carried out towards the same must "go through" his representative in Italy and in a regime of exclusivity, in order to guarantee the complete and truthful representation of the transactions carried out within his territory (29). The opposing opinion of the Italian Supreme Court seems to be only reasoned in negative given that its aim is to distinguish between the person, the scope and the consequent responsibility profile of the representative and fixed establishment of the resident, whose presence only for the new formulation of Art. 17 (2), does not obstruct the direct performance of operations within the territory of the State on behalf of a non-resident subject. The non-resident taxable person may fulfil obligations and exercise rights directly when he has directly identified himself (and now, also in presence of his fixed establishment), while subsequent to the designation of the representative, the recognition of rights and the charge of violations can only take place through the same (30).

The unitary consideration of activities carried out in Italy by the non-resident taxable person - and therefore, the obligation of the last to refer these direct operations to the representative - is originated by the necessity to apply the VAT discipline *in its entirety* to a taxable person operating within the Italian territory. The supposition is in fact a situation in which the non-resident subject could pass only the taxable and non-tax-

(29) See on this A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, 233, who is of the opinion that "the substantial responsibility of the representative appears therefore to be a natural consequence of the scope of the provisions of which legal effects are produced on a fiscal level, regardless of their more precise opposability in relation to Civil law, outside a more precise reconstruction of an organic relation built with the fiscal representative or an attribution of a general power of attorney or a negotiable power of representation for the fulfilment of the formal and substantial obligation required by model of VAT application". Also expressing his opinion in similar terms is D. Coppa, *Responsabile d'imposta*, in *Digesto, sez.*, comm., Turin, 1996, 383, in which she highlights that joint obligation does not arise "from specific functions carried out in virtue of the civil law-related relation with the taxable person of the tax".

(30) In reference to this last situation, the performance of VAT-related operations carried out directly by or towards the non-resident person in Italy are certainly attributable to the same, but to be acknowledged, it is first necessary to regulate the fulfilments incorrectly fulfilled, and also permitted is the successive exercise - if still opportune - of the rights of the non-resident taxable person. Therefore, in matters of direct issuance or direct receipt of the invoice on behalf of the taxable person in relation to economical transactions carried out in Italy, the non-resident must provide communication to the representative in order that he may consequently issue the invoice and deal with, if necessary, the laborious amendments.

able operations through his representative in Italy or his fixed establishment and not also those operation carried out on the national territory that are exempt, in order to avoid negatively influencing the *pro rate* of deductible VAT paid on the purchase of goods or services within the same territory (31). Therefore, it cannot be allowed that certain operations are not communicated to the representative or, all the more, that only the exercise certain rights and certain powers be assigned to the representative, as permitted by the Italian magistrates in legitimating the decisions n. 8122 and 9449 of 2001 in relation to the ordinary regime option, just as, but only until *de jure condendo*, the unrelevance of the fixed establishment was not shared.

Therefore, the admissibility of operations carried out directly by the non-resident taxable person, even in presence of a representative, does not exclude that in terms of financial administration, a unique subject and a unique VAT number must represent the tax-relevant operations carried out within the national territory, while now, the taxable person's fixed establishment possesses its own VAT number (32). Aimed in this direction is Art. 17 (2) of the VAT decree, also new approach, which confirms that rights and obligations deriving from the execution of operation within the territory of the State, on behalf or towards the non-resident taxable person who has no fixed establishment "can be exercised or fulfilled, ordinarily, by a representative resident in the territory of the State" (33).

(31) The Supreme Court has justified the exclusive competence of the non-resident taxable person in relation to the exercise of the right to opt for his own ordinary regime on the basis of the admissibility of the taxable operations in Italy without going through the representative. In this way it appears logic that only the representative can be aware of the actual volume of business carried out in the territory of the State, knowledge excluded from the responsibilities of the representative who therefore has not "the obligation to exercise the option for the ordinary regime".

(32) Of this opinion, when concerning the relationship between the fiscal representative and the non-resident subject, appears to be the resolution - 6 September 2002, n.289/E, which acknowledges that the non-resident subject may keep the fiscal code originally assigned to him through is representative by means of the acceptance of section A in model AA7/6, non only of square 4 (declaration of closing down of activity) but also of square 4 (declaration of continuation of activity) of the model AA9/6 in relation to physical foreign persons but only of square 3 with indication in model ANR/1 (for the attribution of the fiscal code to non-residents) of the code that was of the representative. An opposing solution seems to be confirmed for the fixed establishment.

(33) Art. 17 (2) of the VAT decree indicates the sole residence of the representative in Italy and not also the citizenship, having the effect that only the details of the registry office are to be referred to and not those arising from fiscal discipline. In this sense, but not in reference to direct taxation, is G. Curami, *Il rappresentante in Italia*

The correct interpretation of the verb "to be able to" does not provide the non-resident taxable person with the free choice, in terms of formal and substantial obligations, of "using" the designated fiscal representative or carrying out directly VAT relevant operations, in view of the fact that "such faculty" depends on the regime chosen by the taxpayer himself (34).

The most recent important intervention of the delegated act concerns the obligation of the non-resident person to designate the VAT representative when he supplies VAT relevant goods or services on the Italian territory to recipients who are not VAT taxable persons, as long as he is not directly identified as the taxpayer within the Italian financial Administration. (35). In this way, we overcome the perplexities on the possible exclusion from the VAT regime of those operations carried out within the territory of the State on behalf of non-resident taxable persons in favour of residents that are not subject to pay VAT, in cases in which the non-resident taxable person has not designated a representative (or has annulled the one previously indicated) (36). In reality, the subjectivity to VAT

per i rapporti tributari di società non residenti, in *Dir. prat. trib.*, 1976, I, 255 and in the field of VAT also the ministerial resolution n. 341 433 - 20 May 1983 (in *Rassegna Tributaria*, 1983, 738), which specifies nothing else.

18

(34) A distinction between the obligations and rights of the said category excludes, *a fortiori*, the legitimisation of the direct execution of certain "categories" of operations that are considered as an expression of an obligation or right of the non-resident taxable person, such as the presentation of the declaration or the request for reimbursement. Consequently, in presence of a VAT representative but not of a fixed establishment, the first and not the last subject is obliged to inform the finance offices (and therefore also present income tax returns, applications, options, etc) while the presence of the fixed establishment prevails on all the others in that it is the legal subject recognised by the law within which all the operations of the various subject have been carried out, given that these are part of its normal activities.

(35) In fact, the still isolated interpretation of the Central Tax Commission has been accepted in that it correctly concentrates on the predominance of the discipline on the identification of the taxable person in respect to that specified for the fulfilment of the relative obligations. In this direction goes the decision of the Central Tax Commission n. 3793, 16 November 1995 (in *Giur. imp.*, 1996, n. 75) specifying that the transfer on behalf of an *Anstalt* of a property located in Italy is to be subjected to VAT in compliance with Art. 4, paragraph 2 of the D.P.R. n. 633 - 1972 in that "transfers of goods by foreign companies indicated in Art. 2507, C.C., and more specifically those companies constituted abroad, which are different from the national ones, are in all cases to be considered carried out in the exercise of the normal activity of the same. The presumption of law in consideration of these companies is of absolute entrepreneurship, regardless of all other assessments of their actual characteristics".

(36) In this regard, please see R. Lupi, *Precisazioni in tema di cessioni d'immobili da parte di società estere: Iva o Registro a scelta?* in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, 129 and ff.,

of such operations was already deduced by Art. 17 (1) of the general regulation (37), as is equally of general rule the obligation to designate a fiscal representative in the hypothesis of operations carried out by a non-resident taxable person - not identified within the Member State - in favour, not of economical operators, but towards private subjects (38).

3. The identification of joint liability of the non-resident taxable person, of his fixed establishment and VAT representative

The elimination of the first section of Art. 17 (2) of the VAT decree - the lack of a fixed establishment for the purpose of designating a VAT representative - has an impact on the liability of the representative, as well as of the non-resident taxable person. First, there is no liability of the VAT representative in respect of transactions carried out directly by the fixed establishment. The fixed establishment shall therefore be directly liable with its own representatives and assets for such transactions, while *also* keeping a limited responsibility for all other operations carried out directly by the non-resident person. The Italian Revenue Agency stated (circular 4/E - 9 January 2002) that the force of attraction by the fixed establishment does not extend to the transactions directly carried out by the non-resident. Such statement should imply that not only the taxable person, but also his VAT representative could be deemed liable for possible violations committed by the fixed establishment.

Even if the VAT representative did not produce the taxable event and is not essential to applying VAT once the transaction has been carried out by

186

which indicates a "curious asymmetry between the abstract subjectivity of VAT and the possible lack of a subject to whom assign the obligation of the tax payment within the territory of the State". According to the author, this results in the fact that "If the non-resident company does not have a fixed establishment in Italy and has neither designated a representative in Italy for VAT relations, the operations will be therefore considered excluded from VAT application due to the lack of a subject to whom assign the fulfilment connected to VAT application (which can be argued as not confirmed by a specific regulation in compliance with Art. 17, third paragraph, D.P.R. n. 633/1972)" with the consequential and further effect that "the annulment of the representative would practically bring to the exclusion of VAT applicability...". On this point, please see also the ministerial resolution n. 88, 23 April 1997 in the Assonime circular n. 83 - 30 September 1998.

(37) Please see in this regard A.Comelli, *Iva comunitaria e iva nazionale*, 764.

(38) The solution indicated in the text is even allowed if Art. 17 (2), last section has foreseen its extension also to taxable operations foreseen in Art. 7 (4) (f) of the VAT decree in that such operations could have been excluded according to Art. 7 (4) (a).

the non-resident taxable person, one could not exclude the representative's responsibility within the limits set by law (39). Therefore, the VAT representative can be called upon to respond to possible violations of the law concerning declaration, collection, assessment, controls, etc. in view of the fact that his joint liability and obligation do not arise "from specific functions carried in virtue of his civil law-nature relationship with the VAT taxable person" (40). The consequence of this is that any possible damage to the interests of the person represented or the representative caused by one of the contracting parties of the mandate, provides the injured party with the exclusive right to request compensation of the relative damage before the Civil Court, without having to await or being prejudiced by the outcome of the possible lawsuit, given the independence of the said legal proceedings (41).

On the basis of the amendment made by the Decree the Italian representative of a non-resident person supplying goods and services within the Italian territory is still considered to be jointly responsible with the economical operator for VAT purpose concerning all the operations carried out by the last in Italy, but not for those carried out by his fixed establishment. The all-comprehensive character of the measure in Art. 17 (2) of the VAT decree has already permitted the Italian Revenue Agency to exclude -in resolution 4 March 2002, n. 66/E- such responsibility *only* for the transactions not carried out within the Italian territory according to Art. 7 of the VAT decree, although it does recognise that recent decisions of the Italian Court of Cassation did refer this to the contents of the mandate between the two private persons (42). The aforementioned resolution considers the liability of the representative to be "determined by the applicability of rules on territoriality of the transaction and on the

(39) In this sense see A. Cocuzza, *Il rappresentante IVA nella normativa interna, Funzione ed effetti del rappresentante IVA di un soggetto non residente*, in *Società*, 1994, 470 and ff.

(40) See D. Coppa, *Responsabile d'imposta in Digesto, sez comm.*, Turin 1996, 383.

(41) On this see A. Di Pietro *La responsabilità tributaria*, 255, highlighting the fiscal responsibility of the fiscal representative "regardless of their more precise opposability in relation to civil law, outside a more precise reconstruction of an organic relation built with the fiscal representative or an attribution of a general power of attorney or a negotiable power of representation for the fulfilment of the formal and substantial obligation required by model of VAT".

(42) The determination shown by the Revenue Agency in defending its own thesis arises from the consideration made at the beginning of the resolution specifying that the sentence of the Supreme Court n. 9449/2001 "is to be correctly interpreted in the light of the specifications of Art. 17, second paragraph of D.P.R. n. 633 - 26 October 1972". even if the said sentence did refer exactly to the said decree.

consequent identification of the person liable to pay tax", and given that the particular case concerned transfers carried out directly by a resident in the territory of San Marino, the obligation of the transferee resident in Italy to integrate the invoice issued by the releasor is excluded (Art. 71 (2) VAT decree and Art. 16 Ministerial Decree 24 December 1993).

The autonomy of the fixed establishment in respect of the non-resident taxable person does not affect the safeguard of the latter's right to deduct tax on the transfer of goods and services within the territory of a Member State from that paid on the purchase of goods and services inherent to his economical activity. The legal function of the VAT representative is that to avoid discriminating such economical operator (43), while protecting the good faith of resident taxable person, opposite party in transactions with the non-resident, can only be listed within the reasons of the introduction of the VAT representative - and not also within the said function (44). Such aim must only to be attributed to the *communication* of the designation of the representative, in that its objective is to exclude the responsibility of the resident taxable person in relation the obligation of reverse charge, while for the non-taxable person, any responsibility for VAT purposes should be excluded (45).

The Decree confirmed the joint liability of the representative in all activities carried out by the fixed establishment that he represents, but possibly did not confirm the interpretation of the Court of Cassation in considering relevant the contents of the mandate stipulated between the parties (46). If the non-resident taxable person carries out his activities in

(43) In this regards please see the ministerial resolution 20 May 1983, n.341433 and 19 March 1998, n.18/E. The last considers legitimate the designation of the legal representative to request the reimbursement of VAT paid in Italy, in absence of a fixed establishment of the non-resident company. Of the same opinion is A. Cocuzza in *The representative*, quote, 471, according to which the non-resident subject designates his representative "when he has the legitimate interest to do so (an example of which is the reimbursement of VAT)".

(44) Of this opinion is instead A. Cocuzza, *Il rappresentante*, 472.

(45) The Central Tax Commission, Section XIII, 19 May 1998, n. 2695 (in *Comm. trib. Centr.*, 1998, I, 543) reassumes the aim of the decision "in the necessity to provide information to the other contracting party (purchaser or supplier) - within the relationship between the parties - in reference to the legitimacy of the foreign subject's representative designated by the subject with which he has entered a relationship in carrying out the VAT operation". The non-resident taxable person may not be held responsible for the non-communication of the VAT representative in that this is not his responsibility.

(46) In this regard see A. Di Pietro *La responsabilità tributaria*, 233, according to which "the substantial responsibility of the representative appears therefore to be a

another Member State without going through his representative, even the discipline modified by the delegated act states that the representative will be considered jointly responsible, without the possibility to oppose before the Financial Administration the extraneousness of such actions in respect of the mandate or the preventative examination of the person represented (47). As a consequence of this and also on the basis of recent legislation, the contract of mandate can freely indicate asset securities in favour of the representative, just as the person represented can request such securities against the non-fulfilment of obligations, or more specifically the non-exercise of rights on behalf of the representative, without this modifying what is foreseen by law.

The fact that the law gives the possibility to insure the supply to cope with the fulfilments foreseen in relation to the activity of VAT representative of a non-resident taxable person, was regarded by scholars as the justified cause, especially under the constitutional profile, of the attribution of joint responsibility to such person (48). Similarly, the VAT representative can also require guarantees, also in relation to unpredictable events, such as for payment of penalties, interests and other accessories of administrative nature, while for those of criminal relevance, the principle of personal responsibility is to be applied (49). In conclusion we must briefly outline that the discipline of Art. 17 of the VAT decree, does not logically exclude that the financial Administration may request those same fulfilments or payments from the non-resident taxable person, whether these are taxes or administrative penalties arising from the non-observance of obligations or the incorrect exercise of rights on behalf of the VAT representative.

natural consequence of the scope of the provisions which legal effects are produced on a fiscal level, regardless of their more precise opposability in relation to Civil law, outside a more precise reconstruction of an organic relation built with the fiscal representative or an attribution of a general power of attorney or a negotiable power of representation for the fulfilment of the formal and substantial obligation required by model of VAT application".

(47) Specifically in reference to the VAT representative, A. Di Pietro in *La responsabilità tributaria*, 254, finds a "... full equalisation between the taxable person and the representative for tax relations in Italy in terms of responsibility in the payment of taxes...".

(48) Of this opinion is P. Russo, *Manuale*, 188 and ff., in reference to the civil law nature of the relation between the non-resident taxable person and his representative within the territory of the State.

(49) The problem concerning the penal responsibility of such subject can be examined in N. Pisani, *Responsabilità penale del rappresentante fiscale ai fini IVA ed efficacia della delega in materia tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2000, 404 and ff.

The identification of the responsibility also reflects on the attribution of the characterisation of taxable person for VAT purposes. It is not the designation of the VAT representative does not make the non-resident operating in Italy a taxpayer because he is already considered as such in reference to his normal exercise of economical activities that are deductible from his overall activities, or in other words, from those also carried out - or better still, above all carried out abroad (50). Therefore it is necessary to refer to the provision identifying the taxable person stated in Art. 4 of the second Directive VAT and not to the other that indicates the person liable to pay tax in relation to Inland Revenue as stated in the specifications of Community discipline in compliance with Art. 21 of the same Directive (as reformulated by the aforementioned Directive n. 65 - 2000) (51). Such solution is explicitly acknowledged at an administrative level in the light of the new discipline on the VAT representative - which by allowing the preservation of the VAT number originally attributed to the non-resident taxable person through his representative - has affirmed "the continuity of tax subjectivity towards the foreign subject" (52).

(50) The necessary presence of professional requisites and *above all the requisite of normality* (of commercial activities) in terms of income tax was highlighted by L. Perrone, *Problemi vecchi e nuovi in materia di imposizione sul reddito delle società e degli enti non residenti*, in *Rass. trib.*, 2001, 1227 and ff., spec. 1236 and ff., and can be deducted from the decision of the Central Tax Commission, 16 November 1995, n. 3793, quoted in note 34. In relation to the necessity to refer to operations carried out in Italy by the non-resident subject in order to identify the exercise of the ordinary regime option, the Supreme Court has intervened through the aforementioned sentences n. 8122 and n. 9449 - 2001 and in this regard also see N. Pennella, *Note minime*, at 937 referring to the elimination of the requisite of "occasionality" of operations in Italy on behalf of the non-resident which determined the obligation to pay the tax to be assigned to the resident transferee or customer.

(51) In fact, the taxable person results to be generally identified as the person who carries out "independently and with continuity, without or without making a profit, operations relating to the activity of manufacturing, trading or providing services (Art. 4 quoted), while the person liable to pay tax is specifically indicated as the person held responsible for the payment of the tax and the fulfilment of the obligations connected to the same (Art. 21 quoted). If in the sentence of 2001 already quoted, the judges have legitimised on the basis of a shareable assumption, that non-resident companies without a fixed establishment do not lose their fiscal subjectivity, they have however deduced that the designation of the representative does not impede such taxable person to "carry out directly operations, subjected to the regime of self-invoice issued by the purchaser".

(52) In these terms is the resolution of the Revenue Agency, tax management department, 6 September 2002, n. 289.

According to the original wording of Art. 17 (2) - Taxable persons - the tax on the supply of goods or services "carried out occasionally" within the territory of the State by non-residents, was attributable to the transferees or customers that had purchased the goods or services in the exercise of their art, business or profession (53). The result was and should still be that only the continuous *normal* exercise of the activity of a business, art or profession would have obliged the non-resident to pay the VAT directly, but it didn't preclude that the non-resident supplier of goods or services could be regarded for Italian VAT purposes as the taxable person (54). Also, Art. 1 of the D.P.R. n. 687 - 23 December 1974, abolished the condition of occasionality of the operator, stating in Art. 17 (2) of the VAT decree that the VAT rights and obligations arising from operations carried out within the territory of the State by a non-resident taxable person could be fulfilled or exercised "normally" by his VAT representative (55).

Art. 17 of the VAT decree referring to "Taxable persons", including both the real taxable person indicated in its first paragraph and his VAT representative indicated in the following paragraph, confirms that the designation of the representative does not determine the assignment of

(53) This provision is the Italian adaptation of the taxable person indicated in Art. 4 of the second EEC Directive on VAT, n. 228 - 11 April 1967 as the person who has carried out "independently and with continuity, with or without profit, operations relating to the activity of manufacturing, trading or providing services" resulting to be obliged to issue the invoice and pay the tax.

(54) The decree of 1974 also regulated in Art. 17 (3), that the obligatoriness of the reverse charge self-invoicing mechanism exists only *in the absence* of both the designated representative and a fixed establishment (the presence of which *ex Art- 17 (4)* would however exclude both provisions quoted) of the non-resident taxable person. The provisions of 1974 also covered in Art. 17 (2) both the methods of designation of the representative to be carried out "according to the specifications of Art. 53 (3)" (in other terms methods for providing the information needed to overcome the presumption of transfer of goods) and the necessity that such designation "be communicated to the other contracting party before the operation is carried out".

(55) See on this Art. 17 (4) of the VAT decree as amended by Art. 1, D.P.R. - 29 January 1979, n. 24 (effective from 1 April 1979). On fixed establishments see P. Adonino, *L'individuazione della stabile organizzazione e la prova della sua esistenza*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, IV, 99 and ff., note to Comm. trib. prov. Milan, 12 September 1997, n.238, A. Fiorelli and A. Santi, *Specificità del concetto di stabile organizzazione ai fini dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, 367 and ff. and M. Giorgi, *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto* in this Review, n. 1/2000, 59 and ff. On permanent establishment as regulated by the OECD Model Tax Convention also see G. Gianola *L'interpretazione del diritto tributario, La succursale e la stabile organizzazione nell'ordine nazionale e internazionale*, Padua, 1999, *passim*.

the condition of taxable person to the non-resident supplier (56). In fact, the Decree of 2002, for the purpose of keeping invoicing, registration and declaration obligations (and not only that of tax payment - as specified by the Directive) on the VAT representative does not regard the VAT representative as taxable person in consideration of the fact that such obligations are instrumental to carrying out the transaction (57).

Therefore, the non-designation of the VAT representative determines that the tax relative to the transaction carried out in Italy is due to the resident taxable transferee or customer, while in case of non-taxable transferees or customers, the Decree in expressly imposing the designation, highlights the illegality of behaviour in opposition of the measure indicated.

In conclusion, the attribution of joint liability to the person that the law involves in the levy, even if he does not realise the taxable event, allows us to include the VAT representative in the category of responsible for the payment of taxes, whose legal features have been clearly defined by Italian scholars (58). In fact, great emphasis has been given to the fact that we are facing a legislative phenomenon of a person being held responsible for the payment of the tax together with others, due to facts directly referable to them and that "occurs every time the effect of a cer-

(56) On this point see F. Bosello, *L'imposta sul valore aggiunto*, Milan, 1977, 67, which indicates, "the real taxable person continues to be the non-resident unless joint liability exists".

(57) This view is opposed by the Tax Commission of First Instance of Rome, Section XVIII, 24 November 1988, 1988 (see in *Ipsos*, VAT Code *sub* Art. 17, n. 34) specifying that the foreign company becomes "the taxable person following the designation of his representative within the territory of the State" and also A. Di Pietro, *La responsabilità tributaria*, 233 and ff., who affirms that in the absence of a fixed establishment, "the presence of a representative for tax relations in Italy allows the foreign company to acquire the *status* of VAT taxable person which would otherwise not be acknowledged". Of this opinion also the resolution n. 465279, 23 December 1991 (in *Dir. Prat. trib.*, 1992, I, 775) indicating that "recourse to a representative provides the foreign person with the *status* of taxable person, even assigning a VAT number to the same, resulting in the fact that the operations carried out by the foreign company, obviously having the requisite of territoriality according to the criteria in Art. 7 of the quoted D.P.R. n. 633 - 1972, must be registered by the representative for VAT purposes". This ministerial decision overrules the previous ministerial resolution n. 25471/13088R - 2 December 1976 of the tax departmental inspectorate of Florence (in *Dir. prat. trib.*, 1977, I, 1868) which correctly specified that the person represented was already *himself* subject to tax, being the taxable person".

(58) On the responsible for the payment of tax see further A. Fantozzi, *Diritto*, 260.

tain case in point is assumed as a constituent element of another" (59). Therefore, as already clearly indicated, tax responsibility occurs on the basis of the combined application of one regulation that outlines the tax obligation and another with which "it establishes the obligation of another person, together with or in addition to the first person liable to pay tax" and this occurs, regarding Art. 17 (1) and (2) of the VAT Decree, also in the new Decree implementing the Community Directive n. 65 of 2002 (60).

(59) Of this opinion is P. Russo, *Manuale*, 182, who achieves such conclusion on the basis of the substantial nature of the relationship.

(60) This is the definition of E. Allorio, *Diritto processuale tributario*, 5th edition, Turin, 1969, 145, which indicates how the two obligations "have the same legal structure but are classified at different levels: one, as the principle obligation and the other as the obligation guaranteeing (normally joint) the principle obligation". On the same terms see F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Milan, 2000, 111, according to which the person responsible is jointly liable in subordinate and not equal terms.

For an opposite view see C. Bafile, *Responsabile d'imposta (dir. trib.)*, in *App. Nss dig.*, VI, 1986, 630, who states that joint obligation to pay the tax in relation to persons bound by a representative mandate does not determine tax responsibility, while A. Parlato, *Responsabile d'imposta*, in *Enc. giur.*, 1987, 5, excludes the VAT representative from the list of persons liable to pay tax in the presence of two distinct cases in point and two distinct legal relationships where the first is based on imputing the taxable event to the person subject to main liability, while the second case in point arises from the "effect of the first (general presupposition) and from a specific presupposition generating the extension of responsibility".



L'Editore Tributario

1977-2003

il fisco RIVISTA

Settimanale Tributario

**RASSEGNA
TRIBUTARIA**

Bimestrale di dottrina

fiscorol[®]

il fisco on line
aggiornamento fiscale on line

fiscorem[®]

il fisco E-Mail

fiscosnap[®]

"il fisco" su internet in formato PDF

fiscotronic[®]

Raccolta annuale
de "il fisco" su cd rom

fiscovideo[®]

Banca dati tributaria
11 cd rom all'anno

fisconline[®]

Banca dati tributaria
on line in tempo reale

impresa

Mensile di diritto societario
e dell'impresa

**Codice Tributario
P. Marino**

Annuale

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
Quadrimestrale

RIVISTA DELLA PREVIDENZA PUBBLICA E PRIVATA
Bimestrale

RIVISTA GIURISPRUDENZA DELLE IMPOSTE - ASSONIME
Bimestrale

ET  **DEAGOSTINI
PROFESSIONALE SPA**

Sezione II - Giurisprudenza
Section II - Decisions of the Courts

II – A) Giurisprudenza dell’Unione Europea
EU Case-law

Corte di Giustizia delle Comunità europee
European Court of Justice

* * * * *

JUDGMENT OF THE COURT (Fifth Chamber)
30 May 2002 (Case C-516/99)

**Concept of ‘court or tribunal of a Member State’ within the meaning
of Article 234 EC - Lack of jurisdiction of the Court of Justice**

The fact that, in practice, the President of the regional finance authority does not himself, as, in law, he may, assume the presidency of the appeal chamber and nominates for that purpose another member of the tax authority, and the fact that the second member of the chamber belonging to the tax authority does not intervene on the questions and procedures with which he is usually involved within that administrative authority do not suffice to guarantee the independence of an appeal chamber.

197

REFERENCE to the Court under Article 234 EC by the Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland (Austria) for a preliminary ruling in the proceedings brought by

Walter Schmid

on the interpretation of Articles 73b and 73d of the EC Treaty (now Articles 56 EC and 58 EC),

THE COURT (Fifth Chamber),
gives the following Judgment

The Court of Justice of the European Communities has no jurisdiction to answer the questions referred by the Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, by order of 2 December 1999.

The notion of national jurisdiction in European Tax Law

This case offers some hints for an analysis of substantive and procedural issues of European tax law.

The substantive problem involves the non-applicability to foreign-source dividends of the tax regime that reduces the taxable base for dividends paid to Austrian resident individuals; this makes investments in foreign companies less attractive to them and raises compatibility issues with the free movement of capital.

The European Court of Justice (hereinafter: the Court) did not state on such facts, being this precluded from the procedural issues related to the jurisdictional nature of the national body – the Appeal Chamber (*Berufungssenat*) of the Austrian Revenue Commissioner for the *Länder of Lower Austria, Vienna and Burgenland* – making reference for a preliminary ruling.

The solution to the (properly raised) compatibility issues with the free movement of capital is therefore postponed to the preliminary ruling requested to the Court by the Austrian Supreme Administrative Court (*Verwaltungsgerichtshof*) on a similar case (1).

By contrast, it is appropriate to make some commentaries on a procedural issue tackled by this decision, such as the refusal to regard the Appeal Chamber as a jurisdictional body for Community law purposes.

Tax litigation in Austria is based on two instances, the first of which – until 31 December 2002 – represents an administrative proof of the assessment, which is carried out by an *ad hoc* administrative body (i.e. the *Berufungssenat*), set up within the office of the Austrian *Länder* Revenue Authority (2). This body, chaired by the President of the competent Austrian *Länder* Revenue Authority (or by a tax official appointed by him), is mainly composed by independent persons. Moreover, also the two tax officials who are members of the body are not bound by ministerial interpretation when exercising such function. The second instance takes place before a body having an undoubted jurisdictional nature, the Supreme Administrative Court (*Verwaltungsgerichtshof*).

(1) The request for a preliminary ruling on the *Anneliese Lenz* case has been referred to the Court of Justice on 27 August 2002.

(2) Effective 1.1.2003 (with no *perpetuatio jurisdictionis*), Austrian law has been reformed, so as to replace the first instance, currently held before the *Berufungssenat* of the Revenue Commissioner, with a new procedure held before an independent body competent for public financial matters (*unabhängigen Finanzsenates*). See further on this Lang, M., *Die Reform des abgabenrechtlichen Rechtsmittelverfahrens*, in *Steuer- und Wirtschafts-Kartei-Heft 20/21*, 15. Juli 2002, at 543 and ff., who holds the view that not even after the reform there would be a proper tax jurisdictional body (*Finanzgericht*) of first instance. Such conclusion, not unanimously shared by Austrian scholars, would nevertheless not preclude that the European Court of Justice may regard such body as a jurisdiction for the purpose of Community law.

According to the settled case-law of the Court, the jurisdictional nature of the body making reference for a preliminary ruling according to Article 234 of the EC Treaty must be determined on the basis of Community law alone, by characterising its legal nature independently from domestic law.

For the purposes of Community law the jurisdictional nature should allow the Court's preliminary ruling to have an *effet util* (thus not being a mere non-binding opinion), deal with an effective case, duly raised in a legal context ensuring protection of fundamental rights.

Such goals have been consistently expressed by the Court (also in this decision), which ascertains the jurisdictional nature based on a number of factors, such as "whether the body is established by law, whether it is permanent, whether its jurisdiction is compulsory, whether its procedure is *inter partes*, whether it applies rules of law and whether it is independent" (3).

Until now it seemed that this evaluation did not necessarily require all six mentioned elements, or at least that they did not have to be interpreted in a strict way. Such conclusion was possibly justified in the light of the function of the Court's preliminary rulings: allowing the correct application of Community law in compliance with *effet util*, as well as in an effective and prompt way. Also the wording of the Court's statement confirmed this interpretation, by making reference to "a number of factors, such as" and its equivalents in the other EU official languages, so that one could conclude that the list of elements was neither cumulative, nor exhaustive. Furthermore, such interpretation was supported by the fact that the Court accepted to state a preliminary ruling on Swedish cases raised in the framework of domestic ruling procedures originated before a non-jurisdictional body (4), as well as on Spanish cases referred to by bodies that did not ensure an *inter partes* procedure (5).

By contrast, the Court denies its jurisdiction to state on this case, being it referred by a body that may not be regarded as a jurisdiction for the purpose of Community law. This position is motivated on the fact that the referring body is not acting as a third party in relation to the case, so that it may not be regarded as independent (6).

(3) See paragraph 24 of the decision.

(4) See decision of 12.11.1998, case C-134/97, *Victoria Film* and the decision of 18.11.1999, case C-200/98, *X and Y*.

(5) See decision of 21.3.2000, joined cases C-110/ to 147/98, *Gabalfrisa et aa*.

(6) See paragraphs 35 and 36.

The Court holds thus a stricter view when considering the jurisdictional nature of the referring body. Such view is probably irreprehensible from the perspective of domestic law, since the proof of assessment by the Appeal Chamber is indeed made in first instance by an administrative body.

However, one should also ascertain whether the position of the Court also properly considered the actual facts and may therefore comply with the function of preliminary rulings in the context of Community law.

Some doubts may arise when the Court, having ascertained that the Appeal Chamber is linked to the organisation of the Revenue Authority, rejects that a separation of functions exists between them, even if the EU Commission and the Austrian Government held the opposite view based on the legal protection granted by the Austrian Federal Tax Code (7). Indeed, the two "non-independent" members (i.e. tax officials, subject to an organisational link with the Austrian *Länder* Tax Authority) of the Appeal Chamber were not subject, when exercising such function, to directions received from the Ministry (8), swore an oath to take impartial decisions (9) and – in case of legitimate suspicion – must withdraw (10) (or otherwise be forced to do so) (11).

Furthermore, it may be questioned that, from the perspective of Community law, an order to make reference to the Court by a body mostly composed of independent members from tax administration – and thus a fully independent body – may preclude the preliminary ruling mechanism to achieve its goals.

Despite such criticism and doubts, it is certain that – unless new *revirements* occur – the operative framework of preliminary rulings before the ECJ shall be narrower from this moment on.

Probably, one should exclude the possibility to make reference to the Court for issues raised in the context of domestic ruling procedures. Such considerations should not only apply to mechanisms that – as in most Italian

(7) The EU Commission and the Austrian Government invited the Court to affirm its jurisdiction and state on the facts based on the fact that the Appeal Chamber – mainly composed of members not related to tax authorities – could enjoy some sufficient degree of independence.

(8) Article 271 (1) of the Austrian *Bundesabgabenordnung* (BAO).

(9) Article 271 (2) BAO.

(10) Article 283 (3) BAO.

(11) Surprisingly, the Court explicitly acknowledges such obligations in paragraph 20 of its decision and then states (paragraph 40) that the second member of the Appeal Chamber tax official is anyway "subject to the directions of his hierarchical superiors".

domestic tax ruling procedures – result in a formal statement by tax authorities, but also to those – as for instance the Italian *interpello correttivo* ruling procedure in respect of tax avoidance schemes – that require an opinion by a mixed commission and those – such as the Swedish and Finnish tax rulings – admit an appeal before a body that is regarded as jurisdictional also by domestic law.

However, it seems that the exact range of this decision in procedural and substantial terms shall become clearer only after the ruling on the case that the Austrian Supreme Administrative Court has referred to the Court on a similar situation (12).

Pasquale Pistone

(12) See footnote 1.

SENTENZA DELLA CORTE (Quinta Sezione)

30 maggio 2002 (procedimento C-516/99)

**Libertà di circolazione dei capitali - Giurisdizione nazionale
ai sensi dell'art. 234 CE - Incompetenza della Corte**

L'organo di riesame degli atti di accertamento, anche quando composto in maggioranza da componenti indipendenti ed integrato da componenti in rapporto organico con l'amministrazione finanziaria e non vincolati dalle istruzioni di quest'ultima, non ha natura giurisdizionale per il diritto comunitario, in quanto non indipendente.

Nel procedimento avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 234 CE (divenuto art. 234 CE), dal *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland* (Austria), nella causa promossa da

Walter Schmid

domanda vertente sull'interpretazione degli artt. 73 B e 73 D del Trattato CE (divenuti artt. 56 CE e 58 CE),

202

LA CORTE (Quinta Sezione),

...(omissis)...

ha pronunciato la seguente

Sentenza

1. Con ordinanza 2 dicembre 1999, pervenuta alla Corte il 30 dicembre successivo, il *Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland* (quinta sezione d'appello della direzione regionale delle finanze per Vienna, la Bassa-Austria e il Burgenland), ha sottoposto alla Corte, a norma dell'art. 234 CE, due questioni pregiudiziali relative all'interpretazione degli artt. 73 B e 73 D del Trattato CE (divenuti artt. 56 CE e 58 CE).
2. Tali questioni sono state sollevate nell'ambito di un procedimento d'appello proposto dal sig. Schmid, domiciliato in Austria, avverso l'accertamento dell'imposta sul reddito per l'anno 1997 emesso dal *Finanzamt für den 9., 18. e 19. Bezirk in Wien* (servizio delle imposte del 9°, 18° e 19° circondario di Vienna), al fine di ottenere una riduzione dell'imposta sui

dividendi che gli sono stati versati da una società con sede in uno Stato membro diverso dalla Repubblica d'Austria.

Ambito giuridico nazionale

3. Le disposizioni che rilevano nell'ambito della controversia di cui alla causa *a qua* sono quelle contenute nell'Einkommensteuergesetz 1988 (legge del 1988 relativa all'importo sul reddito, BGBl. 1988, pag. 400; in prosieguo: la "EStG").
4. L'art. 93, nn. 1 e 2, punto 1, lett. a), della EStG, come modificato dalla legge federale pubblicata sulla BGBl. 1996, pag. 201, dispone, per quanto riguarda i redditi da capitali soggetti a ritenuta d'imposta:
"1) Con riguardo a redditi da capitale nazionali (secondo comma) (...), l'imposta sui redditi viene riscossa mediante ritenuta fiscale applicabile ai redditi da capitali medesimi (Kapitalertragsteuer - ritenuta sui redditi da capitale).
2) I redditi da capitale sono considerati nazionali quando l'erogatore di tali redditi possiede la propria residenza, la propria direzione e la propria sede sul territorio nazionale ovvero quando costituisca una filiale sul territorio nazionale di un istituto di credito e si tratti di uno dei seguenti redditi da capitale:
1. a) partecipazione agli utili (dividendi), interessi ed altri proventi da azioni, quote di società a responsabilità limitata (...)"
5. Conformemente all'art. 95, n. 1, della EStG, come modificata con legge federale pubblicata sulla BGBl. 1996, pag. 201, l'imposta sul reddito dei capitali ammonta al 25%.
6. L'art. 97 della EStG, come modificato con legge federale pubblicata sulla BGBl. 1996, pag. 797, prevede:
"1) Per le persone fisiche e le persone giuridiche che possiedano redditi da capitali, l'imposta sui redditi delle persone fisiche (imposte sui redditi delle persone giuridiche) relative ai redditi da capitale, soggetti alla tassazione prevista dal paragrafo 93, secondo comma, n. 3, (...) si intende assolta con l'applicazione della ritenuta fiscale. Per le persone fisiche tale principio si applica anche ai redditi di capitale ai sensi del paragrafo 93, secondo comma, n. 1 (...).
2) Per le persone fisiche e le persone giuridiche che possiedano redditi di capitale, l'imposta sui redditi (imposte sui redditi delle persone giuridiche) relativi a redditi di capitale nazionali conseguiti da titoli di credito non soggetti alla ritenuta sui redditi di capitale si intende assolta mediante versamento in autotassazione all'ente erogatore dei dividendi di un importo pari alla ritenuta sui redditi di capitale (...).
3) In caso di assolvimento dell'imposta ai sensi dei precedenti primo o secondo comma, i redditi di capitale non vengono più presi in conside-

razione né ai fini della determinazione complessiva dei ricavi né dei redditi (paragrafo 2, secondo comma). Tale principio si applica unicamente ai fini della determinazione dell'imposta sui redditi del contribuente.

(...)"

7. L'art. 37, nn. 1 e 4, della EStG, come modificato con legge federale pubblicata sulla BGBl. 1996, pag. 797, disciplina la possibilità di optare per il regime a tasso ridotto della metà (procedimento detto "di tasso ridotto della metà" - "Halbsatzverfahren"), la quale riguarda l'imposta sui redditi dovuti a titolo di partecipazione in società:

"1) L'aliquota fiscale si riduce, per quanto riguarda
- i proventi da partecipazioni (quarto comma),

(...)

al 50% dell'aliquota fiscale media applicabile al reddito complessivo (...).

(...)

4) Costituiscono proventi da partecipazioni

1. Redditi da partecipazioni:

a) Partecipazioni agli utili di qualsiasi genere derivanti da partecipazioni a società di capitali nazionali ovvero da quote in cooperative commerciali o di lavoro e di consumo nazionali sottoforma di quote di società o di cooperative (...)

(...)"

Controversia di cui alla causa *a qua* e le questioni pregiudiziali

8. Il sig. Schmid è domiciliato in Austria. Nel 1997, una parte dei suoi redditi era costituita da dividendi di azioni detenute nella società MAN AG, con sede in Germania.
9. Per il 1997, l'amministrazione fiscale austriaca ha incluso nella base imponibile sul reddito del sig. Schmid i dividendi provenienti da azioni di origine straniera da lui percepiti. L'aliquota di imposta media applicabile ai redditi del sig. Schmid, calcolata sulla base dell'insieme dei redditi di origine austriaca, dei redditi dei suoi capitali e dei suoi redditi di provenienza estera era del 27,17%. I redditi delle azioni di origine straniera detenute dal sig. Schmid sono state imposte a tale aliquota.
10. L'imposta sul reddito dei capitali, già pagata dal sig. Schmid nella Repubblica federale di Germania, è stata integralmente imputata sul suo debito fiscale in Austria.
11. Il 3 dicembre 1998, il sig. Schmid interponeva appello avverso il suo accertamento d'imposta a titolo di imposta sul reddito del 1997. Con lettera 3 giugno 1999, chiedeva alla quinta sezione d'appello della direzione regionale delle finanze per Vienna, Bassa-Austria e il Burgenland, che era l'amministrazione fiscale di secondo grado, di decidere sul suo ricorso. Chiedeva, in

particolare, che i dividendi percepiti a titolo di azioni detenute nella MAN AG, siano assoggettati ad un'aliquota d'imposta pari alla metà di quella applicata ai suoi altri redditi, mentre che il combinato disposto dell'art. 37 dell'ESTG e dell'art. 97 della medesima legge, nella loro versione in vigore all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, non offrono al contribuente che percepisce dividendi da società di capitali con sede al di fuori dell'Austria la possibilità di optare per un'imposta all'aliquota ridotta della metà. Infatti, per un contribuente trovandosi in una siffatta situazione, i redditi da capitali che risultano dalla partecipazione in società situate in uno Stato diverso dalla Repubblica d'Austria vengono aggiunti ai suoi altri redditi soggetti all'imposta sul reddito all'aliquota di imposta media che ne consegue.

12. La quinta sezione d'appello vuole sapere se una normativa come quella prevista dagli artt. 37, nn. 1 e 4, e 97 dell'ESTG, nella loro versione in vigore all'epoca dei fatti di cui alla causa principale, sia compatibile con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei capitali.
13. Infatti, da un lato, i dividendi provenienti da azioni di origine austriaca sono soggetti in Austria all'imposta sui redditi di capitali, che assume in linea di principio la forma di una trattenuta alla fonte presso la società distributrice di dividendi ed ha un carattere liberatorio, con la conseguenza che essi non sono inclusi nella base imponibile sul reddito. Il contribuente può tuttavia chiedere che tali dividendi non vengano soggetti alla ritenuta alla fonte a titolo dell'imposta sul reddito di capitali, ma siano inclusi nella base di imponibile dell'imposta sul reddito, nel qual caso essi sono soggetti a tale imposta ad un'aliquota di imposta pari alla metà dell'aliquota di imposta media alla quale sono soggetti i suoi altri redditi.
14. Dall'altro lato, i dividendi provenienti da azioni di origine straniera, che non sono soggetti in Austria alla ritenuta alla fonte che ha carattere liberatorio a titolo di imposta sul reddito da capitali, essi sono ivi, di conseguenza, integralmente soggetti all'imposta sul reddito e non possono del resto beneficiare dell'applicazione dell'aliquota di imposta ridotta della metà.
15. La quinta sezione d'appello vuole sapere se tale distinzione sia in contrasto con l'art. 73 B, n. 1, del Trattato e, se del caso, essa potesse essere giustificata ai sensi dell'art. 73 D, n. 1, lett. a), del Trattato. Il fatto che le società austriache distributrici di dividendi siano già state soggette in linea generale ad un'imposta sulle società del 34% potrebbe costituire una siffatta giustificazione. Essa non è tuttavia sicura di poterne dedurre una giustificazione obiettiva degli svantaggi che subiscono i contribuenti la cui situazione implica un elemento di estraneità.
16. Ciò considerato, la quinta sezione d'appello della direzione regionale delle finanze per Vienna, la Bassa-Austria ed il Burgenland ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

"1) Se le disposizioni di cui all'art. 73 B, primo comma, nel combinato disposto con le disposizioni di cui all'art. 73 D, n. 1, lett. a) e b), e n. 3, del Trattato CE [divenuto art. 56, primo comma, CE nel combinato disposto all'art. 58, n. 1, lett. a) e b), e n. 3, CE] ostino ad una disciplina, del genere di quella contenuta nell'art. 97 della EStG 1988 (legge in materia di imposte sui redditi), BGBl. 1988, pag. 400, nel testo pubblicato in BGBl. 1996, pag. 797, ai sensi della quale [in base al disposto di cui al paragrafo 1, primo comma, n. 1, lett. c), dell'Endbesteuerungsgesetzes (legge sulla tassazione complessiva; BGBl. 1993, pag. 11)], la tassazione complessiva dei dividendi, interessi ed altri redditi derivanti da azioni estere è esclusa, ove l'aliquota della ritenuta fiscale applicabile alle azioni nazionali ammonta al 25% e quella applicabile alle azioni estere può ammontare sino al 50%.

2) Se le disposizioni di cui all'art. 73 B, primo comma, del combinato disposto con le disposizioni di cui all'art. 73 D, n. 1, lett. a) e b), e n. 3, del Trattato CE [divenuto art. 56, primo comma, CE nel combinato disposto all'art. 58, n. 1, lett. a) e b), e n. 3, CE] ostino ad una disciplina, del genere di quella contenuta nel paragrafo 37, primo e quarto comma, della EStG 1988 (in BGBl. 1988, pag. 400), a termini della quale gli utili di qualsiasi genere derivanti da partecipazioni a società di capitali nazionali costituite da quote societarie beneficiano di un'agevolazione consistente nell'applicazione di un'aliquota fiscale media applicata sulla metà dell'intero reddito, mentre gli utili di qualsiasi genere derivante da una partecipazione a società di capitali con sede e direzione in un altro Stato membro ovvero in uno Stato terzo non godono di tale beneficio".

206

Sulla competenza della Corte

17. *In limine*, occorre verificare se la quinta sezione d'appello sia giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 CE.

La normativa nazionale relativa alle sezioni di appello delle direzioni regionali delle finanze

18. L'art. 263, n. 1, della Bundesabgabenordnung (codice federale delle imposte; in prosieguo: la "BAO") prevede la creazione, per ciascun Land, di una commissione d'appello, le cui cause sono poste sotto la direzione del presidente della direzione regionale delle finanze. Ciascuna commissione di appello è composta, da un lato, da membri nominati dalle organizzazioni di categoria istituite per legge e, dall'altro, da membri nominati dal Ministro federale delle Finanze o dal presidente della direzione regionale dell'amministrazione finanziaria (art. 263, n. 2, della BAO) o dal presidente della dire-

- zione regionale delle Finanze. L'art. 267, n. 1, della BAO prevede che il mandato dei membri delle commissioni di appello è di una durata di sei anni.
19. Ai sensi dell'art. 270, n. 1, della BAO, il presidente della direzione regionale delle finanze forma le sezioni di appello e ne designa i membri a partire dagli elenchi dei membri della commissione di appello. In applicazione del paragrafo 3 del detto articolo, ciascuna camera di appello è composta da cinque membri: un presidente, la cui funzione spetta al presidente della direzione regionale delle finanze (o a un funzionario dell'amministrazione delle finanze da lui nominato), un altro membro dell'amministrazione fiscale, nonché tre membri scelti tra i delegati delle organizzazioni professionali di categoria presso la commissione d'appello. Nessuna disposizione disciplina la questione della durata del mandato dei membri delle sezioni d'appello.
 20. I membri delle sezioni di appello non sono soggetti, nell'esercizio delle loro funzioni, ad alcuna istruzione (art. 271, n. 1, della BAO). Essi prestano giuramento sull'onore di adottare decisioni imparziali (art. 271, n. 2, della BAO). In caso di legittima suspicione, essi debbono ricusarsi (art. 283, n. 3, della BAO).
 21. Gli artt. 260, n. 2, e 261 della BAO definiscono i casi nei quali la sezione d'appello è competente a statuire. A tenore dell'art. 243 della BAO, l'appello è il solo mezzo di ricorso legale previsto per ricorrere avverso una decisione dell'amministrazione tributaria.
 22. Un procedimento orale dinanzi alla sezione d'appello si tiene se il presidente della sezione lo ritiene necessario, se la sezione lo decide su richiesta di uno dei suoi assessori o se una delle parti ne fa richiesta (art. 284, n. 1, della BAO). L'amministrazione fiscale che ha adottato la decisione impugnata non è essa stessa parte del procedimento dinanzi alla sezione d'appello.
 23. La sezione di appello è abilitata a modificare sotto tutti gli aspetti la decisione impugnata nonché ad annullarla (art. 289, n. 2, della BAO).
 24. Dall'art. 18, n. 1, della Bundesverfassungsgesetz (legge federale costituzionale), risulta che la sezione di appello non statuisce secondo equità, ma mette in opera norme di legge.
 25. Stando ai documenti versati agli atti presentati alla Corte è possibile proporre un ricorso avverso la decisione pronunciata da una sezione d'appello dinanzi al Verwaltungsgerichtshof (tribunale amministrativo) o, se il motivo del ricorso è l'incostituzionalità, dinanzi al Verfassungsgerichtshof (corte costituzionale). In particolare, il presidente della direzione regionale delle finanze ha la facoltà di proporre un ricorso avverso la decisione della sezione d'appello presso il tribunale amministrativo (art. 292 della BAO).
 26. Le possibilità di correggere a posteriori la decisione della sezione d'appello sono definite dalla legge: esse consentono di correggere errori ma-

nifesti [artt. 293, 293 lett. a), e 293, lett. b), della BAO], annullare o modificare decisioni relative a vantaggi concessi in caso di mutamento di situazione (art. 294 della BAO) o di adattare una decisione derivata alla modifica dell'avviso di pagamento (art. 295 della BAO).

27. Una decisione della sezione di appello può essere annullata dal Ministero delle Finanze solo a motivo della illegittimità del suo contenuto, allorquando essa viene impugnata mediante ricorso presso la corte amministrativa o la corte costituzionale (art. 299 della BAO).

Osservazioni sottoposte alla Corte

28. A parere del governo austriaco, della Commissione e dello stesso ente che ha operato il rinvio, un'autorità, come la quinta sezione d'appello deve essere considerata come una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE.
29. A loro avviso, una siffatta autorità soddisfa le condizioni poste dalla giurisprudenza della Corte, in particolare nella sentenza 17 settembre 1997, causa C-54/96, Dorsch Consult (Racc. pag. I-4961, punto 23, e la giurisprudenza citata), e cioè l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche, nonché la sua indipendenza.
30. Per quanto riguarda più precisamente il requisito dell'indipendenza, la quinta sezione d'appello sostiene che, conformemente all'art. 271, n. 1, della BAO, i membri delle sezioni di appello non sono, nell'esercizio delle loro funzioni, soggetti ad alcuna istruzione.
31. Per il governo austriaco l'indipendenza di un organo come una sezione d'appello non deriva esclusivamente dall'assenza di obblighi di eseguire istruzioni. Sottolinea infatti che critiche sono state sollevate nella dottrina nazionale circa il doppio ruolo del presidente della direzione regionale delle finanze, il quale, da un lato, è il capo di tale amministrazione finanziaria e, dall'altro, interviene nella composizione delle sezioni di appello e, circa la doppia funzione del funzionario della direzione regionale delle finanze, che è altresì membro della sezione d'appello, il quale, da un lato, è legato da istruzioni nell'ambito del suo servizio e, dall'altro lato, non è soggetto a nessuna istruzione in quanto membro della sezione di appello.
32. Il governo austriaco ritiene che tali obiezioni possono essere accantonate alla luce della prassi, la quale garantirebbe, per quanto riguarda i due membri della sezione d'appello appartenenti all'amministrazione finanziaria, l'esistenza di una separazione funzionale tra la sezione d'appello, chiamata a statuire sui reclami proposti contro le decisioni adottate dall'amministrazione regionale delle finanze, e i servizi di tale ammi-

nistrazione le cui decisioni vengono contestate. Così, nei fatti, il presidente di una direzione generale delle finanze non eserciterebbe egli stesso la funzione di presidente della sezione d'appello, e designerebbe un funzionario dell'amministrazione fiscale per esercitare tale funzione. Del resto, il secondo membro della sezione d'appello che proviene dall'amministrazione fiscale interverrebbe, nella sua qualifica di membro della sezione d'appello, solo al di fuori dei settori e dei procedimenti ai quali egli è normalmente preposto nella sua qualità di funzionario della detta amministrazione.

33. La Commissione rileva che, in quanto organi dell'amministrazione tributaria di secondo grado (art. 260, n. 2, della BAO), le sezioni d'appello sono integrate in questa amministrazione, quanto meno sul piano organizzativo. Essa ritiene tuttavia che vari elementi sono idonei a garantire l'indipendenza delle sezioni d'appello rispetto alla detta amministrazione: in primo luogo, la composizione delle sezioni d'appello, la cui maggioranza dei membri non proviene dall'amministrazione fiscale ma è delegata da organizzazioni professionali di categoria (art. 270, n. 3, della BAO); inoltre, la garanzia espressa dell'assenza di qualsiasi istruzione data ai membri delle sezioni di appello (art. 271, n. 1, della BAO) e l'obbligo, per questi ultimi, di ricusarsi in caso di legittima suspicione (art. 283 della BAO); infine, la facoltà per il presidente della direzione regionale delle finanze di introdurre presso la corte amministrativa un ricorso avverso la decisione della sezione di appello (art. 292 della BAO), la quale potrebbe indicare che le sezioni di appello possono adottare una decisione sfavorevole all'amministrazione tributaria.

Giudizio della Corte

34. Secondo la costante giurisprudenza per valutare se l'organo remittente possenga le caratteristiche di un giudice ai sensi dell'art. 234 CE, questione unicamente di diritto comunitario, la Corte tiene conto di un insieme di elementi quale l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente (v., in particolare, sentenze Dorsch Consult, già citata, punto 23, e giurisprudenza ivi citata, e 21 marzo 2000, cause riunite da C-110/98 a C-147/98, Gabalfrisa e a., Racc. pag. I-1577, punto 33).
35. Senza che occorra esaminare se le sezioni di appello soddisfino le altre condizioni che consentono di qualificare un'autorità come giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, si deve constatare che non sembra che la condizione dell'indipendenza sia soddisfatta.

36. Si deve ricordare a questo proposito che la nozione di giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE può designare solo un'autorità che si trovi in posizione di terzietà rispetto a quella che ha adottato la decisione che costituisce oggetto del ricorso (sentenza 30 marzo 1993, causa C-24/92, Corbiau, Racc. pag. I-1277, punto 15).
37. L'autorità dinanzi alla quale viene proposto un ricorso avverso una decisione adottata dai servizi di un'amministrazione può essere considerata in posizione di terzietà rispetto a tali servizi, e pertanto come una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE, quando presenta un rapporto organico con la detta amministrazione (v., in questo senso, la citata sentenza Corbiau, punto 16), a meno che il contesto giuridico nazionale sia idoneo a garantire una separazione funzionale tra, da un lato, i servizi dell'amministrazione di cui vengono impugnate le decisioni e, dall'altro lato, l'autorità che decide sui reclami proposti avverso la decisione dei detti servizi senza ricevere alcuna istruzione dalle amministrazioni da cui tali servizi dipendono (v., in questo senso, citata sentenza Gabalfrisa e a., punto 39).
38. Orbene, si deve constatare che una sezione di appello presenta, con la direzione regionale delle finanze da cui promanano le decisioni contestate dinanzi ad essa, un rapporto organico e funzionale che si oppone a che sia ad essa riconosciuta la qualifica di terzi rispetto a tale amministrazione.
39. Infatti, per quanto riguarda, in primo luogo, l'esistenza di un rapporto organico, è pacifico che due dei cinque membri della sezione di appello appartengono all'amministrazione tributaria. E' degno di rilievo a questo proposito che il presidente della direzione regionale delle finanze sia membro di diritto della sezione d'appello, di cui egli esercita le funzioni di presidente, quanto meno secondo la formulazione della legge.
40. Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'esistenza di un rapporto funzionale, si deve ricordare, innanzi tutto, che il funzionario della direzione regionale delle finanze che è il secondo membro della sezione d'appello, proveniente dall'amministrazione tributaria, continua, del resto, ad esercitare la sua attività in seno a tale amministrazione e, a tale titolo, è soggetto alle istruzioni dei suoi superiori gerarchici.
41. Infine, dall'art. 270, n. 1, della BAO risulta che il presidente della direzione regionale delle finanze ha il potere di designare i membri delle sezioni d'appello sulla base degli elenchi dei membri della commissione di appello. Nessuna disposizione di legge impedisce di modificare discrezionalmente la composizione di una sezione di appello per l'istruzione di ciascun reclamo, anche in corso di istruzione di un reclamo. In assenza di espressa disposizione legislativa che stabilisca la durata del mandato dei membri delle sezioni di appello e precisi i casi di revoca, questi ulti-

mi non possono essere considerati poter fornire garanzie contro indebiti interventi o pressioni da parte del potere esecutivo (v., in questo senso, sentenza 4 febbraio 1999, causa C-103/97, Köllensperger e Atzwanger, Racc. pag. I-551, punto 21).

42. Infine e soprattutto, il presidente della direzione regionale delle finanze può - essendo del resto soggetto alle eventuali istruzioni del Ministero delle Finanze - proporre un ricorso avverso una decisione di una sezione di appello (art. 292 della BAO) e difendere in tale situazione un punto di vista diverso da quello accolto dalla sezione da esso presieduta.
43. Ciò considerato, né il divieto sancito dall'art. 271, n. 1, della BAO di ricevere istruzioni nell'esercizio delle funzioni di membro di una sezione di appello, né la circostanza che, nella pratica, il presidente della direzione regionale delle finanze rinuncerebbe ad esercitare egli stesso le funzioni di presidente della sezione di appello che gli spettano di diritto e tal fine designerebbe un altro membro dell'amministrazione tributaria, né il fatto che il secondo membro della sezione appartenente all'amministrazione tributaria non interverrebbe sulle questioni e nei procedimenti per i quali è normalmente incaricato in seno a tale amministrazione, sono sufficienti a garantire l'indipendenza di una sezione di appello.
44. Dalle considerazioni che precedono consegue che una sezione di appello non costituisce una giurisdizione ai sensi dell'art. 234 CE e che, di conseguenza, la Corte non è competente a risolvere le questioni sottoposte dalla quinta sezione di appello.

211

Sulle spese

45. Le spese sostenute dai governi austriaco e francese, come pure 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)

dichiara e statuisce:

La Corte di giustizia delle Comunità europee non è competente a risolvere le questioni sottoposte dal Berufungssenat V der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland, con ordinanza 2 dicembre 1999.

Il concetto di giurisdizione nazionale per il diritto tributario comunitario

La fattispecie fornisce spunti per un'analisi di diritto tributario comunitario in chiave sostanziale e processuale.

Il problema sostanziale riguarda l'inapplicabilità della riduzione della base imponibile sui dividendi di fonte estera percepiti da una persona fisica residente in Austria, fatto che determina la non convenienza fiscale ad investire in partecipazioni societarie estere e solleva profili di dubbia compatibilità con la libertà di circolazione dei capitali.

La Corte di Giustizia (di seguito: la Corte) non si è pronunciata sul merito di tale problema, in quanto assorbito dai profili processuali relativi al riscontro della natura giurisdizionale dell'organo nazionale - ossia la Camera di Appello (*Berufungssenat*) della Direzione delle Entrate austriaca per i *Länder* di Bassa Austria, Vienna e Burgenland - che le ha rimesso la questione in via pregiudiziale.

La soluzione ai (fondati) dubbi di compatibilità con la libertà di circolazione dei capitali è così rimandata alla questione pregiudiziale di recente rimessa dal Tribunale Amministrativo Supremo Austriaco (*Verwaltungsgerichtshof*) alla Corte di Giustizia in merito ad una fattispecie analoga (13).

Diversamente, la pronuncia rende opportune alcune riflessioni sui profili processuali, relativamente al mancato riconoscimento della camera di appello quale organo giurisdizionale ai sensi del diritto comunitario.

Il contenzioso tributario austriaco si articola in due gradi, il primo dei quali - fino al 31.12.2002 - rappresenta un riesame amministrativo dell'atto e si svolge dinanzi ad un organo amministrativo *ad hoc* (appunto il *Berufungssenat*), costituito in seno alla Direzione delle entrate dei *Länder* (14). Tale organo, presieduto dal presidente della Direzione delle Entrate (o da un funzionario da lui nominato), è composto per la maggioranza da persone indipendenti. Peraltro, anche i due membri dell'amministrazione che ne fanno

(13) La questione pregiudiziale sul caso *Anneliese Lenz* è stata rimessa alla Corte di Giustizia il 27 agosto 2002.

(14) Con effetto dal 1.1.2003 (e senza *perpetuatio jurisdictionis*) la normativa austriaca è stata riformata in modo da prevedere la sostituzione del primo grado presso il *Berufungssenat* della Direzione delle Entrate con lo svolgimento di ogni controversia davanti ad un organo finanziario indipendente (*unabhängiger Finanzsenat*). Sul punto v. *amplius* Lang, M., *Die Reform des abgabenrechtlichen Rechtsmittelverfahrens*, in *Steuer- und Wirtschafts-Kartei-Heft* 20/21, 15. Juli 2002, pp. 543 e ss., secondo cui, nemmeno a seguito della riforma, sarebbe istituito un vero e proprio organo giurisdizionale tributario (*Finanzgericht*) di prima istanza. Tali conclusioni, peraltro non unanimemente condivise dalla dottrina austriaca, ovviamente non intaccano che la Corte di Giustizia possa in futuro qualificare tale organo come giurisdizionale ai sensi del diritto comunitario.

parte sono chiamati a pronunciarsi senza essere vincolati dalle interpretazioni fornite dal ministero delle Finanze. Il secondo grado si svolge innanzi ad un organo di indubbia natura giurisdizionale, il Tribunale Amministrativo Supremo (*Verwaltungsgerichtshof*).

Secondo la giurisprudenza consolidata della Corte, la natura giurisdizionale dell'organo che effettua il rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE va determinata sulla base del solo diritto comunitario, operando una qualificazione giuridica che prescinde dalla natura conferita all'organo stesso dalla normativa nazionale.

Per il diritto comunitario la natura giurisdizionale rileva per consentire che la pronuncia in via pregiudiziale della Corte sia resa in modo utile (e dunque non abbia funzione consultiva), tratti una questione effettiva, legittimamente sollevata in un contesto in cui siano rinvenibili le garanzie fondamentali per l'applicazione del diritto.

Queste finalità sono espresse dalla Corte con una formula ormai collaudata (e ribadita anche dalla sentenza in esame), secondo cui la natura giurisdizionale va riscontrata sulla base di un insieme di elementi, quali "l'origine legale dell'organo, il suo carattere permanente, l'obbligatorietà della sua giurisdizione, la natura contraddittoria del procedimento, il fatto che l'organo applichi norme giuridiche e che sia indipendente" (15).

Finora era sembrato che la valutazione non richiedesse necessariamente la contemporanea sussistenza di tutti e sei gli elementi testé menzionati, o quantomeno che gli stessi non dovessero essere interpretati in modo rigoroso. Tale conclusione sembrava innanzitutto giustificata dalla funzione delle pronunce della Corte in via pregiudiziale: garantire la corretta applicazione della normativa comunitaria in modo utile, effettivo e tempestivo. Del resto, anche il dato letterale forniva una conferma di tale interpretazione, impiegando l'espressione "un insieme di elementi, quali" ed i suoi equivalenti nelle altre lingue ufficiali comunitarie, così da consentire di ritenere che l'elenco di parametri non fosse necessariamente cumulativo, né tassativo. Inoltre, tale interpretazione era supportata dal fatto che la Corte aveva accettato di pronunciarsi su alcune questioni svedesi scaturite nel contesto di procedure di interpello davanti ad una commissione non avente carattere giurisdizionale (16), nonché su casi spagnoli rimessi da organi che non garantivano il contraddittorio (17).

21

(15) Cfr. paragrafo 34 della sentenza.

(16) Si vedano al riguardo la sentenza del 12.11.1998, sul caso C-134/97, *Victoria Film* e quella del 18.11.1999, sul caso C-200/98, *X e Y*.

(17) Cfr. la sentenza del 21.3.2000, cause riunite C-110/ a 147/98, *Gabalfrisa e aa.*

Diversamente, la sentenza in esame dichiara l'irricevibilità della questione, in quanto rimessa alla Corte da un organo privo di natura giurisdizionale per il diritto comunitario. La posizione è motivata sulla base della mancata posizione di terzietà rispetto alla fattispecie, privando così tale organo dell'indispensabile requisito dell'indipendenza (18).

Si afferma così un orientamento più restrittivo in merito all'individuazione della natura giurisdizionale dell'organo *a quo*. Tale orientamento sembrerebbe ineccepibile dalla prospettiva del diritto nazionale, giacché il riesame dell'atto di accertamento ad opera della camera di appello è pur sempre attuato in prima istanza da un organo amministrativo.

Tuttavia, occorre verificare se la posizione della Corte abbia tenuto debito conto della fattispecie e sia realmente in linea con la funzione svolta dal rinvio pregiudiziale nel contesto giuridico comunitario.

In particolare, qualche perplessità sorge allorché la Corte, dopo aver riscontrato il rapporto organico sussistente tra la camera di appello e l'amministrazione finanziaria austriaca, nega che tra le due sia rinvenibile una separazione funzionale, nonostante la Commissione ed il governo austriaco (19) abbiano invano sostenuto il contrario sulla base delle garanzie offerte dal codice tributario federale austriaco. Infatti, i due membri "non indipendenti" (e dunque legati da rapporto organico con l'Amministrazione finanziaria austriaca) della camera di appello non sono soggetti, nell'esercizio delle loro funzioni, ad alcuna istruzione ministeriale (20), giurano di adottare decisioni imparziali (21) e devono, in caso di legittima suspicione, ricusarsi (22) [*recitius*: astenersi o possono essere ricusati] (23).

Inoltre, sembra dubbio che nell'ottica del diritto comunitario una ordinanza di remissione alla Corte resa da un organo in cui la maggioranza dei

(18) Cfr. paragrafi 35 e 36 della sentenza.

(19) La Commissione ed il governo austriaco avevano invitato la Corte a pronunciarsi sul merito, tenuto conto del fatto che la camera di appello godeva di un certo grado di indipendenza in quanto composta in maggioranza da membri esterni all'amministrazione finanziaria.

(20) Art. 271 (1) della Legge Tributaria Generale Austriaca (BAO - *Bundesabgabeneordnung*).

(21) Art. 271 (2) BAO.

(22) Art. 283 (3) BAO.

(23) Colpisce allora che la Corte esplicitamente prenda atto di tali obblighi al paragrafo 20 della sentenza e poi, nel successivo paragrafo 40 afferma che il secondo funzionario è comunque "soggetto alle istruzioni dei suoi superiori gerarchici".

componenti è esterna all'amministrazione finanziaria - e dunque pienamente indipendente - possa impedire il conseguimento degli obiettivi del rinvio pregiudiziale.

Nonostante queste critiche e perplessità, sembra certo che - a meno di nuovi *revirements* della Corte - d'ora in poi il contesto operativo del rinvio pregiudiziale sia più limitato.

Probabilmente, dovrà escludersi ogni possibilità di rinvio per questioni sorte nel contesto di procedure di interpello. Tali considerazioni dovrebbero valere non soltanto per i casi in cui l'interpello - come nella gran parte delle procedure previste dell'ordinamento tributario italiano - si concretizzi in una pronuncia dell'amministrazione finanziaria, ma anche per quelli - come ad esempio l'interpello italiano (cd. correttivo) in tema di elusione - in cui si prevede il parere da parte di una commissione mista e per quelli - come gli interPELLI svedesi e finlandesi - appellabili presso un organo giurisdizionale anche nell'ottica della normativa nazionale.

Sembra però che l'esatta portata di questa sentenza in chiave processuale e sostanziale debba restare affidata alla pronuncia sulla causa che il Tribunale Amministrativo Supremo Austriaco ha rimesso alla Corte su una fattispecie analoga (24).

Pasquale Pistone

21

(24) V. nota 1.

Nelle librerie specializzate
o con richiesta diretta all'Editore

Raccolta Essenziale

Leggi Tributarie 2002

ROMA  MILANO

 **DEAGOSTINI
PROFESSIONALE**

Enrico De Mita
Prof. ord. Diritto Tributario
Università Cattolica - Milano

Pasquale Marino
Direttore
Rivista "il fisco"



CEDOLA RICHIESTA VOLUME di pagg. 1.104 "LEGGI TRIBUTARIE 2002"

Compilare e spedire insieme alla fotocopia
del versamento di € 13,00 sul c/c postale
n. 61844007 o con assegno bancario
non trasferibile intestato a

ETI De Agostini Professionale S.p.A.
Viale Maresciallo Pilsudski, 124
00197 Roma
(Tel. 06.32.17.538 - Fax 06.32.17.466)

Il sottoscritto _____

P. Iva _____

Cod. Fisc. _____

Via _____

Città _____

CAP _____

E-Mail _____

Telefono _____

Sezione III - Documentazione
*Section III - Laws, administrative practice
and other official documentation*

Parere del Comitato economico e sociale riguardante "L'imposizione diretta delle imprese"

(2002/C 241/14) - 7.10.2002 IT C 241/75 Gazzetta ufficiale delle Comunità europee

Unione Europea – imposizione diretta sulle imprese – Approccio della Commissione Europea – va sostenuto ed esteso a tutte le imprese – Instaurazione di una concorrenza leale tra imprese – deve essere una priorità di ogni iniziativa europea in materia fiscale – Regolamentazione fiscale – deve essere strettamente legata al processo d'armonizzazione delle regole di contabilità – Proposte della Commissione – Prima fase – rappresenta un passo importante ma non sufficiente per eliminare gli ostacoli fiscali nel mercato unico – Base imponibile armonizzata – è quella più idonea a creare condizioni di trasparenza dei regimi fiscali degli Stati membri – Regola dell'unanimità nell'imposizione fiscale sulle imprese – va modificata.

L'approccio ambizioso della Commissione europea in materia di imposizione diretta sulle imprese va sostenuto ma il suo campo di applicazione non può essere concentrato essenzialmente sulla questione degli ostacoli fiscali alle attività transfrontaliere delle imprese poiché le disparità fiscali riguardano tutte le imprese, specie quelle piccole.

L'instaurazione di una concorrenza leale tra imprese deve essere una priorità di ogni iniziativa europea in materia fiscale e la parità di trattamento tra tutte le categorie d'impresa, specie per quelle più piccole, deve essere più che un obiettivo, un imperativo alla base di questo progetto in tutte le fasi della sua attuazione.

L'Unione europea non è riuscita a conseguire un'effettiva armonizzazione degli obblighi contabili delle imprese europee. Se è vero che l'approvazione della 4^a e della 7^a direttiva sulle società ha avvicinato le contabilità nazionali delle imprese, le modifiche e le particolarità connesse al tipo d'impresa hanno dato origine ad un insieme di regole che rendono impossibile l'armonizzazione.

Il Comitato è favorevole alle proposte della Commissione volte, in una prima fase, ad accelerare l'entrata in vigore di normative dirette ad evitare la doppia imposizione e, in particolare, alla proposta di organizzare un "Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento".

Il Comitato reputa indispensabile creare condizioni di trasparenza dei regimi fiscali nell'Unione europea, prima di stabilire condizioni di concorrenza leale. In tale ottica, la quarta opzione proposta dalla Commissione, quella di una base imponibile armonizzata, è l'unica che risponda a tale obiettivo. Le tre altre opzioni (salvo il caso di un'imposta europea non facoltativa) intendono creare due regimi distinti per le imprese, a seconda che esse sviluppino o no attività al di là delle loro frontiere nazionali. Tali soluzioni darebbero origine a una sorta di privilegio fiscale, una tassazione a due velocità, e per tale ragione non sono accettabili.

Tra i progressi istituzionali che consentirebbero di conseguire l'obiettivo di un mercato interno trasparente sotto il profilo fiscale il Comitato colloca la modifica della regola dell'unanimità in materia d'imposizione fiscale sulle imprese.

Il Comitato economico e sociale, in data 17 gennaio 2002, ha deciso, conformemente al disposto dell'articolo 23, lettera c), del suo Regolamento interno, di elaborare il parere riguardante "L'imposizione diretta delle imprese".

La sezione Unione economica e monetaria, coesione economica e sociale, incaricata di preparare i lavori in materia, ha formulato il parere sulla base del rapporto introduttivo del relatore Malosse e della correlatrice Sánchez Miguel, in data 25 giugno 2002.

Il Comitato economico e sociale ha adottato il 18 luglio 2002, nel corso della 392^a sessione plenaria, con 127 voti favorevoli e un'astensione, il seguente parere.

1. Introduzione

1.1. Il 23 ottobre 2001, la Commissione ha presentato al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo una comunicazione dal titolo: "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società".

1.2. Nella Comunicazione, la Commissione illustra il suo punto di vista su ciò che è necessario e ciò che si può realisticamente fare nei prossimi anni nel campo dell'imposizione delle imprese nell'UE per adeguare l'imposizione delle società al nuovo contesto economico e per rendere più efficiente il mercato interno eliminando gli ostacoli fiscali.

L'imposta sulle società rappresenta il 3,2 % del PIL dell'Unione europea.

1.3. La Commissione è convinta che i regimi d'imposizione delle società dell'UE non siano riusciti ad adattarsi a sviluppi quali la globalizzazione, l'integrazione economica del mercato interno e l'Unione economica e monetaria. Le sembra quindi necessaria una nuova strategia che garantisca ciò che essa chiama il "benessere" fiscale degli operatori economici.

1.4. Per mettere a punto questa nuova strategia la Commissione si basa sui risultati di uno studio approfondito, d'impostazione al tempo economica e giuridica, che le ha permesso da un lato di evidenziare l'inci-

denza reale delle imposte che gravano sulle imprese nei vari Paesi dell'Unione e dall'altro d'individuare una serie di campi in cui i regimi di tassazione delle società ostacolano l'attività economica transfrontaliera nel mercato interno e per ciò stesso tolgono competitività internazionale alle imprese europee.

1.5. Più in generale, e prima di esaminare in dettaglio la comunicazione, occorre mettere in risalto l'importanza dell'iniziativa della Commissione che è la prima dopo la relazione del comitato Ruding nel 1992. L'elemento più innovativo è probabilmente la proposta di una base imponibile consolidata per le società armonizzata.

1.6. L'iniziativa del CESE s'inscrive nel dibattito cui la Commissione ha dato avvio con la comunicazione, ma essa tiene altresì conto del complesso dei fattori che determinano l'esistenza di forti disparità sul piano concorrenziale tra le imprese che operano nel mercato unico: oneri sociali, costo del capitale e della manodopera, condizioni economiche generali, livello delle infrastrutture e dei servizi pubblici, formazione e qualificazione del personale ... Va notato in tale contesto che il fattore imposizione fiscale può essere determinante, ma non è il solo fattore da tener presente al momento di scegliere la localizzazione degli investimenti.

2. I risultati dello studio della Commissione europea

221

Lo studio fornisce in primo luogo numerose indicazioni sull'incidenza reale delle imposte che gravano sulle imprese nei diversi Paesi dell'Unione.

2.1. Secondo la Commissione, per rendere possibile la comparazione occorre studiare non le aliquote nominali, bensì le aliquote effettive, cioè l'imposta realmente pagata dalle imprese su una data operazione.

2.2. La Commissione ha constatato che, pur se il prelievo fiscale è solo uno dei fattori che determinano le decisioni d'investimento e di finanziamento, l'entità degli scarti nelle aliquote d'imposta effettive a seconda dei vari Stati membri richiedeva un'analisi approfondita. Nell'UE esistono differenze rilevanti – fino al 30% – nelle aliquote effettive d'imposta delle società. Tali differenze sono imputabili, fondamentalmente, alle disparità delle aliquote nazionali d'imposizione fissate per legge piuttosto che alle differenze della base imponibile.

2.3. Nonostante le divergenze delle basi imponibili, secondo la Commissione le aliquote costituiscono un buon indicatore della pressione fiscale complessiva. La Commissione resta tuttavia del parere che la fissazione delle aliquote d'imposta sulle società è un aspetto che è e deve rimanere per il momento di competenza degli Stati membri.

2.4. Lo studio individua in un secondo momento una serie di ostacoli fiscali che intralciano l'attività economica transfrontaliera nel mercato in-

terno. La coesistenza di 15 sistemi normativi fiscali distinti per la determinazione della base imponibile nel mercato interno, oltre a generare costi derivanti dalla necessità di conformarsi alla legislazione (costi di conformità), causa numerosi problemi per l'imposizione delle operazioni all'interno dei gruppi ("prezzi di trasferimento") e fa aumentare i rischi di doppia imposizione.

A tale proposito, dallo studio della Commissione emergono una serie di conseguenze sfavorevoli.

2.4.1. Le società sono tenute ad allocare utili a ciascuna giurisdizione, sulla base delle condizioni di mercato prevalenti (principio "arm's length") attraverso una contabilità separata.

2.4.2. Gli Stati membri sono restii ad ammettere la detraibilità delle perdite delle società figlie di cui non possono tassare gli utili.

2.4.3. Le ristrutturazioni transfrontaliere sono suscettibili di generare una tassazione (plusvalenze *et alia*).

2.4.4. Diritti contrastanti in materia d'imposizione possono dar luogo a una doppia imposizione.

2.5. A tali difficoltà si aggiungono le differenze nelle regolamentazioni, le disposizioni relative alla riscossione delle imposte, le norme sulla contestazione e il controllo, insomma le pratiche fiscali, ancora più complesse da delimitare delle norme contenute nei testi fondamentali.

3. La strategia proposta dalla Commissione

La strategia proposta dalla Commissione per giungere a una situazione di "benessere" fiscale degli operatori economici si scinde in due fasi.

3.1. Prevede in primo luogo una serie di misure mirate riguardanti aspetti quali l'estensione delle direttive sui dividendi e sulle fusioni, la compensazione transfrontaliera delle perdite, i prezzi di trasferimento e le convenzioni in materia di doppia imposizione.

3.2. In secondo luogo però la commissione è convinta che, a più lungo termine, alle imprese debba essere data la possibilità di essere tassate in riferimento ad una base imponibile consolidata per le loro attività di dimensione UE, in modo da evitare le costose inefficienze che derivano dall'attuale coesistenza di 15 regimi fiscali distinti.

4. In primo luogo, una strategia a breve termine sotto forma di misure mirate

La Commissione ritiene che certe misure mirate possano "allo stesso tempo rappresentare fasi preparatorie di un progetto globale" e che nell'immediato occorra dare priorità alle iniziative volte a migliorare le norme in vigore e la loro applicazione.

4.1. *Facilitare l'applicazione della giurisprudenza della Corte di giustizia*

La Commissione formulerà degli orientamenti sulle sentenze importanti della Corte di giustizia allo scopo di facilitarne un'applicazione conforme al trattato ed alla legislazione comunitaria.

Nel 2001, la Commissione ha già avviato un programma di riunioni con gli stati membri su questo tema e intende proseguirlo e rafforzarlo.

4.2. *Direttive "società madri-figlie" e "fusioni"*

I flussi transfrontalieri di redditi e le operazioni di ristrutturazione sono spesso gravati da una tassazione supplementare. Le direttive "società madri e figlie" e "fusioni" (90/435/CEE e 90/434/CEE) non sono riuscite a risolvere tutti i problemi in questo campo.

4.2.1. La Commissione presenterà modifiche alle direttive summenzionate, corredandole di orientamenti dettagliati sulla loro applicazione e attuazione.

4.2.2. Già nel 1993 la Commissione aveva presentato proposte dirette a modificare tali direttive (ampliando il loro campo d'applicazione per coprire tutte le forme di società soggette all'imposta sulle società), ma oggi considera che esse debbano essere estese e migliorate in modo da coprire un ventaglio più ampio d'imposte e di operazioni. Il loro campo d'applicazione dovrà inoltre coprire le società che in futuro saranno disciplinate dallo statuto della società europea (*societas europaea*, SE).

4.2.3. Le possibilità di compensazione transfrontaliera delle perdite rimangono molto circoscritte ed è frequente che dei gruppi siano tassati sui profitti realizzati in un paese che fa parte del mercato interno senza poter parallelamente prendere in considerazione le perdite subite in un altro paese.

4.2.4. La Commissione ritirerà la sua proposta di direttiva del 1990 che intendeva permettere alle imprese di prendere in considerazione le perdite subite dalle loro stabili organizzazioni e filiali situate in altri Stati membri e che si è rivelata inaccettabile per gli Stati membri.

4.2.5. Al fine di superare le riserve nei confronti delle iniziative comunitarie in questo settore, la Commissione intende lanciare, nel 2002, un ciclo di incontri tecnici preparatori con gli Stati membri allo scopo di elaborare una nuova proposta migliorata, eventualmente con un campo d'applicazione più ampio, e presentare una relazione sulle sue intenzioni legislative in materia entro la fine del 2003.

4.3. *I prezzi di trasferimento*

La questione dei prezzi di trasferimento è, a livello internazionale, uno dei principali punti di controversia tra le imprese e le amministrazioni fiscali, o anche tra le stesse amministrazioni fiscali.

4.3.1. L'imposizione applicabile agli scambi di beni e servizi all'interno delle imprese multinazionali riveste un'importanza tanto maggiore in quanto tali scambi hanno assunto una portata inusitata negli ultimi anni e rappresentano oggi circa la metà del commercio mondiale. L'angolo visuale delle amministrazioni fiscali sulle imprese multinazionali e sulle loro operazioni commerciali interne è necessariamente limitato a causa della loro competenza territoriale e non è loro possibile avere una visione globale dell'operazione.

4.3.2. È altresì vero che la remunerazione di tali scambi non obbedisce sempre alla legge di mercato e spesso si sospetta che le imprese diminuiscano i loro oneri fiscali complessivi trasferendo utili verso i paesi in cui la tassazione è più vantaggiosa. Le amministrazioni fiscali contesteranno quindi dei prezzi che a loro parere non corrispondono a quelli che si sarebbero registrati per operazioni tra imprese indipendenti ed il rischio di una doppia imposizione è grande giacché gli approcci variano a seconda dei Paesi. Pertanto, un prezzo sarà giudicato troppo alto in uno Stato e troppo basso in un altro, dando origine a rettifiche nei due casi, senza che le amministrazioni arrivino a mettersi d'accordo su quello che dovrebbe essere il "prezzo corretto".

4.3.3. Malgrado le azioni portate avanti per far emergere dei principi equi, in particolare sotto la spinta dell'OCSE, il rischio di contenzioso con le amministrazioni fiscali è molto elevato, anche perché il mantenimento degli introiti fiscali è per queste ultime la massima priorità in materia. Da ciò derivano casi frequenti di doppia imposizione.

4.3.4. Inoltre, le convenzioni fiscali internazionali non possono essere applicate efficacemente a questa fattispecie e quindi le soluzioni previste non regolano in alcun modo il problema dei rischi di differenze nella valutazione a seconda degli Stati che, dal canto loro, hanno solo una visione parziale dell'operazione.

4.3.5. Poiché il problema si pone e si porrà in futuro in modo ancora più acuto in un mercato europeo integrato, devono essere trovate soluzioni comuni a livello dell'Unione europea.

4.3.6. Per questo motivo, la Commissione propone la convocazione di un "Forum congiunto sui prezzi di trasferimento" con gli Stati membri nel primo semestre 2002.

L'obiettivo sarebbe quello di migliorare il coordinamento tra Stati membri e tra Stati membri ed imprese a livello dell'imposizione delle operazioni transfrontaliere all'interno di un gruppo. Inoltre, gli Stati membri tendono ad imporre alle imprese requisiti di documentazione sempre più onerosi per i prezzi di trasferimento. Il *forum* potrebbe esaminare una serie di questioni che non esigono l'adozione di disposizioni legislative, per esempio gli accordi preliminari sui prezzi, i requisiti di documentazione e le metodologie per fissare i prezzi di trasferimento, nel quadro degli orientamenti in materia dell'OCSE.

4.4. *La convenzione sull'arbitrato e le convenzioni sulla doppia imposizione*

I meccanismi volti ad attenuare la doppia imposizione risultante da attività transfrontaliere, che si tratti di convenzioni sulla doppia imposizione bilaterali o della convenzione del 1990 diretta a eliminare le divergenze di valutazione tra amministrazioni nazionali per quanto concerne la rettifica dei trasferimenti di utili tra società associate ("convenzione sull'arbitrato" - 90/436/CEE) non funzionano in modo soddisfacente.

4.4.1. Nel 2003 la Commissione presenterà una proposta di direttiva volta a prorogare ed a migliorare la convenzione sull'arbitrato e a sottoporre le sue disposizioni all'interpretazione della Corte di giustizia.

4.4.2. Nel 2004 la Commissione intende pubblicare una comunicazione sulle convenzioni in materia di doppia imposizione che sottolineerà la necessità d'adattare certe disposizioni delle convenzioni bilaterali tra Stati membri, ricalcate sulla convenzione modello dell'OCSE, allo scopo di renderle più conformi ai principi del trattato CE. L'obiettivo è quello di giungere nel tempo ad una versione comunitaria della convenzione modello dell'OCSE e del suo commento tale da soddisfare le esigenze specifiche dettate dall'appartenenza alla Comunità, o addirittura quello di elaborare una convenzione multilaterale UE.

5. In secondo luogo una strategia a lungo termine per una base imponibile consolidata per le società

225

È questo il principale elemento di novità della comunicazione.

5.1. Anche se le diverse misure mirate succitate permetteranno una serie di progressi nella soppressione degli ostacoli fiscali, la Commissione è consapevole che il problema fondamentale, vale a dire la coesistenza di 15 regimi fiscali differenti nel mercato interno, sussisterà. Sono quindi le cause profonde del problema che vanno affrontate.

5.2. Lo studio allegato alla comunicazione spinge abbastanza avanti la riflessione, simulando gli effetti di un'armonizzazione teorica di talune caratteristiche dei regimi fiscali.

5.3. L'effetto più significativo si otterrebbe con l'introduzione di un'aliquota d'imposta nominale uniforme in tutta l'UE. In termini d'impatto nessun'altra ipotesi è a questa comparabile.

5.4. Secondo la Commissione tuttavia la definizione di una base imponibile consolidata per le società che copra tutte le loro attività di dimensione comunitaria sarebbe una soluzione capace di migliorare l'efficienza, la semplicità e la trasparenza dei regimi di tassazione delle società, segnatamente riducendo i costi di conformità.

5.5. L'istituzione di una base imponibile consolidata permetterebbe alle imprese con attività transfrontaliere e internazionali nell'UE di operare come segue.

- Calcolare il reddito di tutto il gruppo sulla base di un unico corpo normativo.

- Redigere conti consolidati a fini fiscali, il che eliminerebbe le eventuali incidenze fiscali sulle operazioni puramente interne al gruppo.

5.6. A tal fine lo studio della Commissione ha definito la possibilità di più approcci tecnici. Le opzioni esaminate sono state le seguenti.

5.6.1. Imposizione in base alle regole dello Stato di residenza della società madre. La base imponibile consolidata di un gruppo multinazionale sarebbe calcolata conformemente alle disposizioni fiscali dello Stato in cui la società madre è ubicata (vale a dire lì dove si trova la sua sede sociale).

5.6.2. Imposizione su una base comune consolidata. La base imponibile consolidata di un gruppo multinazionale sarebbe calcolata secondo regole armonizzate completamente nuove, applicabili in tutta l'Unione europea.

5.6.3. Imposta europea sul reddito delle società. Il prelievo dell'imposta sul reddito delle società verrebbe effettuato a livello europeo e il gettito dell'imposta alimenterebbe (almeno in parte) il bilancio dell'Unione europea.

5.6.4. Armonizzazione obbligatoria delle basi imponibili esistenti. A differenza delle tre opzioni su riportate che coesisterebbero con i regimi fiscali nazionali, la base imponibile consolidata di tutte le imprese dell'Unione europea sarebbe calcolata in funzione di regole armonizzate.

5.7. Gli sviluppi imminenti in materia di società europea [statuto di diritto europeo per le PMI proposto nel parere d'iniziativa del Comitato adottato il 21 marzo 2002 (1)] consentono altresì di prevedere eventualmente per queste società un regime generale d'imposta sulle società e una base imponibile consolidata per le loro attività di dimensione UE.

5.8. Per questa seconda fase, la Commissione apre un vero e proprio dibattito sul futuro della tassazione delle imprese in Europa, presentando diverse opzioni per le quali dovranno essere effettuate scelte chiare.

6. Principi da rispettare

6.1. Il Comitato sostiene l'approccio ambizioso adottato dalla Commissione europea. È del parere che spetti effettivamente all'esecutivo europeo avanzare proposte che corrispondono alle necessità dell'integrazione europea.

6.2. Il Comitato si rammarica tuttavia del fatto che il campo d'applicazione delle proposte della Commissione si concentri essenzialmente sulla questione degli ostacoli fiscali alle attività transfrontaliere delle imprese mentre le disparità fiscali riguardano tutte le imprese, specie quelle piccole. Il Comitato reputa che non si debbano sottovalutare le conseguenze negative, in termini di una mancanza di trasparenza e di eccessi-

(1) GU C 125 del 27.5.2002, pag. 100. *L'accesso delle PMI ad uno statuto di diritto europeo* (INT/109).

ve disparità, che possono essere create da gravi distorsioni di concorrenza, con effetti di *dumping* fiscale.

6.3. Come sottolinea la relazione Ruding, l'instaurazione di una concorrenza leale tra imprese deve essere una priorità di ogni iniziativa europea in materia fiscale.

6.4. La parità di trattamento tra tutte le categorie d'impresa, specie per quelle più piccole, deve essere più che un obiettivo, un imperativo alla base di questo progetto in tutte le fasi della sua attuazione.

6.5. Le proposte fiscali in questione devono essere coerenti con i grandi obiettivi politici dell'Unione europea. È importante per esempio, secondo le strategie decise a Cardiff e Lussemburgo, creare con tali proposte un clima favorevole all'occupazione e puntare quindi alla neutralità della leva fiscale rispetto ai due fattori di produzione, lavoro e capitale. È inoltre importante riposizionare tali proposte in relazione agli obiettivi di competitività formulati al vertice europeo di Lisbona e quindi favorire un'imposizione fiscale che incoraggi la creazione e lo sviluppo delle imprese e l'occupazione.

6.6. Il Comitato è favorevole ad un approccio che permetterà di semplificare i regimi fiscali sia per le attività transfrontaliere che per quelle sui mercati nazionali. È essenziale ai fini del conseguimento di tale obiettivo perseguire la trasparenza dei regimi d'imposizione delle imprese nell'Unione europea.

6.7. Il Comitato ritiene che l'Unione debba ispirarsi alle soluzioni già emerse in materia d'imposizione fiscale in paesi in cui, pur nel rispetto della diversità e della sovranità dei territori, regimi diversi non inficiano il principio di concorrenza leale e sono applicati in condizioni di trasparenza. A tale proposito merita di essere maggiormente studiato l'esempio della Confederazione elvetica perché parrebbe conciliare sussidiarietà e armonia complessiva.

6.8. Il Comitato sottolinea che la regolamentazione fiscale deve essere strettamente legata al processo d'armonizzazione delle regole di contabilità.

6.8.1. L'Unione europea non è riuscita a conseguire un'effettiva armonizzazione degli obblighi contabili delle imprese europee. Se è vero che l'approvazione della 4^a e della 7^a direttiva sulle società ha avvicinato le contabilità nazionali delle imprese, le modifiche e le particolarità connesse al tipo d'impresa hanno dato origine ad un insieme di regole che rendono impossibile l'armonizzazione.

6.8.2. L'applicazione della IAS (*International accounting standard – norma contabile internazionale*) potrebbe rappresentare una soluzione; essa è già stata incorporata nella normativa comunitaria (2) per le società quotate in borsa, per le società finanziarie e le compagnie assicurative. Nondimeno, occorre tener presente che tali norme internazionali hanno

(2) GU C 260 del 17.9.2001, pag. 86 – Parere del CESE in merito alla "Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'applicazione di principi contabili internazionali" (INT/101).

una finalità basilare che è quella di fornire informazioni contabili agli investitori, mentre l'imposta sulle società necessita di una contabilità che rispecchi lo stato patrimoniale dell'impresa, allo scopo di determinare il risultato ottenuto in ciascun esercizio fiscale.

6.9. Il Comitato sostiene l'approccio che consiste nel collegare le proposte fiscali dell'UE agli statuti europei delle società che, conformemente all'iniziativa del CESE sull'accesso delle PMI (3) ad uno statuto europeo, devono poter essere accessibili a ogni categoria d'impresa.

6.10. Il Comitato ritiene che il prossimo ampliamento dell'UE a Paesi che dispongono in generale di un reddito di gran lunga inferiore alla media (europea), sia un fattore d'accelerazione per ogni iniziativa europea in materia di tassazione delle imprese. Infatti, da un lato tale ampliamento non può che accentuare le disparità fiscali esistenti nel mercato unico e, d'altra parte, è utile stabilire un certo numero di principi comuni per Paesi che stanno per organizzare su basi completamente nuove i loro regimi fiscali.

7. Le posizioni del CESE

7.1. In ordine alla prima fase, il Comitato sostiene in generale le proposte della Commissione europea volte ad accelerare l'entrata in vigore di normative dirette ad evitare la doppia imposizione e, in particolare, è favorevole alla proposta di organizzare un "Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento".

7.1.1. Il Comitato ritiene che queste proposte rappresentino un passo importante per eliminare gli ostacoli fiscali nel mercato unico, ma tali iniziative non avranno effetti sulle distorsioni fiscali eccessive che sussistono in tale mercato e che rischiano di accentuarsi con l'ampliamento.

7.1.2. Il CESE insiste perché questa prima fase ricca di soluzioni pratiche sia applicata senza ritardi.

7.2. Per quanto riguarda la fase seguente, il Comitato (4) condivide l'aspirazione ad un mercato unico senza ostacoli fiscali e ritiene che si tratti solo di uno strumento per poter stabilire dei principi comuni propizi ad un mercato interno in cui le condizioni prevalenti sarebbero quelle di una concorrenza leale. Tali principi comuni dovrebbero inoltre favorire gli obiettivi di semplificazione, di competitività e di creazione di posti di lavoro.

(3) GU C 125 del 27.5.2002, pag. 100. *L'accesso delle PMI ad uno statuto di diritto europeo* (INT/109).

(4) GU C 48 del 21.2.2002, pag. 73 *La politica fiscale dell'Unione europea - Priorità per gli anni a venire* (ECO/072) e GU C 14 del 21.6.2002, pag. 73. *La concorrenza fiscale e il suo impatto sulla competitività delle imprese* (ECO/067).

7.2.1. Il Comitato reputa indispensabile creare condizioni di trasparenza dei regimi fiscali nell'Unione europea, prima di stabilire condizioni di concorrenza leale. In tale ottica, la quarta opzione proposta dalla Commissione, quella di una base imponibile armonizzata, è l'unica che risponda a tale obiettivo. Le tre altre opzioni proposte dalla Commissione europea, infatti (salvo il caso di un'imposta europea non facoltativa), intendono creare due regimi distinti per le imprese, a seconda che esse sviluppino o no attività al di là delle loro frontiere nazionali. Tali soluzioni darebbero origine a una sorta di privilegio fiscale, una tassazione a due velocità, e per tale ragione non sono accettabili.

7.2.2. L'obiettivo di una base imponibile armonizzata per tutte le imprese dell'UE è compatibile con la sovranità fiscale degli Stati membri e delle regioni dell'UE perché è fatta salva la loro capacità di fissarne il livello. Va sottolineato in questa sede che la base imponibile armonizzata, grazie al suo effetto di trasparenza permetterebbe agli attori economici di esercitare una forte pressione sulle autorità nazionali, al contrario di quanto accade oggi a causa dell'opacità dei regimi fiscali. Nel tempo, infatti, sarebbe auspicabile che vi fosse un'effettiva convergenza dei livelli dell'imposizione diretta delle imprese.

Una fase intermedia potrebbe consistere nella fissazione di forchette di aliquote o di aliquote di riferimento corrispondenti segnatamente agli obiettivi del vertice di Lisbona diretti a dare impulso alla competitività dell'UE.

7.2.3. Nello studiare una base imponibile armonizzata, la Commissione europea dovrebbe anche tener conto della necessità di un'imposizione neutra rispetto ai fattori di produzione, con la preoccupazione, in particolare, di non pregiudicare l'occupazione.

7.2.4. Il Comitato è favorevole alla sperimentazione del processo che conduce ad una base imponibile armonizzata in primo luogo per le società che hanno scelto lo statuto europeo, restando inteso che non si tratterebbe di concedere loro un privilegio in materia di prelievo fiscale rispetto alle altre imprese. A loro favore, tuttavia, e allo scopo di rendere attraenti gli statuti europei, si potrebbe proporre loro una base imponibile consolidata, in base alla seconda opzione della Commissione europea; ciò rappresenterebbe un vantaggio in termini di semplificazione per le imprese aventi attività transnazionali. Il Comitato è favorevole alla possibilità per tutte le imprese, quale che sia la loro organizzazione e dimensione, di beneficiare di uno statuto europeo. A tale proposito, il CESE chiede alla Commissione europea di esaminare senza indugi l'iniziativa da esso avviata e diretta a dotare le PMI di uno statuto europeo.

7.2.5. Il Comitato appoggia inoltre i progressi istituzionali che consentirebbero di conseguire l'obiettivo di un mercato interno trasparente sotto il profilo fiscale e in particolare la modifica della regola dell'unanimità in materia d'imposizione fiscale sulle imprese. Sostiene anche l'idea

di ricorrere alla procedura delle cooperazioni rafforzate definita nel trattato di Nizza secondo la quale un gruppo di Stati membri potrebbe avanzare più speditamente, nel rispetto del quadro normativo comunitario.

Bruxelles, 17 luglio 2002.

Il Presidente del Comitato economico e sociale
Göke FRERICHS

L'armonizzazione delle imposte sul reddito delle società: il parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, il regolamento Ce sui principi contabili e la società europea. Forse un'inversione di tendenza?

1. La Comunicazione della Commissione del 23 ottobre 2001: una base imponibile consolidata per le multinazionali europee, 2. Il parere Cese, 3. Conclusioni

1 La Comunicazione della Commissione del 23 ottobre 2001

L'esatta comprensione della portata innovativa del recente intervento del Comitato Economico e Sociale Europeo in tema di tassazione del reddito delle società all'interno della Comunità Europea impone la preliminare analisi della recente Comunicazione della Commissione del 23 ottobre 2001 (1).

Il messaggio principale di tale documento, ad avviso di chi scrive, sembra essere quello del definitivo abbandono di ogni velleità di armonizzazione delle imposte dirette in seno all'Unione Europea: con particolare riguardo alle imposte sul reddito delle società, la Commissione, infatti, oltre ad osservare che "sotto il profilo economico, per essere sia efficiente che favorevole alla competitività delle imprese europee, la tassazione delle società nel mercato interno deve...non escludere la possibilità di una concorrenza fiscale generale, pur combattendo tutte le forme di concorrenza fiscale pregiudizievoli o economicamente indesiderabili", ha anche ammesso di non disporre "di prove convincenti per indurla a raccomandare azioni particolari di ravvicinamento delle aliquote nazionali o la fissazione di un'aliquota minima d'imposta sulle società".

La Commissione, pertanto, ha rivolto la propria attenzione esclusivamente sulla soppressione degli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel mercato interno ed ha individuato in alcuni temi i no-

(1) *European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated tax base for their EU-wide activities*, del 23 ottobre 2001 COM (2001) n. 582 final. Per un primo e sintetico commento si veda anche B. Santacroce - P. Valente, *Allo studio diverse formule per le attività transfrontaliere*, in *Guida Normativa*, 2001, n. 207, pag. 37.

di principali da dover sciogliere per migliorare la mobilità degli investimenti e dei capitali tra gli Stati membri; in particolare, ha osservato che:

- la tassazione, a mezzo di ritenute fiscali alla fonte, sulla distribuzione dei dividendi ovvero sul pagamento di interessi e *royalties* tra soggetti economici residenti in diversi Stati membri è ancora presente e piuttosto rilevante;
- le forti restrizioni cui è soggetta la compensazione transfrontaliera delle perdite determina inesorabilmente fenomeni di doppia tassazione all'interno di un medesimo gruppo di imprese;
- le operazioni di ristrutturazione transfrontaliera generano ancora, nonostante la direttiva sulle fusioni (n. 434/90), consistenti oneri fiscali;
- alcuni regimi di tassazione contengono ancora disposizioni favorevoli agli investimenti che falsano la concorrenza all'interno dell'EU.

A conclusione di questa disamina, la Commissione ha, quindi, affermato che *"la maggior parte di questi problemi provengono dal fatto che le società dell'UE devono conformarsi a quindici normative fiscali differenti. Considerando che queste società operano sempre più nell'UE come unico mercato, questa situazione è contraria a piani e strutture d'impresa economicamente efficienti"*; al fine di eliminare questi ostacoli di natura fiscale, la Commissione, ha indicato due soluzioni complementari: da una parte, promuovere alcune misure mirate a risolvere i problemi più urgenti a breve termine (come la tassazione alla fonte sugli interessi e canoni ovvero la deducibilità delle perdite maturate in imprese associate), e, dall'altra, iniziare un approccio globale di lungo termine finalizzato all'individuazione di una base imponibile unica e consolidata per l'imposta sul reddito delle società appartenenti all'Unione Europea.

Orbene, è proprio quest'ultimo approccio a rappresentare forse la novità (2) più rilevante di questo documento della Commissione, la quale,

231

(2) L'ambiziosità del nuovo approccio della Commissione è egregiamente sintetizzata dal prof. W. Schön, *The European Commission's Report on Company Taxation: a Magic Formula for European Taxation*, in *European Taxation, Special issue*, n. 8, 2002, pagg. 276, che, infatti, inizia il suo commento alla Comunicazione dell'ottobre 2001 con la seguente parola: *"Imagine you had met Sisyphus in Hades, confronting man who had for decades tried to push a stone up a hill, never succeeding and every time starting anew. Imagine further that this man explained to you that we was fed up with his frustrating work and that he would now try another way, choosing a new stone that was much larger and more complicated than the one he had used before. Would you call this project vain or visionary ?.....this is exactly what comes to mind after working through the European Commission's new Communication on company taxation.."*. Pur sempre riconoscendo l'ambiziosità del progetto, è certamente più critico H. Nijkamp, *Ambitious plan for EU company tax reform fails to address critical issue*, in *EC-TAX Review*, 2002, n. 1, pag. 3, quando afferma che *"ambitious as the plan that Bolkestein presented may be, it fails to think through the relation between the company tax base, the tax rate and the EU action against harmful tax competition. With the impending enlargement of the EU, with candidate countries such as Estonia, this is a serious shortcoming. In spite of all delicacies, it would have been up to the Commission, attached as it is to its exclusive right of initiative, to initiate the debate on sustainable levels of company taxation in the EU"*.

infatti, riconosce che "solo mettendo a disposizione delle società multinazionali un regime fiscale con base imponibile consolidata per le loro attività di dimensioni comunitarie si possono eliminare realmente e sistematicamente, attraverso un unico regime di imposizione delle imprese, la maggior parte degli ostacoli fiscali alle attività economiche transfrontaliere nel mercato unico". Lo studio dei servizi della Commissione sulla "Tassazione delle società nel mercato interno" (3) ha individuato varie possibilità tecniche per definire una base consolidata d'imposizione delle società per le attività di dimensioni comunitarie e più precisamente il metodo dell'imposizione nello Stato di residenza, cosiddetto "Home State Taxation" (HST), quello dell'imposizione secondo una base imponibile comune, cd. "Common Consolidated Base Taxation" (CCBT), quello basato sull'introduzione di una imposta europea sulle società, cd. "European Union Company Income Tax" (EUCIT) ed, infine, la determinazione di una base imponibile unica armonizzata nell'UE (4).

Il primo approccio, denominato *Home State Taxation* (5), presupponendo che ciascun Paese attui una sorta di mutuo riconoscimento delle imposte sul reddito delle società adottate dagli altri Stati membri, prevede che il reddito imponibile del gruppo societario sia calcolato secondo

(3) *Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market*, 23 ottobre 2001, SEC(2001) n.1681 (the Commission's Study).

(4) In dottrina si vedano: F. Bolkestein, *The future of European tax policy*, in *EC-TAX Review*, 2002, n. 1, pagg. 19 ss.; E. Osterweil, *Introduction: Reform of Company Taxation in the EU Internal Market*, in *European Taxation, Special issue*, n. 8, 2002, pagg. 271 ss.; W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 276 ss.; G. Maisto, *Shaping EU Company Tax Policy. Part I: Amending the Tax Directives; Part II: the EU Model Tax Treaty*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 287 ss.; B. Gibert, *A French Reaction to the Communication from the Commission "Towards an Internal Market without Tax Obstacles"*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 309 ss.; W. Gassner, *Company Taxation in the Internal Market – an Austrian Perspective*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 317 ss.; B. Westberg, *Consolidated Corporate Tax Bases for EU-Wide Activities: Evaluation for Four Proposals Presented by the European Commission*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 322 ss.; S. Raventòs-Calvo-J. L. de Juan y Penalosa, *The Commission's Proposal on Company Taxation from a Spanish Perspective*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 331 ss.; S. R. F. Plasschaert, *Further Thoughts on the "European Union Company Income Tax" and its First Cousins*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 336 ss.; J. Martens Weiner - J. Mintz, *An Exploration of Formula Apportionment in the European Union*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 346 ss.

(5) Per un approfondimento si veda, fra gli altri, anche S. Lodin - M. Gamme, *The taxation of the European company*, in *Rass. Fisc. Intern.*, 2000, n. 4, pagg. 24 ss. Sono chiaramente a favore di questo metodo di imposizione S. Raventòs - Calvo / J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, n. 8, 2002, pagg. 331 ss.

le regole impositive dello Stato in cui ha sede la società capogruppo, nonostante le sue affiliate e/o stabili organizzazioni siano residenti in altri Stati membri: il reddito, così determinato, verrebbe poi ripartito fra i vari Stati interessati che applicherebbero la propria aliquota sulla quota di reddito di propria spettanza.

Quantunque, seguendo tale metodo impositivo, gli Stati non vedrebbero pregiudicata la propria sovranità tributaria in termini di determinazione dell'aliquota fiscale applicabile, la *Home State Taxation* presenta non pochi inconvenienti (6).

Innanzitutto, va rilevata la difficoltà di individuare una formula per la ripartizione della base imponibile tra gli Stati membri in cui il gruppo societario opera, tenendo in debita considerazione l'opportunità di prevedere una sorta di compensazione tra perdite e redditi fiscali conseguiti nei diversi Paesi interessati (7); inoltre, e non di poco conto, è la constatazione che tale metodo comunque comporterebbe la necessità di realizzare un maggiore coordinamento dei poteri di accertamento delle amministrazioni finanziarie coinvolte.

Infine, l'applicazione di tale metodo impositivo paradossalmente potrebbe dar vita ad un fenomeno di "*export of tax advantages*" (8), in quanto, normative fiscali create *ad hoc* da uno Stato membro per far fronte a problematiche congiunturali o, comunque, territorialmente localizzate, si estenderebbero anche a soggetti residenti in altri Paesi in modo ingiustificato o, comunque, senza alcuna *ratio* che vada al di là della mera applicazione del metodo della HST. Tale fenomeno inoltre potrebbe indurre gli Stati membri verso l'introduzione di normative fiscali che influenzino le scelte di localizzazione delle *headquarters* delle multinazionali.

(6) Nello stesso senso E. Osterweil, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 273, quando afferma che "*two issues would then remain including first, the allocation of profits of the group to each of the Member States in which the group has a presence. Second, Member States would then apply their tax rate schedules to profits allocated to the group members in their jurisdiction. At least one major objection to the HST approach is that in any given Member States, tax authorities, who have enough problems in dealing with their own tax regime, might need to become familiar with the tax system of fourteen other Member States*".

(7) Nello stesso senso S. Lodin - M. Gamme, *op. cit.*, in *Rass. Fisc. Intern.*, 2000, n. 4, pagg. 24 ss. quando affermano che "*a formula must be devised and agreed on between Member States to divide the tax base among them in a way that preserves their existing tax claim and share of corporate tax revenues. Similarly, the manner of applying that formula to profits and losses within a group - on a gross or net basis - requires consideration. In this regard, the ability to offset profit and losses arising within a group is likely to affect the timing of the flow of corporate tax revenues to governments*".

(8) Termine utilizzato da W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 285.

Il metodo della base imponibile comune (CCBT), che prevede l'individuazione di una base imponibile unica comunitaria per le multinazionali europee e che, pertanto, rappresenta certamente una fase più avanzata di armonizzazione fiscale, supera alcuni dei limiti del metodo *Home State Taxation*: invero (9), con il metodo della *Common Consolidated Base Taxation*, non solo non si obbligherebbero le amministrazioni finanziarie di ciascuno Stato membro a conoscere i sistemi fiscali degli altri Paesi Ce (essendo sufficiente la conoscenza solo delle regole comuni europee), ma non verrebbe neanche richiesto a ciascun Stato, contrariamente a quanto accade con il metodo della HST, di rinunciare alla propria sovranità in termini di determinazione della base imponibile dell'imposta sul reddito delle società a favore di un altro Stato, applicandosi per tutti le regole fiscali comunitarie (10).

D'altro canto, c'è però da rilevare, che il metodo cd. CCBT, lasciando ciascuno Stato libero di applicare la propria aliquota fiscale, oltre a non risolvere il problema del *transfer-pricing* all'interno della UE, presenta, come del resto anche il metodo HST, un limite insormontabile: "*as long as international business and domestic business has the option to choose different between two tax bases (an option that is not offered to domestic business), there will be severe economic distortion – especially for small and medium-sized enterprises within Member States*" (11).

Infine, bisogna rilevare che tale metodo di imposizione presupporrebbe comunque la preventiva soluzione di alcuni problemi di coordinamento, quali la rinegoziazione dei trattati internazionali contro la doppia imposizione già esistenti al fine di estenderne l'applicazione anche ad esso, o, anche, la previsione di un regime comune di tassazione dei dividendi percepiti dalle persone fisiche socie, od, infine, la previsione di complicate norme fiscali che, tenendo conto della dinamicità dei gruppi societari, cerchino di ridurre gli effetti distorsivi che potrebbero derivare dall'ingresso e dalla fuoriuscita continua dal regime fiscale comune di società residenti nella EU (12).

(9) Verrebbe superato anche il problema cosiddetto "*export of tax advantages*".

(10) In tal senso S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 331 ss.

(11) Cfr. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 286 che, inoltre, acutamente rileva che "*under most domestic tax regimes in Europe the different companies that belong to a group operating within the borders of a country have to be taxed according separate income...Consolidation of profits and losses is only available under specific circumstances...in order to avoid economically unsound reserve discrimination, which put domestic business in disadvantage, Member States will be forced to introduce an equivalent option for domestic group*".

(12) Basti pensare alle conseguenze in termini di *capital gains and losses* che potrebbero derivare dall'applicazione, solo per alcuni anni, delle norme impositive di cui al metodo CCBT e, per i restanti, di quelle dello Stato membro di residenza. In altri

Entrambi i metodi di imposizione dei gruppi societari europei sopra analizzati, come già accennato, presentano l'ulteriore complicazione consistente nella individuazione di una formula "magica" per la redistribuzione della base imponibile consolidata, determinata secondo una regola unica ovvero secondo le regole dello Stato di residenza della capogruppo, tra i diversi Stati membri in cui il gruppo (13) stesso è presente. Come rilevato unanimemente in dottrina (14), la scelta dei parametri da includere in questa formula (ad esempio: i salari, i ricavi, le immobilizzazioni), potrebbe, infatti, a sua volta influire sulle scelte delle multinazionali che, nei limiti in cui ciò abbia anche un senso economico, sarebbero indotte ad investire maggiormente in alcuni Paesi ed in specifici fattori produttivi in modo da localizzare la maggior parte della base imponibile nello Stato membro che ha l'aliquota fiscale più bassa (15).

Inoltre, occorre rilevare che le formule analizzate dalla Commissione

termini, la *Common Consolidated Base Taxation* potrebbe prevedere dei criteri fiscali di valutazione delle immobilizzazioni materiali ed immateriali, delle scorte di magazzino, dei crediti commerciali diversi rispetto a quelli consentiti dalla normativa fiscale interna del Paese in cui è residente la società interessata, determinando, di conseguenza, nell'anno di mutamento del regime fiscale applicabile, la sopravvenienza di differenze di valore fiscalmente rilevanti. Un altro effetto distorsivo del criterio impositivo CCBT attiene alla possibilità di compensazione o di riporto a nuovo delle perdite fiscali sofferte durante l'applicazione delle regole della "*Common Consolidated Base Taxation*": invero, sarà opportuno chiarire se queste possano essere utilizzate in futuro dalla società, ancorché non facente più parte del gruppo e, quindi, non più tassabile secondo le regole fiscali utilizzate per la determinazione delle perdite stesse, ovvero tale possibilità di riporto a nuovo debba rimanere in capo al gruppo originario di cui faceva parte.

235

(13) Per quanto riguarda la definizione di gruppo si concorda con quanto sostenuto da W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 281, secondo il quale "*as the idea of HST and CCBT include a full consolidation of profits and losses within a group for tax purposes it seems inappropriate to extend this taxation method to subsidiaries with substantial outsider shareholders*".

(14) Tale aspetto è stato approfondito da: W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 283 ss.; S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penolosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 332 ss.; S. R. F. Plaschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 336 ss.; J. Martens Weiner - J. Mintz, *op. cit. Union*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 348, i quali, infatti, affermano che "*the interaction of the formula with the statutory tax rate and firm's factor choices creates an important distortion*".

(15) Inoltre, gli stessi Stati membri potrebbero prevedere delle facilitazioni, anche di natura non fiscale (quali sgravi contributivi su nuove assunzioni ovvero assenza di tassa sugli immobili), tali da indurre le multinazionali ad investire nel loro territorio e pertanto, per effetto della formula, aumentare la base imponibile dell'imposta sul reddito delle società di propria spettanza.

nello studio intitolato "Tassazione delle società nel mercato interno", nonostante si ispirino ad esperienze più o meno riuscite in campo internazionale (si tratta infatti di formule già utilizzate in Canada, negli Stati Uniti ed in Germania), non riflettono la situazione politica e culturale esistente in Europa sol che si consideri che la solidarietà naturale che esiste tra le comunità locali tedesche ovvero tra le province canadesi non trova un analogo riscontro tra gli Stati Membri: "it does not take much imagination to anticipate the political struggles that will arise within the European Union upon the introduction of a formulary mechanism that will divide a large part of corporate taxes between all o some of the Member States" (16).

Una terza alternativa proposta dalla Commissione - che rappresenta forse lo stato più avanzato di armonizzazione fiscale - prevede l'introduzione di una *European Union Company Income Tax* (EUCIT), valida per tutte le società europee, indipendentemente dall'appartenenza ad un gruppo multinazionale: verrebbe quindi a crearsi un erario unico europeo e una amministrazione finanziaria unificata a livello comunitario. Si tratta di un'ipotesi tanto affascinante quanto utopistica che, pur eliminando in radice la maggior parte dei problemi generati dai due metodi impositivi sopra analizzati, ne genererebbe tuttavia dei nuovi ancor più insormontabili.

L'introduzione di un'imposta unica europea sul reddito delle società, infatti, oltre a richiedere un accordo storico tra tutti gli Stati membri sui criteri di determinazione della base imponibile, dell'aliquota da applicare e, più in generale, del sistema fiscale da adottare, implicherebbe anche la perdita di competenza locale in materia di imposizione sulle società; l'imposta verrebbe infatti acquisita al Bilancio della UE, con tutti i problemi connessi all'eventuale criterio da utilizzare per la distribuzione del *surplus* tra gli Stati aderenti (17).

Nonostante, secondo alcuni autori (18), quest'ultima proposta rappresenti la soluzione ottimale in termini di politica fiscale europea, in quanto l'unica a non determinare problematiche di ordine teorico e pratico di difficile soluzione, l'introduzione di una *European Union Company Income Tax* appare incompatibile sia con la natura che con le finalità proprie della CE.

(16) Cfr. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 283-284.

(17) Questo aspetto è stato approfondito da S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 336 che propone di "apply one of the mechanisms for the downward distribution of tax revenues applied by federal tax system. If the EUCIT were adopted, the European Union would, in fact, be adopting a mechanism that is typical of federal system".

(18) Cfr. S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 344.

La Comunità Europea è una aggregazione di diversi Stati finalizzata prevalentemente alla realizzazione di un blocco economico compatto per poter affrontare la crescente concorrenza internazionale proveniente dagli altri Stati esteri: ad oggi non sembra che vi siano però le basi per poter parlare di una vera identità o coscienza politica comunitaria come anche di un comune sentimento naturale di unione e solidarietà. Alla luce di ciò, l'accentramento della riscossione dell'imposta sul reddito delle società a livello europeo sembra in realtà una proposta troppo azzardata e, forse, a lungo termine, neanche auspicabile.

La quarta ed ultima ipotesi di studio affrontata dalla Commissione è quella della cosiddetta "harmonized tax base" (19), ovvero di una armonizzazione dell'imposta sul reddito delle società a livello europeo.

Contrariamente al metodo EUCIT, l'introduzione di una base imponibile armonizzata non comporterebbe automaticamente la totale identità dei sistemi fiscali in tutti gli Stati membri, che, come verrà approfondito successivamente, potrebbero mantenere la propria autonomia nel definire alcuni istituti del proprio regime tributario connesso all'imposta sulle società (20); ogni Stato, inoltre, rimarrebbe libero di definire la propria aliquota fiscale, anche in ragione dei servizi resi, e le amministrazioni finanziarie locali non perderebbero il loro potere di accertamento e di riscossione.

Si tratta, in altri termini, non di un passo indietro rispetto all'ipotesi EUCIT, bensì di un progresso, anzi forse dell'unica strada da percorrere: "anyone who wants to criticize this impressive perspective should bear in mind that HST has, from its inception, been regarded as a "second best solution", to be used if more ambitious plans for a harmonized tax base do not succeed. In Europe, however, we are used to the fact that transitional regimes have an inclination to linger around for decades; for example, the provisional common VAT system that was meant to be replaced in 1993" (21).

In ultima analisi, le posizioni che sembrano emergere in dottrina, sono sostanzialmente due: quella, cosiddetta dello *step-by-step* (22), secondo la quale è opportuno comunque iniziare il processo di armonizzazio-

(19) Chiaramente a favore di questa alternativa è W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 286, dove afferma che "as there is the danger that HST or CCBT may only replace the disadvantages for international business, we should seriously think about the option of setting up a single compulsory "harmonized tax base" for all incorporated business in Europe".

(20) Ad esempio, i criteri di tassazione dei dividendi percepiti dagli azionisti (società o persone fisiche), tra credito di imposta o esenzione, ovvero, la non deducibilità di alcuni costi (spese di rappresentanza). Su tale aspetto si tornerà nel prosieguo.

(21) Cfr. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 284.

(22) Sostenuta da B. Gilbet, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 316, secondo il quale, infatti, "this step-by-step approach, which in fact has been working (albeit with some difficulties), seems to be appropriate. It nevertheless already

ne, adottando il metodo di imposizione che allo stato attuale sembri più realistico e presenti meno ostacoli pratici e politici alla sua introduzione, cioè a dire, il metodo del HST, e quella (23), cui si aderisce, secondo la quale poiché ciascun criterio ha dei limiti e pone dei problemi e, comunque vada, incontrerà ostruzionismo politico, è meglio implementare direttamente la soluzione ottimale e finale, che era quella già auspicata nel *Rapporto Neumark*, cioè la strada dell'armonizzazione della base imponibile a livello europeo (24).

Nonostante quanto detto, quest'ultima proposta non sembra però essere presa in seria considerazione dalla Commissione che nell'affrontarla non va al di là di un mero augurio: in altri termini, si è dell'avviso, rileggendo attentamente la Comunicazione, che la Commissione, ponendo la parola fine sul passato, abbandoni definitivamente l'idea, utopistica, ma altrettanto necessaria, di una qualsiasi armonizzazione delle imposte dirette in favore di soluzioni che, applicandosi soltanto alle multinazionali di rilevanza europea, risolvono solo parzialmente, come sopra più volte evidenziato, il problema e, per di più, determinano in seno alla Comunità una disparità di trattamento tra le società esclusivamente nazionali e quelle appartenenti ad un gruppo di estensione comunitaria.

Nello stesso senso si è orientato da ultimo anche il Parlamento europeo (Committee on Economic and Monetary Affairs) che, nel rapporto del 22 febbraio 2002 (25), ha affermato "*that the tax competition between EU Member States, in the context of rules preventing improper conduct, can contribute to the attainment of these objectives and encourage a positive approach by the Member States, helping to prevent tax pressure reaching ex-*

requires a strong political will on part of Member States", da B. Westberg, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 284, quando, al termine di un'approfondita disamina dei problemi connessi ai diversi metodi impositivi proposti dalla Commissione, comunque afferma che "*HST might be the only viable solution for the European Community in the short term*", e, infine, da S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 331.

(23) Sostenuta da W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 286 a favore della *harmonized tax base* e da S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 344 a favore, invece, della introduzione della *European Union company income tax*.

(24) Un ulteriore contributo al dibattito sulla tassazione dei gruppi societari europei è stato dato dal convegno "*company taxation*" tenutosi il 29-30 aprile 2002 a Bruxelles, dove più di cinquecento esperti fiscali hanno cercato di fornire diverse soluzioni tecniche per consentire l'utilizzo di un'unica base imponibile consolidata a livello europeo. I lavori del congresso saranno pubblicati nel corso del 2003.

(25) *European Parliament, Report on the Commission communication to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union - Priorities for the years ahead*, A5-0048/2002 Final.

cessive levels" e "stresses that tax competition is not at odds with the completion of the internal market, which does not entail a total levelling-out of competitive conditions in each country and certainly not those relating to taxation; emphasises that the taxation dimension is not issue which is internal to each country, but does demand the intensified removal of discrimination, double taxation and administrative barriers".

La Commissione parlamentare nel documento citato, inoltre, ha categoricamente riconosciuto che "whatever approach is taken to establishing a European consolidated tax base, decisions on levels of tax must remain within the exclusive competence of the Member States; therefore considers that the harmonisation of tax on company revenue makes no sense, even in the form of the introduction of a minimum level of tax" (26).

2. Il Parere del Cese

Nonostante la Commissione e il Parlamento Europeo si siano orientate nel ritenere non indispensabile né tantomeno auspicabile l'armonizzazione totale dei regimi tributari degli Stati membri, il Comitato Economico e Sociale Europeo, con un recente parere pubblicato sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità Europee del 7 ottobre 2002 (27) relativamente alla Comunicazione presentatagli dalla Commissione europea il 23 ottobre 2001, sembra prendere una posizione completamente opposta.

Il Comitato si è soffermato, in modo particolare, sul problema, affrontato dalla Commissione nella citata Comunicazione, concernente la definizione di una base imponibile consolidata per le società che svolgono le loro attività nel territorio comunitario, ritenendo che solo la soluzione di tale problematica fiscale renderebbe possibile il miglioramento "dell'efficienza, della semplicità e della trasparenza dei regimi di tassazione delle società, segnatamente riducendone i costi di conformità" (28).

L'atteggiamento del Comitato, che va senz'altro condiviso, sembra essere finalmente rivoluzionario nei confronti del tema dell'armonizzazione dell'imposta sul reddito delle società: bocciando tutte le alternative intermedie e poco risolutive proposte dalla Commissione e già ampiamen-

(26) Punto 24 del Rapporto della Commissione Parlamentare.

(27) Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo, 2002/C 241/14, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, serie C, del 7 ottobre 2002 n. 241. Per un primo commento si veda A. Iorio - A. Santi, *Punto d'arrivo la base imponibile uniforme*, in *Guida Normativa*, 2002, n. 205, pagg. 30 ss.

(28) Punto 5.4. del Parere Cese.

te commentate nel paragrafo precedente, infatti, il Comitato spinge verso una uniformazione incondizionata dei regimi fiscali del reddito di impresa in seno all'Unione Europea. Invero, secondo il Cese, soltanto con l'istituzione di una base imponibile armonizzata si consentirebbe alle multinazionali europee di calcolare, relativamente alle attività svolte nel territorio comunitario, il reddito di tutto il gruppo sulla base di un unico corpo normativo e, conseguentemente, di redigere dei conti consolidati a fini fiscali, eliminando eventuali doppie tassazioni su operazioni di riorganizzazione interne.

Il Comitato, infatti, rammaricandosi che *"il campo di applicazione delle proposte della Commissione si concentri essenzialmente sulla questione degli ostacoli fiscali alle attività transfrontaliere delle imprese mentre le disparità fiscali riguardano tutte le imprese, specie quelle piccole"* (29), ritiene che la quarta opzione proposta, quella cioè di una base imponibile armonizzata, sia l'unica che possa effettivamente eliminare gli ostacoli fiscali nel mercato unico, garantendo così in seno alla Comunità una situazione di concorrenza fiscale leale (30).

Inoltre, il Comitato, contraddicendo in fondo quanto finora sostenuto dalla Commissione, ha riconosciuto che l'obiettivo di una base imponibile armonizzata per tutte le imprese dell'Unione Europea è anche compatibile con il mantenimento della sovranità fiscale in capo ai singoli Stati membri - nonché alle regioni autonome in essi compresi - in quanto verrebbe comunque garantita la loro autonomia nel fissare l'aliquota fiscale da applicare nel loro ambito territoriale: in tale ottica viene espresso un parere favorevole *"alla sperimentazione del processo che conduce ad una base imponibile armonizzata in primo luogo per le società che hanno scelto lo statuto europeo"* (31), per poi, si intende, allargare tale sperimentazione a tutte le società stabilite nella Comunità.

Un passaggio di particolare interesse del parere reso dal Comitato Economico e Sociale è, inoltre, quello relativo alla necessità di coordinare il processo di armonizzazione dell'imposta sul reddito delle società con quello di omogeneizzazione dei principi contabili in seno all'Unione Europea. Invero, ha rilevato il Cese che, sebbene l'approvazione della 4° e della 7° direttiva abbia consentito di fare in questa materia notevoli passi in avanti, le regole ed i principi concernenti la tenuta della

(29) Punto 6.2. del Parere Cese.

(30) Il Cese al punto 7.2.1. infatti afferma che *"le tre altre opzioni proposte dalla Commissione europea (salvo il caso di un'imposta europea non facoltativa), intendono creare due regimi distinti per le imprese, a seconda che esse sviluppino o no attività al di là delle loro frontiere nazionali. Tali soluzioni darebbero origine a una sorte di privilegio fiscale, una tassazione a due velocità, e per tale ragione non sono accettabili"*.

(31) Punto 7.2.4 del parere Cese.

contabilità delle imprese comunitarie sono ancora molto divergenti da Stato a Stato.

Proprio su tale aspetto, ad avviso di chi scrive, di notevole importanza per le sue implicazioni in materia fiscale è il regolamento n. 1606/02 (32) sull'applicazione dei principi contabili internazionali che ha l'obiettivo di rafforzare la comparabilità dei bilanci redatti dalle società, in particolare quelle quotate, i cui titoli sono negoziati in mercati regolamentati (33): la Commissione UE ha infatti deciso di non introdurre distinti principi contabili, ma di recepire quelli, internazionalmente riconosciuti, emanati dallo Iasb, che sono stati scelti in alternativa ai principi contabili statunitensi, cosiddetti Us Gaap, giudicati, per certi aspetti, meno internazionali.

Più precisamente entro il 1° gennaio 2005 le società i cui titoli sono negoziati in mercati pubblici e quelle che si preparano a chiedere la quotazione dovranno redigere i conti consolidati conformemente ai principi contabili internazionali, mentre gli Stati membri potranno prescrivere (o anche consentire) che tale obbligo si applichi anche relativamente ai conti annuali delle stesse società od, anche, a quelle i cui titoli non sono negoziati.

L'adozione dei nuovi *standard*, decisa dalla Comunità Europea, comporterà pertanto il passaggio, per molte imprese della UE, a criteri pressoché inediti, che avranno effetti anche sorprendenti sui conti aziendali. L'esempio più noto, ed anche temuto, è rappresentato dall'introduzione del criterio del *fair value*: l'abbandono del criterio del costo storico in favore del valore equo o di mercato rappresenterà, prima ancora che una modifica di una tecnica contabile, il mutamento radicale di un approccio alla redazione del bilancio di esercizio. Mentre il criterio del costo, infatti, privilegia la continuità dei valori di bilancio da un esercizio ad un altro, il criterio del *fair value* punta su una

(32) Regolamento n. 1606/02 del Consiglio in *GU L 243* dell'11 settembre 2002. Per un primo commento si vedano F. Roscini Vitali, *Bilanci in "chiaro": la UE punta agli Ias*, in *Il Sole 24 ore* del 22 settembre 2002 n. 259 e A. Saponaro, *I derivati nella delega per la riforma societaria: coordinamento con i recenti orientamenti comunitari*, in *Le Società*, 2002, n. 10, pagg. 1206 ss., dove l'autore constatando la presenza, sia nella legge delega per la riforma del diritto societario che nella legge Comunitaria 2001, di disposizioni in particolar modo riferite agli strumenti finanziari derivati, fa alcune osservazioni su come il legislatore nazionale debba, nell'ambito delle norme che presiedono alla formazione del bilancio d'esercizio, prevedere una specifica disciplina di tali strumenti allineata agli orientamenti comunitari recentemente affermati.

(33) Il Cese al punto 6.8.2. del Parere, tuttavia, osserva che "occorre tener presente che tali norme internazionali hanno una finalità basilare che è quella di fornire informazioni contabili agli investitori, mentre l'imposta sulle società necessita di una contabilità che rispecchi lo stato patrimoniale dell'impresa, allo scopo di determinare il risultato ottenuto in ciascun esercizio fiscale".

maggior rispondenza delle scritture alla realtà del momento, permettendo così di cogliere meglio i rapidi mutamenti che si verificano nelle economie più avanzate.

L'importanza di tale regolamento (34), limitatamente all'oggetto della presente trattazione, è nella stretta connessione che esiste tra la disciplina fiscale e la redazione del bilancio di esercizio; l'interrelazione (35) tra il diritto tributario e i principi contabili che regolano l'imputazione di componenti positivi e negativi nel Conto Economico, limitandoci alla normativa italiana, è contenuta nell'art. 52, del D.P.R., 22 dicembre 1986, n. 917 (cosiddetto Testo Unico delle imposte sui redditi), secondo il quale, "il reddito d'impresa, salvo quanto disposto dall'art. 79, è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo di imposta, le variazioni conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni del presente testo unico" e nell'art. 75, comma 4, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 secondo il quale "le spese e gli altri componenti negativi non sono ammessi in deduzione se e nella misura in cui non risultano imputati al conto dei profitti e delle perdite relativo all'esercizio di competenza" (36).

(34) Sempre in materia contabile è doveroso segnalare la recente Direttiva 2001/65/CE del 27 settembre 2001 concernente le regole di valutazione per i conti annuali e consolidati di taluni tipi di società nonché di banche e di altre istituzioni finanziarie concernente l'introduzione del *fair value*.

(35) Per tutti G. Falsitta, *La dichiarazione tributaria ed il bilancio di esercizio*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto dal prof. A. Amatucci, Padova, 2001, pagg. 909 ss.

(36) Tale norma, comunque, dovrebbe essere soggetta a rivisitazione nella Riforma Vietti-Mirone; il testo della legge delega n. 366, del 3 ottobre 2001, all'art. 6, lettera a), prevede infatti l'eliminazione delle interferenze prodotte nel bilancio dalla normativa fiscale sul reddito di impresa anche attraverso la modifica della relativa disciplina. L'eliminazione delle interferenze fiscali dovrebbe essere attuata con la soppressione dell'art. 2426, comma 2, cod. civ., che consente di imputare al conto economico rettifiche di valore e accantonamenti per soli motivi fiscali. Lo schema del decreto legislativo di attuazione, tuttavia, non si è spinto fino al punto di intervenire e modificare le norme tributarie, che, invero, costituiscono, come visto sopra, le principali responsabili delle interferenze fiscali nel bilancio, dando così l'impressione di aver dato un'attuazione solo parziale alla delega. Il motivo di questo mancato intervento in materia fiscale, potrebbe però essere individuato nel fatto che, nel frattempo, è stato reso noto lo schema di legge delega per la riforma del sistema fiscale nazionale, che all'art. 4, comma 1, lettera i) fissa il criterio della "deducibilità delle componenti negative di reddito forfetariamente determinate, quali le rettifiche dell'attivo e gli accantonamenti a fondi, indipendentemente dal transito dal conto economico al fine di consentire il differimento d'imposta anche se calcolate in sede di determinazione dell'utile". A questo proposito si condivide l'osservazione di M. Piazza, *Ma con il fisco modifiche da coordinare*, in *Il Sole 24 ore* del 19 ottobre 2002, n. 286, secondo il quale, poiché i bilanci relativi a esercizi chiusi dopo il 30 settembre 2003 dovranno essere redatti se-

Si tratta, invero, di due norme che, statuendo il principio di interdipendenza tra il diritto tributario e le regole contabili alla base della redazione del bilancio di esercizio, evidenziano, in maniera chiara, come l'adozione dei nuovi principi contabili per la redazione dei conti annuali, prevista dalla norma comunitaria, potrebbe influire anche sulla determinazione del reddito d'impresa, attuando già di fatto una prima armonizzazione di alcuni criteri di determinazione della base imponibile del reddito societario a livello europeo.

In altri termini, ad avviso di chi scrive, l'adozione di principi contabili comuni da parte di tutti gli Stati membri potrebbe produrre degli effetti, forse non del tutto previsti, anche in termini di imposte dirette sulle imprese, limitando, sia pure parzialmente, la sovranità impositiva dei singoli governi (37). A tal proposito, va, però, osservato che il criterio della dipendenza parziale, in vigore in Italia, permette comunque al legislatore nazionale, attraverso il meccanismo delle variazioni in aumento ed in diminuzione, di disattendere le risultanze dell'applicazione dei principi contabili: il legislatore fiscale, infatti, è in ogni caso libero di stabilire delle regole specifiche, divergenti da quelle prettamente contabili, per l'imputazione dei componenti reddituali positivi o negativi o per la valutazione delle immobilizzazioni materiali ed immateriali, con l'effetto, pertanto, di aumentare il divario tra il reddito civilistico e quello imponibile ai fini fiscali.

Un altro importante passo in avanti è stato inoltre recentemente fatto dalla Comunità Europea in una materia, il diritto commerciale comunitario, che potrebbe produrre dei riflessi anche nel campo della tassazione del reddito delle società o, quantomeno, potrebbe accelerare, come del resto evidenziato anche dal Comitato Economico e Sociale Europeo, una presa di posizione sul tema (38). Dopo oltre 30

243

condo la nuova normativa civilistica, cioè senza più la possibilità di imputare a bilancio accantonamenti o rettifiche di valore di natura esclusivamente fiscale, se nel frattempo non sarà ancora entrata in vigore la riforma fiscale "si verificherà un vuoto legislativo che rischierà di comportare l'assoggettamento a tassazione di tali rettifiche e accantonamenti".

(37) È opportuno comunque sottolineare, che, in ogni caso, potranno essere previste delle regole fiscali che annullino gli effetti della modifica dei criteri contabili adottati per la redazione del bilancio di esercizio.

(38) A tal proposito, merita certamente un plauso lo sforzo fatto dalla Commissione per l'organizzazione della conferenza di Bruxelles del 29-30 aprile 2002, durante la quale, professori universitari, professionisti ed esponenti del governo hanno dato i propri contributi e fatto le loro osservazioni in merito alle proposte della Commissione riguardanti la tassazione del reddito delle società nell'Unione Europea. Per esaustivo riassunto delle conclusioni della conferenza si veda J. Martens Weiner, *EU Commission, Member States Commit to EU-Wide Company Taxation, Formulary Apportionment*, in *Tax Notes International*, 26, 2002, pagg. 515 ss.

anni dall'inizio dei negoziati sulla Società europea (39), il Consiglio ha approvato (40), infatti, i due strumenti legislativi necessari alla sua istituzione, confermando, integrati gli emendamenti del Parlamento europeo, i testi su cui si era espresso un orientamento favorevole in occasione del Consiglio "Occupazione e politica sociale" del 20 dicembre 2000.

Alle imprese che operano in più Stati membri, lo statuto della Società europea permetterà di costituirsi in società di diritto comunitario e di operare come gestore unico dell'impresa e della relativa informazione finanziaria, evitando così di conformarsi alla legislazione nazionale dei vari Stati membri in cui hanno una filiale e dando, pertanto, la possibilità alle stesse di ridurre i connessi costi amministrativi.

Secondo lo statuto della Società europea (41), essa, inoltre, potrà nascere da una *holding* o da una filiale comune, dalla fusione di società situate in almeno due Stati membri o dalla trasformazione di una società esistente costituita ai sensi del diritto nazionale di uno Stato membro.

Su tali due provvedimenti comunitari, brevemente descritti nelle loro linee generali - lo statuto della società europea e l'adozione di principi contabili comuni a livello europeo -, si concorda con il Comitato Economico e Sociale Europeo nel senso di ritenerli comunque due tasselli importanti nella lunga strada che porta all'armonizzazione fiscale delle imposte sul reddito delle società.

Questi, infatti, ad avviso di chi scrive, potrebbero rappresentare l'inizio di un concreto processo di avvicinamento delle legislazioni fiscali

(39) Per un maggior approfondimento sull'evoluzione della problematica in seno alla Comunità Europea si vedano: A. Santamaria, *Diritto Commerciale Comunitario*, Milano, 1995, pagg. 182-183; T. Ballarino, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1990, pagg. 396 ss.; P. Valente, *Società europea, proposta di regolamento per il modello societario paneuropeo*, in *Rass. Fisc. Inter.*, n. 4, 1999, pagg. 304 ss.; P. Bonarelli, *Armonizzazione del diritto societario negli Stati membri, "società europea" e "società privata europea"*, in "il fisco", n. 48/1999, pagg. 475 ss.; S. Lodin - M. Gamme, *op. cit.*, in *Rass. Fisc. Intern.*, n. 4/2000, pagg. 24 ss.; *Nuovo Diritto Societario e Società Europea*, in *Guida Normativa, dossier mensile*, ottobre 2001; S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pag. 340.

(40) Regolamento CE n. 2157/2001 del Consiglio relativo allo *Statuto della Società europea* e Direttiva 2001/86/CE del Consiglio che completa lo *Statuto della Società europea* per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori in *GU L 294* del 10 novembre 2001.

(41) La registrazione di una società europea in un registro nello Stato membro di sede statutaria dovrà poi essere pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. La società europea dovrà essere una società di capitali per azioni, con un capitale minimo di almeno 120.000 euro.

nazionali (42): la loro effettiva introduzione nei sistemi giuridico-contabili degli Stati membri, infatti, dovrebbe implicare comunque un chiarimento a livello comunitario su quale debba essere concretamente l'effetto di tali provvedimenti.

La previsione di una società europea, invero, non accompagnata dall'introduzione di regole comuni di tassazione, sembra perdere qualsiasi attrattiva, così come l'armonizzazione delle regole contabili, non accompagnata da un corrispondente adattamento delle norme fiscali, potrebbe non produrre gli effetti attesi in termini di chiarezza, trasparenza e comparabilità dei bilanci di esercizio delle imprese nell'Unione Europea.

3. Conclusioni

Il processo di globalizzazione, il progressivo abbattimento dei vincoli e delle barriere sociali ed economiche tra le diverse realtà nazionali, nonché l'exasperazione della concorrenza internazionale in tutti i settori produttivi e finanziari, portano senz'altro a condividere la posizione di chi acutamente ha osservato che *"despite the emphasis on sovereignty, the European tax system is nevertheless undergoing changes. Arguments for taking action in a European context are being heard more frequently. It is striking that these arguments are often founded on the belief that further economic coordination is necessary as a result of the EMU. Member States have to find their way between these two opposite forces in shaping their European tax policy...the road ahead will be not a straight one. It will have many curves and its course will also change in time as the global economic arena evolves"* (43).

Nonostante ciò, la Commissione e il Parlamento Europeo, come già commentato, si sono recentemente orientati nel ritenere non indispensabile né tantomeno auspicabile l'armonizzazione totale dei regimi tributari degli Stati membri e nel concentrare pertanto i loro sforzi esclusivamente nell'eliminazione degli ostacoli fiscali che falsano il corretto funzionamento del mercato interno.

(42) In tal senso anche E. Osterweil, *op. cit.*, in *European Taxation, Special Issue*, 2002, n. 8, pag. 274 dove afferma che *"two developments may act as catalyst to forward movement in the adoption of a common tax base. First, the European Company statute, recently adopted by the Community, will lose much of its value to business if it does not have a tax system that is reasonably uniform throughout the European Union. Second, company tax accounts in most European countries are based on statutory accounts that in turn rely on the application of locally approved general accounting standards. If as planned, International Accounting Standards become effective throughout the European Union no later than 2005, that developments may point the way to a convergence of tax accounts on an EU-wide basis"*.

(43) Cfr. W. J. Bos, *Netherlands: the changing world of European tax policy*, in *European Taxation*, in *European Taxation*, 2000, n. 9, pag. 409.

Tale posizione, con particolare riferimento alla tassazione del reddito delle società, non è però condivisibile.

Le diverse alternative all'armonizzazione dei criteri di determinazione della base imponibile dell'imposta sul reddito delle società, proposte dalla Commissione nella più volte citata Comunicazione dell'ottobre 2001, producono in ogni caso degli effetti distorsivi nel funzionamento del mercato unico: i metodi HST e CCBT, infatti, trovano applicazione solo con riferimento ai gruppi societari transnazionali, determinando pertanto una situazione di discriminazione fiscale rispetto alle società che svolgano la loro attività esclusivamente nei confini nazionali, mentre il metodo cosiddetto EUCIT, che postula l'introduzione di una nuova *European Union company income tax* valida per tutto il territorio comunitario, sembra, come già osservato, una soluzione eccessiva e, per certi versi, incompatibile con la natura e la finalità propria della CE.

Invero, l'introduzione di una imposta europea delle società, oltre a comportare per gli Stati membri la perdita definitiva della propria sovranità in materia fiscale (circostanza di per sé certo inverosimile) richiederebbe l'esistenza in Europa di una forte e comune identità e coscienza politica, che, allo stato, non sembrano sussistere.

L'armonizzazione fiscale dei criteri di determinazione della base imponibile, sembra, invece, come sostenuto fra l'altro anche dal Cese, la soluzione più coerente per garantire quegli obbiettivi di sviluppo economico che la stessa Commissione si è posta tra le sue priorità.

Ad avviso di chi scrive, quella che dovrebbe essere auspicata, sempre facendo riferimento alla tassazione sul reddito delle società, non è però un'armonizzazione globale dei sistemi fiscali degli Stati membri, bensì una uniformazione dei criteri, delle regole e dei principi fondamentali su cui si basa la determinazione della base imponibile: in tal modo, infatti, ciascuno Stato membro potrebbe mantenere la propria autonomia nel definire alcuni istituti del proprio regime tributario connesso all'imposta sulle società - ad esempio, i metodi per evitare la doppia imposizione in capo agli azionisti (società o persone fisiche), tra credito di imposta o esenzione, ovvero, entro certi limiti, la durata dei periodi di ammortamento, ovvero la deducibilità parziale di alcuni costi particolari - e potrebbe rimarrebbe libero di definire la propria aliquota fiscale, anche in ragione dei servizi resi.

Tale armonizzazione, che potremo definirsi anche "leggera o parziale", si ritiene essere in linea anche con il contenuto dell'art. 94 del Trattato, il quale subordina qualunque decisione del Consiglio concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri alla condizione che le stesse normative incidano direttamente sul funzionamento e sull'instaurazione del mercato unico. Invero, deve ritenersi che il corretto funzionamento del mercato unico, come presupposto per l'attivazione del procedimento di armonizzazione fiscale di cui al citato art. 94, richieda almeno l'omogeneizzazione delle regole e dei principi generali su cui si

basa la tassazione del reddito delle società in tutti gli Stati membri: gli effetti distorsivi dell'attuale *fiscal diversity* esistente in Europa sulla dinamica ed evoluzione del mercato unico sono del resto unanimemente (44) condivisi.

Tale esigenza di armonizzazione "leggera" dovrà essere però coordinata sia con l'oramai certo allargamento dell'Unione Europea ai Paesi dell'Est, che di fatto renderà ancora più difficile il raggiungimento dell'unanimità richiesta per qualsiasi decisione in materia di fiscalità diretta, che con le redive correnti federaliste (45), che, richiedendo una maggiore autonomia finanziaria a livello locale, si contrappongono ad un processo di ravvicinamento delle legislazioni fiscali a livello comunitario.

La definitiva soluzione del problema dell'armonizzazione fiscale delle imposte dirette appare quindi ancora lontana, ma bisogna prendere atto che, dopo un lungo letargo, il dibattito ha assunto nuovo vigore tanto a livello dottrinario che a livello politico: dal confronto e dalla discussione, alla quale si è cercato in piccola parte di contribuire, si auspica possa conseguire una soluzione.

Francesco Amyas d'Aniello

(44) Si vedano, fra gli altri: W. J. Bos, *op. cit.*, in *European Taxation*, 2000, n. 9, pagg. 409 ss; W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, n. 8, pagg. 276 ss.; F. Gallo, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2000, n. 2, pagg. 43 ss.

(45) Per un approfondimento di tale aspetto si rinvia da ultimo a F. Saponaro, *L'armonizzazione fiscale e il ruolo delle autonomie locali del sistema prefederale europeo*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, I, pagg. 1037 ss.

Opinion of the Economic and Social Committee on "Direct company taxation"

(2002/C 241/14) - 7.10.2002 EN C 241/75 Official Journal of the European Communities

European Union – direct company taxation – Approach of the European Commission – has to be supported – Establishment of fair competition between companies – must be a priority of any European initiative on taxes – fiscal regulations – are closely linked to the harmonisation of accounting standards – European Commission's proposals – First phase – is a major step towards removing fiscal barriers within the single market but it is not enough – Harmonised tax basis – is essential to create tax code transparency in the EU prior to establishing conditions for fair competition – Rule of unanimity for corporate taxation matters – has to be modified.

The ambitious approach of the European Commission about direct company taxation has to be supported, but the scope of the Commission's proposals cannot be concentrated on the fiscal obstacles to companies' cross-border activities, whereas tax disparities affect all companies, especially small ones.

The establishment of fair competition between companies must be a priority of any European initiative on taxes and equal treatment for all categories of companies, especially the smallest, must be more than an objective; it must be an imperative, underpinning this project at all stages in its implementation.

The EU has not achieved a true harmonisation of European companies' accounting obligations. While it is true that the adoption of the Fourth and Seventh Company Law Directives has brought national accounting standards for companies closer together, modifications and the special rules for certain types of company have created a whole complex of rules that makes harmonisation impossible.

As regards the first stage, the EESC first of all supports the European Commission's proposals aimed at speeding up measures to avoid double taxation, particularly the proposal to set up a Joint EU Forum on transfer pricing. In the opinion of the EESC, such proposals to be a major step towards removing fiscal barriers within the single market, but they aren't enough.

The EESC feels it is essential to create tax code transparency in the EU prior to establishing conditions for fair competition. With this in mind, the fourth option proposed by the Commission, that of a harmonised basis of assessment, is the only option to meet this aim. The other three options proposed by the European Commission (except the case of a non-optional European tax) seek to create two different codes for companies, depending on whether they trade beyond their national borders or not. These solutions would create a sort of tax privilege, a two-speed tax system. They cannot therefore be accepted.

Among the institutional advances which would make it possible to achieve an internal market with a transparent tax code, the EESC puts particularly the modification of the rule of unanimity for corporate taxation matters.

On 17 January 2002 the Economic and Social Committee decided, in accordance with Rule 23 of its Rules of Procedure, to draw up an own-initiative opinion on 'Direct company taxation'.

The Section for Economic and Monetary Union and Economic and Social Cohesion, which was responsible for preparing the Committee's work on the subject, adopted its opinion on 25 June 2002.

The rapporteur was Mr Malosse and the co-rapporteur Mrs Sánchez Miguel.

At its 392nd Plenary Session of 17 and 18 July 2002 (meeting of 17 July 2002), the Economic and Social Committee adopted the following opinion by 127 votes to none, with one abstention.

1. Introduction

24

1.1. On 23 October 2001, the Commission submitted a communication to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee entitled:

Towards an Internal Market without tax obstacles: A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities.

1.2. The aim of this communication is to set out the Commission's views on the actions that it deems are necessary and realistic to take in the field of company taxation in the EU over the next few years in order to adapt the taxation of EU companies to the new economic environment and enhance the effectiveness of the internal market by removing internal tax barriers. Corporate taxation represents 3,2% of GDP in the EU.

1.3. The Commission is convinced that company tax regimes in the EU have not succeeded in adapting to such developments as globalisation, the economic integration of the internal market and Economic and Monetary Union. It therefore feels that a new approach is essential to ensure what it calls the tax 'welfare' of business operators.

1.4. To build this new approach the Commission is counting on the findings of a detailed economic and legal survey which has enabled it to highlight the tax burden on companies in the various EU countries and to identify 'fields in which company tax systems ... hamper cross-border

economic activity in the Internal Market (and consequently) undermine the international competitiveness of European companies'.

1.5. More generally, and before assessing this communication in detail, one must note the importance of this initiative for the Commission, without precedent since the conclusions of the Ruding Committee in 1992. The most innovative element is undoubtedly the proposal for a consolidated basis for harmonised company taxation.

1.6. The EESC's initiative falls within the framework of the debate launched by the European Commission in its Communication. But it also takes into account all the factors that lead to big competitive differences between companies within the single market, such as social security contributions, the cost of capital and labour, general economic conditions, the standard of infrastructure and public services, training and staff skills. It must be noted here that taxation can be a decisive factor, but it is not the only one to be taken into account when choosing investment locations.

2. The findings of the European Commission's study

The study first of all gives many examples of the tax burden on companies in the various EU countries:

2.1. According to the Commission, to make a comparison one must consider not nominal but real rates, i.e. the tax really paid by companies during a given operation.

2.2. The Commission noted that even if taxation is only one factor among others in determining investment and financing decisions, the size of the variations in real tax rates from one Member State to another required thorough analysis.

There are major variations — up to 30% — between real company tax rates across the EU, and these are mainly due to differences in national legal tax rates, rather than differences in the basis of assessment.

2.3. Despite differences in the basis of assessment, rates are, according to the Commission, a good indicator of the overall tax burden. However, the Commission remains convinced that the fixing of company tax rates is, and must remain for the moment, the responsibility of the Member States.

2.4. Secondly, the study identifies a number of tax obstacles that hamper cross-border economic activity in the internal market. The co-existence of 15 separate sets of rules for determining the basis of assessment in the internal market, as well as generating compliance costs, causes numerous problems for the taxation of intra-group transactions ('transfer pricing') and increases the risks of double taxation.

In this respect, the study of the Commission highlights a series of unfavourable consequences:

2.4.1. Companies must assign profits to each jurisdiction on a basis of full competition through separate accounting.

2.4.2. Member States are reticent about allowing the deductibility of losses by affiliated companies whose profits they cannot tax.

2.4.3. Cross-border reorganisation is likely to generate taxation (capital gains and others).

2.4.4. Double taxation may occur through a conflict of tax laws.

2.5. In addition to these difficulties there are differences in regulations, the provisions concerning the collection of taxes, the rules on disputes and verification, in other words tax practices, which are even more difficult to identify than the basic texts.

3. The strategy proposed by the European Commission

The strategy proposed by the Commission to achieve the tax 'welfare' of business operators is in two stages.

3.1. In the first place, this strategy envisages a number of targeted measures covering such issues as the extension of the directives on dividends and mergers, cross-border loss offset, transfer pricing and double taxation agreements.

3.2. But secondly, the Commission feels that in the longer term companies must be offered the possibility of being taxed on the basis of a consolidated basis of assessment for corporation tax covering all their activities in the European Union, so as to escape the expensive inefficiencies which currently result from the co-existence of 15 separate sets of tax rules.

25

4. First, a short-term strategy taking the form of targeted measures

The Commission considers that the adoption of certain targeted measures 'can, at the same time, be preparatory steps for a comprehensive scheme' and that in the immediate future priority must be given to improving the rules in force and the way they are applied.

4.1. Facilitate application of case law of the Court of Justice

The Commission will formulate guidelines on the important judgments of the Court of Justice with a view to facilitating application in accordance with the Treaty and Community law. In 2001, the Commission started a programme of meetings with the Member States on this issue, which it proposes to continue and step up.

4.2. Merger and Parent-Subsidiary Directives

Cross-border income flows and restructuring operations are often affected by additional taxation. The Merger and Parent-

Subsidiary Directives (90/435/EEC and 90/434/EEC) have not led to the solution of all the problems in this field.

4.2.1. The Commission will submit modifications to the Merger and Parent-Subsidiary Directives, together with detailed guidelines on their application and implementation.

4.2.2. In 1993, the Commission had already submitted proposals aiming to amend these directives (by widening their scope to cover all forms of companies subjected to corporation tax), but it now feels that these directives must also be extended and improved so as to cover a broader range of taxes and transactions. In addition, they will have to cover the companies which will in future be governed by the statute for a European company ('*societas europeae*', SE).

4.2.3. The possibilities of cross-border loss offset remain very limited, and groups are often taxed on the profits made in one country of the internal market without being able at the same time to take account of losses suffered in another country.

4.2.4. The Commission will withdraw its 1990 proposal for a directive, which sought to allow companies to take into account losses suffered by their permanent establishments and subsidiaries located in other Member States, and which turned out to be unacceptable to the Member States.

4.2.5. In order to overcome the reservations of the Member States about any Community initiative in this field, the Commission proposes holding, in 2002, a series of preparatory technical meetings with the Member States with a view to drawing up a new improved proposal, possibly with a broader scope, and submitting a report on its legislative intentions before the end of 2003.

252

4.3. *Transfer pricing*

The issue of transfer pricing is, on the international front, one of the main bones of contention between companies and the tax authorities, or even between the tax authorities themselves.

4.3.1. The taxation levied on trade in goods and services within multinational companies is all the more important in view of the unprecedented growth in such trade in recent years, which now accounts for almost half of world trade. The tax authorities' view of multinationals and their internal commercial transactions is, of necessity, restricted by their territorial jurisdiction, and an overall view of operations is impossible.

4.3.2. It is also true that the yield on such trade does not always obey the law of the market place, as companies are often suspected of reducing their overall tax burden by transferring profits to countries where the tax system is most favourable. The tax authorities will therefore question prices which, in their view, do not correspond to those which would have been practised between independent companies, and the risk of double taxation is great because of differences in approach between coun-

tries. Thus, a price will be considered too high in one state and too low in another, leading to an adjustment in both cases, without the authorities being able to agree on what should be the 'correct price'.

4.3.3. Despite the action taken to work out fair principles, notably at the urging of the OECD, the risk of disputes with the tax authorities is very great, especially as their major priority is to safeguard tax income. As a result, there are frequent cases of double taxation.

4.3.4. In addition, since international tax conventions cannot effectively apply here, the solutions envisaged by no means remove the risk of differences in assessment occurring depending on the states, which have only a partial view of operations.

4.3.5. As this problem will arise with even more urgency in the future in an integrated European market, joint solutions must be found at EU level.

4.3.6. To do that, the Commission proposes to set up a Joint EU Forum on Transfer Pricing with the Member States in the first half of 2002. The aim would be to improve coordination between Member States, and between Member States and companies, as regards the taxation of cross-border intra-group transactions. Moreover, Member States are tending to impose increasingly strict documentation requirements on companies as regards transfer pricing. This forum could consider a number of issues that do not require the adoption of legislation, such as advance pricing agreements, documentation requirements and transfer-pricing methodologies, within the OECD guidelines on the matter.

4.4. *The Arbitration Convention and double-taxation agreements*

The machinery for reducing double taxation resulting from cross-border activities, whether it be bilateral double-taxation agreements or the 1990 convention aimed at eliminating assessment differences between national administrations regarding the adjustment of profit transfers between associated companies (the Arbitration Convention — 90/436/EEC) does not work properly.

4.4.1. In 2003, the Commission will submit a proposal for a Directive to renew and improve the Arbitration Convention and submit its provisions for interpretation to the Court of Justice.

4.4.2. In 2004, the Commission intends to publish a communication on double taxation agreements which will stress the need to adapt certain provisions of the bilateral agreements between Member States based on the OECD model convention, so as to bring them more into line with the principles of the EC Treaty. The aim is eventually to have a Community version of the OECD model convention and its comments which would satisfy the specific requirements of EU membership, and even to draw up an EU multilateral convention.

5. Second, a long-term strategy for a consolidated basis of assessment for corporation tax

This is the main innovation in the communication.

5.1. Even if the various targeted measures quoted above will allow some progress to be made on removing tax barriers, the Commission is aware that the basic problem, namely the co-existence of 15 different tax systems in the internal market, will still exist. It is therefore necessary to tackle the root causes of the problem.

5.2. The study appended to the communication gives plenty of food for thought by simulating the effects of a theoretical harmonisation of certain features of the tax systems.

5.3. The most significant effect would be obtained by introducing a uniform nominal tax rate within the EU. No other scenario will have a comparable impact.

5.4. But the Commission feels that defining a consolidated basis of assessment for corporation tax covering all of a company's activities in the EU would make corporation tax schemes simpler, more efficient and more transparent, in particular by reducing compliance costs.

5.5. Setting up a consolidated basis of assessment for corporation tax would allow companies having cross-border and international activities in the EU:

- to compute the income of the entire group according to one set of rules; and
- to establish consolidated accounts for tax purposes, thus eliminating the potential tax effects on purely intra-group transactions.

5.6. To do this, the Commission study has identified several possible technical approaches. The options studied were:

5.6.1. Parent company home-state taxation. The consolidated tax base of a multinational group would be calculated in accordance with the tax code of the state where the parent company is located (i.e. where its registered office is).

5.6.2. Common consolidated base taxation. The consolidated tax base of a multinational group would be calculated according to completely new and harmonised rules, which would apply throughout the EU.

5.6.3. European company income tax. Income tax would be levied on companies at European level and the proceeds would fund (at least partly) the EU budget.

5.6.4. Compulsory harmonisation of existing tax bases. Unlike the three options above, which would co-exist with national tax systems, the consolidated tax base for all EU companies would be calculated from harmonised rules.

5.7. Future developments as regards the European company (European statute for SMEs as proposed by the own-initiative opinion of the

EESC adopted on 21 March 2002 (46) suggest that a general corporation tax code and a consolidated basis of assessment for corporation tax may be envisaged for these companies too, covering all their activities within the EU.

5.8. For this second phase, the Commission has begun a genuine debate on what company taxation in Europe must eventually be, with a presentation of several options for which clear choices must be made.

6. Basic principles to be adopted

6.1. The EESC supports the ambitious approach adopted by the European Commission. It feels that it is really up to the European executive to make proposals that correspond to the needs of European integration.

6.2. The EESC nevertheless regrets that the scope of the Commission's proposals is concentrated primarily on the fiscal obstacles to companies' cross-border activities, whereas tax disparities affect all companies, especially small ones. The EESC considers that one must not underestimate the negative consequences of a lack of transparency or of excessive differentials that may create serious distortions of competition, with tax dumping effects.

6.3. The establishment of fair competition between companies, as the Ruding report pointed out, must be a priority of any European initiative on taxes.

6.4. Equal treatment for all categories of companies, especially the smallest, must be more than an objective; it must be an imperative, underpinning this project at all stages in its implementation.

6.5. These tax proposals must be consistent with the EU's main political objectives. For example, according to the strategies decided in Cardiff and Luxembourg, it is important for these proposals to create a job-friendly climate, so they should aim at tax neutrality in relation to the two production factors that are labour and capital. It is also important for these proposals to be resituated in relation to the competitiveness objectives of the Lisbon European summit and promote a tax code which encourages the creation and development of businesses and jobs.

6.6. The EESC supports an approach that will enable tax codes to be simplified, both for cross-border and domestic activities. To achieve this goal, it is essential to aim at transparency in EU corporation tax codes.

6.7. The EESC feels that the EU should take its cue from tax solutions that have already been found in countries where different codes, while respecting diversity and territorial sovereignty, do not jeopardise

(46) OJ C 125, 27.5.2002, p. 100: 'A European Company Statute for SMEs' (INT/109).

the principle of fair competition and are applied openly. The Swiss example is worth closer study here, for it would appear that it has managed to reconcile subsidiarity with overall harmony.

6.8. The EESC would stress that tax regulations must be closely linked to the harmonisation of accounting standards.

6.8.1. The EU has not achieved a true harmonisation of European companies' accounting obligations. While it is true that the adoption of the Fourth and Seventh Company Law Directives has brought national accounting standards for companies closer together, modifications and the special rules for certain types of company have created a whole complex of rules that makes harmonisation impossible.

6.8.2. The use of International Accounting Standards (IAS) could be a solution, and has already been included in the Community standards (47) for companies listed on a stock exchange, financial companies and insurance companies.

However, it has to be borne in mind that these international norms have a basic purpose: to give accounts information to investors, whereas corporation tax needs an accountancy code that reflects the state of the company's assets, so that the result obtained in each tax year can be worked out.

6.9. The EESC supports the approach of linking the EU's tax proposals to European company statutes. As stated in the EESC's own-initiative opinion on a European company statute for SMEs (48), these must be accessible to any category of company.

6.10. The EESC considers that the forthcoming enlargement of the EU to include countries whose income generally is a long way below the EU average, is a factor for speeding up any European initiative on company taxation. On the one hand, enlargement can only aggravate existing tax disparities within the single market and, on the other, it is useful to establish a certain number of common principles for countries which are setting up their tax codes on entirely new foundations.

7. The positions of the EESC

7.1. As regards the first stage, the EESC first of all supports the European Commission's proposals aimed at speeding up measures to avoid double taxation, particularly the proposal to set up a Joint EU Forum on transfer pricing.

(47) OJ C 260, 17.9.2001, p. 86: 'Application of international accounting standards' (INT/101).

(48) OJ C 125, of 27.5.2002, p. 100: 'A European Company Statute for SMEs' (INT/109).

7.1.1. The EESC considers such proposals to be a major step towards removing fiscal barriers within the single market.

Even so, these initiatives will have no effect on the exaggerated tax distortions which persist within the single market and are likely to get worse with enlargement.

7.1.2. The EESC urges that this first phase of practical solutions be implemented without delay.

7.2. As regards the next phase, the EESC (49) approves the aim of having an internal market free from tax barriers. It feels that this can only be a means of establishing common principles to encourage an internal market where fair competition would prevail. These common principles should also encourage simplification, competitiveness and job creation.

7.2.1. The EESC feels it is essential to create tax code transparency in the EU prior to establishing conditions for fair competition. With this in mind, the fourth option proposed by the Commission, that of a harmonised basis of assessment, is the only option to meet this aim. The other three options proposed by the European Commission (except the case of a non-optional European tax) seek to create two different codes for companies, depending on whether they trade beyond their national borders or not. These solutions would create a sort of tax privilege, a two-speed tax system. They cannot therefore be accepted.

7.2.2. The objective of a harmonised tax base for all EU companies is compatible with the tax sovereignty of the EU's Member States and regions because it preserves their power to fix the level of tax. It must be stressed here that the transparency of a harmonised tax base would enable economic players to put strong pressure on national authorities, which is not the case today because tax codes are so opaque. An eventual real convergence of the levels of direct company taxation would be desirable. An intermediate stage could be to fix tax bands that, among other things, meet the Lisbon summit's objectives of boosting EU competitiveness.

7.2.3. When considering what should be a harmonised tax base, the European Commission should also take into account the need for a tax code that has a neutral effect on production factors, taking particular care not to discourage employment.

7.2.4. The EESC thinks the process for having a harmonised tax base should be tried by companies that have opted for a European statute, on the understanding that they will have no tax privileges compared with other companies. To help them, however, and to make European statutes attractive, one could propose to them a consolidated tax base in accordance with the European Commission's second option, which would simplify matters for companies with transnational activities.

(49) OJ C 48, 21.2.2002, p. 73: 'Tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead' (ECO/072) and OJ C 149, 21.6.2002, p. 73: 'Fiscal competition and its impact on company competitiveness' (ECO/067).

The EESC is in favour of all companies, whatever their organisation and size, being allowed to opt for a European statute. In this connection the EESC asks the European Commission to examine without delay its own-initiative opinion calling for a European statute for SMEs.

7.2.5. The EESC also supports the institutional advances which would make it possible to achieve an internal market with a transparent tax code, particularly the modification of the rule of unanimity for corporate taxation matters. It is also in favour of the procedure for strengthening co-operation as defined in the Treaty of Nice, which would enable a group of Member States to move forward as pathfinders in accordance with Community rules.

Brussels, 17 July 2002.

The President of the Economic and Social Committee
Göke FRERICHS

Harmonization of company taxation: advice of the European Economic and Social Committee, Community regulation on accounting principles and the European company. Maybe a turnaround? (*)

1. Communication from the Commission dated 23 October 2001: a consolidated tax base for European multinational companies, 2. Advice of the European Economic and Social Committee 3. Conclusions

258

1. Communication from the Commission of 23 October 2001

To exactly understand the innovatory significance of the recent intervention of the European Economic and Social Committee concerning company taxation within the European Union, it is necessary to put in practice a preliminary analysis of the Commission's communication of 23 October 2001 (1).

In my opinion, the principal message of this document, seems to be the definitive abandonment of any desire of harmonization of direct taxes within the European Union: with regard in particular to corporate income

(*) Translated by Carmela Ianniello and Sebastiana Romeo.

(1) *European Commission, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated tax base for their EU-wide activities*, dated 23 October 2001 COM (2001) n. 582 final. For a first and synthetic comment see also B. Santacroce - P. Valente, *Allo studio diverse formule per le attività transfrontaliere*, in *Guida Normativa*, 2001, no 207, page 37.

taxes, the Commission in fact beyond observing that *"from the economic point of view, in order to be efficient as well as favourable to the competitiveness of European firms, company taxation within the domestic market must... not exclude the possibility of a general tax competition, though combating every kind of tax competition detrimental or economically undesirable"*, recognized also not to dispose of *"convincing evidence leading to recommend particular measures to re-approach national tax rates or to fix a minimum company taxation rate"*.

Therefore, the Commission turned its attention exclusively on the abolition of tax obstacles to transnational economic activities in the internal market and identified in some topics the principal knots that have to be loose in order to improve investments and capital mobility between member States; in particular, she observed that:

- Taxation, through withholding taxes, on distribution of dividends or on the payment of interests and royalties between economic agents resident in different Member States is still present and rather important;
- Strong restrictions placed on transnational loss set-off imply relentlessly phenomena of double taxation within the same group of companies;
- Transnational restructuring transactions still give rise to high tax burdens in spite of the Directive 90/434 on the common system of taxation applicable to mergers;
- Some taxation regimes still have provisions favourable for investments which alter competition within the EU.

In conclusion of this close examination, the Commission thus asserted that: *"most of these problems originate from the fact that companies within the EU have to comply with fifteen different tax regulations. Considering that these companies operate more and more within the EU towards an single market, this situation is contrary to the efficiency of company structures and plans from an economic point of view"*; in order to eliminate these tax obstacles, the Commission mentioned two complementary solutions: the first one consists in fostering measures aimed at solving most short-term urgent problems (like the source taxation on interests and royalties, or the possibility to deduct losses become payable to associated companies), the other consists in the beginning of a long-term global approach aimed at identifying a single and consolidated tax base for the taxation of companies belonging to the EU.

And it's just this last approach to represent perhaps the most important news (2) of this document issued by the Commission. The

(2) Ambitiousness of the new approach of the Commission is very well summarized by prof. W. Schön, *The European Commission's Report on Company Taxation: a Magic Formula for European Taxation*, in *European Taxation, Special issue*, no. 8, 2002, page 276, who, in fact, starts to comment the Communication of October 2001 with the following: *"Imagine you had met Sisyphus in Hades, confronting man who had for decades tried to push a stone up a hill, never succeeding and every time starting anew. Imagine further that this man explained to you that we was fed up with his frustrating work and that he would now try another way, choosing a new stone that was much lar-*

Commission in fact admits that "only if a tax regime with consolidated tax base is put at the disposal of multinational companies for their EU-wide activities, it is possible to really and systematically remove most of tax obstacles to transnational economic activities in the single market through one only company taxation regime". The study made by the Commission's services on "The company taxation in the internal market" (3) identified a series of technical possibilities to define a consolidated corporate tax base for EU-wide activities and more specifically the "Home State Taxation" (HST), the "Common Consolidated Base Taxation" (CCBT), the introduction of the so-called "European Union Company Income Tax" (EUCIT) and, at last, the calculation of a single tax base harmonized in the UE (4).

ger and more complicated than the one he had used before. Would you call this project vain or visionary ?.....this is exactly what comes to mind after working through the European Commission's new Communication on company taxation...". Though recognizing the project ambitiousness, H. Nijkamp is certainly more critical in his *Ambitious plan for EU company tax reform fails to address critical issue*, in *EC-TAX Review*, 2002, no. 1, page 3, when he asserts that "ambitious as the plan that Bolkestein presented may be, it fails to think through the relation between the company tax base, the tax rate and the EU action against harmful tax competition. With the impending enlargement of the EU, with candidate countries such as Estonia, this is a serious shortcoming. In spite of all delicacies, it would have been up to the Commission, attached as it is to its exclusive right of initiative, to initiate the debate on sustainable levels of company taxation in the EU".

260

(3) Commission Staff Working Paper, *Company Taxation in the Internal Market*, 23 October 2001, SEC(2001) no.1681 (the Commission's Study).

(4) See for doctrine : F. Bolkestein, *The future of European tax policy*, in *EC-TAX Review*, 2002, no. 1, from page 19 onwards.; E. Osterweil, *Introduction: Reform of Company Taxation in the EU Internal Market*, in *European Taxation, Special issue*, no. 8, 2002, from page 271 onwards.; W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 276 onwards.; G. Maisto, *Shaping EU Company Tax Policy. Part I: Amending the Tax Directives; Part II: the EU Model Tax Treaty*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 287 onwards.; B. Gibert, *A French Reaction to the Communication from the Commission "Towards an Internal Market without Tax Obstacles*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 309 onwards.; W. Gassner, *Company Taxation in the Internal Market - an Austrian Perspective*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 317 onwards.; B. Westberg, *Consolidated Corporate Tax Bases for EU-Wide Activities: Evaluation for Four Proposals Presented by the European Commission*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 322 onwards.; S. Raventós-Calvo-J. L. de Juan y Penalosa, *The Commission's Proposal on Company Taxation from a Spanish Perspective*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 331 onwards.; S. R. F. Plasschaert, *Further Thoughts on the "European Union Company Income Tax" and its First Cousins*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 336 onwards.; J. Martens Weiner - J. Mintz, *An Exploration of Formula Apportionment in the European Union*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 346 onwards.

The first approach, called *Home State Taxation* (5), supposing that each Country puts into effect a sort of mutual acknowledgement of company income taxes adopted by the other member States, provides that the taxable income of the companies group is calculated according to tax rules applied in the Country in which the parent company has its residence, despite its subsidiaries and/or permanent establishments are resident of another member State: income so determined would be then shared between the various concerned countries which apply their own rate to the income share due to them. Although by following such tax method States do not risk to jeopardize their tax sovereignty as to the determination of the tax base that can be applied, the *Home State Taxation* presents a certain number of drawbacks (6).

First of all, it must be pointed out the difficulty to identify a formula for the allocation of the tax base between member States in which the group operates, duly considering the opportunity to anticipate a sort of offsetting of profits and losses achieved in the various concerned Countries (7); moreover, not less important is the ascertainment that this kind of method would imply however the need to achieve a higher coordination of audit powers of involved tax administrations.

Finally, the application of this tax method could paradoxically give rise to a phenomenon of "*export of tax advantages*" (8), since, tax regula-

(5) To get deep into the matter see, among other things, also S. Lodin - M. Gamme, *The taxation of the European company*, in *Rass. Fisc. Intern.*, 2000, no. 4, from page 24 onwards. Clearly in favour of this taxation method are S. Raventós - Calvo / J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, no. 8, 2002, from page 331 onwards.

(6) On the same line, E. Osterweil, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 273, when he asserts that "two issues would then remain including first, the allocation of profits of the group to each of the Member States in which the group has a presence. Second, Member States would then apply their tax rate schedules to profits allocated to the group members in their jurisdiction. At least one major objection to the HST approach is that in any given Member States, tax authorities, who have enough problems in dealing with their own tax regime, might need to become familiar with the tax system of fourteen other Member States".

(7) On the same line, S. Lodin - M. Gamme, *op. cit.*, in *Rass. Fisc. Intern.*, 2000, no. 4, from page 24 onwards when they assert that "a formula must be devised and agreed on between Member States to divide the tax base among them in a way that preserves their existing tax claim and share of corporate tax revenues. Similarly, the manner of applying that formula to profits and losses within a group - on a gross or net basis - requires consideration. In this regard, the ability to offset profit and losses arising within a group is likely to affect the timing of the flow of corporate tax revenues to governments".

(8) Term used by W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 285.

tions created *ad hoc* by a member State to cope with problems relating to the economic situation or, however, circumscribed within a territory, would be extended also to residents of other Countries in an unfair way or without any *ratio* going beyond the mere application of the HST method. Furthermore, this phenomenon could persuade member States to introduce tax regulations affecting choices relating to the location of multinational companies' headquarters.

The *Common Consolidated Base Taxation* method (CCBT), providing for the identification of a EU single tax base for European multinationals and therefore representing a more advanced stage of tax harmonization, overcomes some of the restrictions of the *Home State Taxation* method: indeed (9), by the *Common Consolidated Base Taxation* method, not only would be obliged each country's tax administrations to know the other EU countries' tax regimes – and it is sufficient to know only the European common rules – but also each Country would not be required, in spite of what happens with the HST method, to renounce to their own sovereignty as to the calculation of the company income tax base in favour of another Country, since the common tax rules are applicable in every country. (10)

Anyway, it must be noted that the so-called CCBT method, according to which each member Country is free to apply its own tax rate, beyond not solving the problem of *transfer-pricing* within the UE has, like the HST method, an insurmountable limit: "as long as international business and domestic business has the option to choose different between two tax bases (an option that is not offered to domestic business), there will be severe economic distortion – especially for small and medium-sided enterprises within Member States" (11).

At last, it must be pointed out that this taxation method would imply, however, the preliminary solution of some coordination problems, such as the re-negotiation of international treaties for the avoidance of double taxation already in force in order to extend its application also to such a method or, even, the anticipation of a common regime of taxation of dividends received by partner individual persons, or else, the anti-

(9) Also the so-called "export of tax advantages" problem would be overcome.

(10) On the same line, S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 331 onwards.

(11) Cf. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 286 who, moreover, sharply remarks that "under most domestic tax regimes in Europe the different companies that belong to a group operating within the borders of a country have to be taxed according separate income...Consolidation of profits and losses is only available under specific circumstances...in order to avoid economically unsound reserve discrimination, which put domestic business in disadvantage, Member States will be forced to introduce an equivalent option for domestic group".

pation of complex tax regulations which, taking into account the dynamism of company groups, try to reduce the distortion effects which may derive from continuous access or coming out of companies resident in the EU from the common tax regime (12).

Both methods of taxation on the European company groups above analysed, as already mentioned, have a further complication consisting in the identification of a "magic" formula to reallocate the consolidated tax base which is determined according to a common rule or according to regulations proper of the parent company's country of residence, among the various States in which the group itself (13) is present. As unanimously pointed out by doctrine (14), the choice of parameters to include in this formula, (such as wages, profits, fixed assets) in fact, could in its turn have an influence on choices of multinational companies which, as much as this has also an economic sense, would be driven to invest more in some Countries and in specific factors of production so as

(12) Just think to consequences relating to *capital gains and losses* which could derive from the application, only for a few years, of tax regulations provided for by the CCBT method and, for the remaining years, of regulations provided for by the Country of residence. In other terms, the *Common Consolidated Base Taxation* could provide for valuation tax criteria of tangible and intangible fixed assets, stock supplies, commodity credits other than those allowed by the domestic tax regulation in force in the Country of residence of the company concerned, calculating, as a matter of fact, differences of value relevant from the tax point of view occurred during the year in which the applicable tax regime changed. Another distorting effect of the CCBT taxation criterion concerns the possibility to offset or carry-forward losses suffered during the application of the "*Common Consolidated Base Taxation*" rules: it will be indeed necessary to explain if they can be used in the future by the company, not belonging any more to the group and therefore no more subject to tax regulations used for the determination of losses themselves, or if the carry-forward possibility must be left to the originary group to which the company previously belonged.

263

(13) As far as the definition of group is concerned, the upholding of W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 281, is agreed. He upholds that "*as the idea of HST and CCBT include a full consolidation of profits and losses within a group for tax purposes it seems inappropriate to extend this taxation method to subsidiaries with substantial outsider shareholders*".

(14) This aspect was detailed by: W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 283 onwards; S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penaloza, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 332 onwards; S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 336 onwards; J. Martens Weiner - J. Mintz, *op. cit. Union*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 348, who, in fact, claim that "*the interaction of the formula with the statutory tax rate and firm's factor choices creates an important distortion*".

to localise most of taxable base in the Country which has the lowest tax rate (15).

Moreover, it must be pointed out that formulae analysed by the Commission in the study entitled "*Company taxation in the internal market*", though based on experiences more or less successful in the international field (these are, in fact, formulae already used in Canada, in the United States and in Germany), they do not reflect the political and cultural situation existing in Europe; just think that the natural solidarity existing between German local communities or between Canadian provinces is not similarly matched between Member States: "*it does not take much imagination to anticipate the political struggles that will arise within the European Union upon the introduction of a formulary mechanism that will divide a large part of corporate taxes between all or some of the Member States*" (16).

A third alternative proposed by the Commission – representing perhaps the most advanced stage of tax harmonization – provides for the introduction of a *European Union Company Income Tax* (EUCIT), viable for all European companies, regardless they belong to a multinational group: thus, there would be a common European revenue and a common consolidated financial administration. This hypothesis is as charming as it is utopistic and even if it eliminates at source most of problems arising from the two taxation methods analysed above, it would give rise, however, to new problems even more difficult to overcome.

The introduction of a European common tax on corporate income, in fact, as well as requiring an historical agreement between all member States on criteria for determination of the tax base, the tax rate to be applied and, more generally, the tax system to be adopted, it would imply also a loss of local competence as to company taxation; in this way tax would be obtained in the UE Budget, with all the problems linked to a possible criterion to be used in order to distribute *surplus* among joining Countries (17).

(15) Moreover, member States themselves could provide for benefits not exclusively for tax purposes (such as social security allowances for new employment or tax on immovable property), which could foster multinational companies to invest in their territory and therefore, because of the formula, to increase the corporate income tax base of their own competence.

(16) Cf. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, pages 283-284.

(17) This aspect was examined closely by S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 336 who suggests to "*apply one of the mechanisms for the downward distribution of tax revenues applied by federal tax system. If the EUCIT were adopted, the European Union would, in fact, be adopting a mechanism that is typical of federal system*".

Despite some authors (18) believe that this last proposal represents the optimal solution in terms of European tax policy, since it is the only one that does not give rise to theoretical and practical problems difficult to be solved, the introduction of a *European Union Company Income Tax* seems to be inconsistent with both purposes and characteristics typical of the UE.

The European Community is an association of various States primarily aimed at the achievement of a solid economic block so as to cope with the increasing international competition from other foreign Countries: up to now, it does not seem however that there are the foundations for talking about a true identity or common political conscience or about a common natural feeling of union and solidarity. In the light of this, centralization of company income tax collection on a European level seems actually a too risky proposal, and perhaps, not desirable in the long run.

The fourth and last hypothesis of study faced by the Commission is the so-called "*harmonized tax base*" (19), or an harmonization of the corporate income tax on a European level.

As opposed to the EUCIT method, the introduction of a harmonized tax base would not imply automatically tax regimes being totally identical in all member States, which, as it will be detailed afterwards, could maintain their own autonomy in defining some institutes of their tax regime relating to company tax (20); every Country, moreover, would be free to establish its own tax rate, even depending on services rendered, and local tax administrations would not lose their power of assessment and collection.

In other terms, this is not a backward step with respect to the EUCIT hypothesis, but rather a progress, on the contrary this is perhaps the only way to follow: "*anyone who wants to criticize this impressive perspective should bear in mind that HST has, from its inception, been regarded as a "second best solution", to be used if more ambitious plans for a harmonized tax base do not succeed. In Europe, however, we are used to the fact that transitional regimes have an inclination to linger around for decades;*

(18) Cf. S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 344.

(19) Plainly in favour of this alternative is W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 286, where he claims that "*as there is the danger that HST or CCBT may only replace the disadvantages for international business, we should seriously think about the option of setting up a single compulsory "harmonized tax base" for all incorporated business in Europe*".

(20) For examples, criteria of taxation on dividends yielded by stockholders (companies or natural persons), between tax credit or exemption, or the impossibility to deduct some costs (entertainment expense). This aspect will be detailed later.

for example, the provisional common VAT system that was meant to be replaced in 1993" (21).

In the final analysis, positions which seem to emerge in doctrine are essentially two: the so-called *step-by-step* (22) position, according to which it is convenient however to start the harmonization process, by adopting the taxation method that currently seems to be the most practical and whose introduction presents less practical and political obstacles, that is to say the HST method, and the position (23), to which we adhere asserting that, since each criterion has limits and gives rise to problems and, comes what may, it will have to face political obstructionism, it is better to implement directly the final and optimal solution, being the one already wished by the *Neumark Report*, that is the path of the tax base harmonization on a European level (24).

Albeit what said above, this last proposal appears not be seriously considered by the Commission that does not go beyond a mere wish when facing: in other terms, reading carefully the Communication, we believe that the Commission putting, a stop to the past, abandons definitely the utopic but necessary idea of harmonization of direct taxes in favour of solutions that, since they can be applied only to multinational companies having a European importance, solve only partially the problem and further more, cause within the Community a difference of treatment between companies exclusively national and companies belonging to a community group.

In the end, even the European Parliament (Committee on Economic and Monetary Affairs) came round the same line. In its report of 22 Fe-

266

(21) Cf. W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 284.

(22) Supported by B. Gilbet, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 316, who thinks, in fact, that "*this step-by-step approach, which in fact has been working (albeit with some difficulties), seems to be appropriate. It nevertheless already requires a strong political will on part of Member States*", by B. Westberg, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 284, when, at the end of a close examination of problems connected to different taxation methods proposed by the Commission, however claims that "*HST might be the only viable solution for the European Community in the short term*", and, finally, by S. Raventós-Calvo - J. L. de Juan y Penalosa, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 331.

(23) Supported by W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 286 in favour of the *harmonized tax base* and by S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 344 in favour, on the contrary, of the introduction of the *European Union company income tax*.

(24) A further contribution to the debate concerning the taxation on European company groups was given by the conference "*company taxation*" held in Brussels on 29-30 April 2002, where more than five hundred tax experts tried to give different technical solutions to allow the use of a common consolidated tax base on a European level. The Conference works will be published during 2003.

bruary 2002 (25), it asserted "*that the tax competition between EU Member States, in the context of rules preventing improper conduct, can contribute to the attainment of these objectives and encourage a positive approach by the Member States, helping to prevent tax pressure reaching excessive levels*" and "*stresses that tax competition is not at odds with the completion of the internal market, which does not entail a total levelling-out of competitive conditions in each country and certainly not those relating to taxation; emphasises that the taxation dimension is not issue which is internal to each country, but does demand the intensified removal of discrimination, double taxation and administrative barriers*".

Moreover, the parliamentary Commission categorically admitted in the mentioned document that "*whatever approach is taken to establishing a European consolidated tax base, decisions on levels of tax must remain within the exclusive competence of the Member States; therefore considers that the harmonisation of tax on company revenue makes no sense, even in the form of the introduction of a minimum level of tax*" (26).

2. Advice of the European Economic and Social Committee

Although the Commission and the European Parliament tend to consider the complete harmonization of member States' tax regimes as not essential neither desirable, the European Economic and Social Committee seems to have a completely different point of view, as it comes out from its recent advice published the 7 October 2002 (27) on the Official Journal of the European Communities regarding the Communication submitted by the European Commission on 23 October 2001.

The Committee dwelled, in particular, upon the problem faced by the Commission on the cited Communication, concerning the definition of a consolidated tax base for companies which perform their activities within the community, believing that only a solution for such a tax problem could make possible the improvement of "*efficiency, simplicity and transparency of company taxation regimes, reducing remarkably their complying costs*" (28).

26

(25) *European Parliament, Report on the Commission communication to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union - Priorities for the years head, A5-0048/2002 Final.*

(26) Point 24 of the Parliamentary Commission's Report.

(27) Advice of the European Economic and Social Committee, 2002/C 241/14, in the *Official Journal of the European Communities*, series C, of 7 October 2002 no. 241. For a first comment, see A. Iorio - A. Santi, *Punto d'arrivo la base imponibile uniforme*, in *Guida Normativa*, 2002, no. 205, from page 30 onwards.

(28) Point 5.4. of the European Economic and Social Committee's Advice.

The Committee's point of view, which has to be undoubtedly shared, finally seems to be revolutionary towards the harmonization of company income tax: by rejecting any intermediate and less resolute alternatives proposed by the Commission and already widely commented in the previous paragraph, the Committee, in fact, pushes forward an unconditioned uniformity of tax regimes on business income within the European Union. According to the European Economic and Social Committee, only introducing a harmonized tax base, European multinational companies would be allowed to calculate, with reference to the activities carried out within the community, the whole group's income according to a single body of regulations and, after, to draw up accounts consolidated for tax purposes, eliminating any double taxation on operation of domestic reorganization.

The Committee in fact, regretting that "*the scope of application of the Commission's proposals is essentially focused on the question of tax obstacles to enterprises' transnational activities whereas tax divergences concern all enterprises, in particular the small ones*" (29), considers that the fourth option proposed, that is the one of a harmonized tax base, is the only one which could effectively remove tax obstacles within the single market, granting in this way within the Community a situation of fair tax competition (30).

268

Furthermore the Committee, basically contradicting what the Commission has asserted till now, admitted that the target of a harmonized tax base for all European Union's enterprises is also consistent with the fact that tax sovereignty shall be left to member States – as well as to autonomous regions there included – since the autonomy to fix the tax rate to be applied within the territory would however be granted to Member States: a favourable advice is also expressed to "*experiment the process leading to a harmonized tax base firstly for companies that chose the European statute*" (31), wishing then to extend such experimentation to all the companies established in the Community.

A particularly interesting passage of the advice expressed by the Economic and Social Committee concerns, moreover, the need to coordinate the process of harmonization of the corporate income tax with that of homogeneity of accounting principles within the European Union. The

(29) Point 6.2. of the European Economic and Social Committee's Advice.

(30) The European Economic and Social Committee, in fact, asserts on point 7.2.1. that "*the other three options proposed by the European Commission (except the case a non-optional European tax), intend to create two different regimes for companies, depending on whether they develop or not activities beyond their national barriers. These solutions would give rise to a sort of tax privilege, to a two-speed taxation, and for this reason they cannot be accepted*".

(31) Point 7.2.4 of the European Economic and Social Committee's Advice.

Committee, at this purpose, noticed that, though the approval of the 4th and of the 7th Directive allowed to take significant steps forward in the matter, rules and principles concerning book-keeping of community enterprises are very different from State to State.

In my opinion, as far as this aspect is concerned, particularly important for its tax implications is the Regulation no. 1606/02 (32) on the application of international accounting principles aiming at strengthening the comparison of budgets drawn by companies, in particular the listed companies, whose securities are negotiated in restricted markets (33): the UE Commission, in fact, decided not to introduce different accounting principles but to transpose those, internationally admitted, issued by Iasb, which were chosen in alternative to USA accounting principles – the so-called Us Gaap – being considered less international for certain aspects.

More specifically, companies whose securities are negotiated in public markets and companies preparing to ask quotation, shall draw up consolidated accounts in conformity with international accounting principles within 1st January 2005, whereas the member States will be able to impose (or even allow) that this requirement is applied also to yearly accounts of the same companies or, also, to those companies whose securities are not negotiated.

The adoption of new *standards*, decided by the European Community, will result therefore, in the change for many companies towards almost new criteria which will have even surprising effects on business accounts. One of the most well-known examples, which is also the most feared, is represented by the introduction of the *fair value* criterion: the renouncement to the historical account in favour of the fair or market value will represent, still before an amendment of an accounting technique, the radical change of an approach to the drawing up of the operating ratio.

269

(32) Council Regulation no. 1606/02 published on the *OJ L 243* of 11 September 2002. For a first look, see F. Roscini Vitali, *Bilanci in "chiaro": la UE punta agli Ias*, in *Il Sole 24 ore* dated 22 September 2002 no. 259 and A. Saponaro, *I derivati nella delega per la riforma societaria: coordinamento con i recenti orientamenti comunitari*, in *Le Società*, 2002, no. 10, from page 1206 onwards, where the author verifying the presence both in the delegated-law for the reform of the company law and in the 2001 Community law, of provisions which refer particularly to derived financial instruments, makes some remarks on the way in which the national legislator should provide, within rules concerning the drawing up of the operating ratio, a specific discipline of such instruments aligned with recently stated community guidelines.

(33) In point 6.8.2. of its Advice, the European Economic and Social Committee however, observes that "*it must be considered that such international rules have a fundamental purpose consisting in supplying accounting information to investors, whereas the company tax requires that the accounting reflects the enterprise's balance sheet in order to calculate the result obtained in every fiscal period*".

Whereas the cost criterion privileges the continuity of balance-sheet values from one year to the other, the *fair value* criterion aims at a higher conformity of accounting records with the actual realities so as to better comprehend rapid changes occurring in most advanced economies. The importance of this regulation (34), restricted to the object of the present matter, is to be found in the close connection between tax discipline and the drawing up of the operating ratio; the inter-relation (35) between tax law and accounting principles regulating the imputation of positive and negative elements in the profit and loss account, restricted to the Italian regulation – is included in art. 52, of the Presidential Decree no. 917 of 22 December 1986, (the so-called Consolidation Act of Income Taxes), according to which, "*except for the provision under art. 79, business income is calculated by introducing to the profit and loss account relating to the year closed in the tax period, any amendment following the application of criteria established by following provisions of the present consolidation act*" and in art. 75 paragraph 4 of the Presidential Decree no. 917 of 22 December 1986, according to which "*expenses and other negative elements cannot be deducted if, and to the extent that they do not appear to be imputed to the profit and loss account relating to the year of competence*" (36).

270

(34) Always in matter of accounting, it is right and proper to mention the recent Directive 2001/65/EC of 27 September 2001 as regards the valuation rules for the annual and consolidated accounts of certain types of companies as well as banks and other financial institutions concerning the introduction of the *fair value*.

(35) G. Falsitta, *La dichiarazione tributaria ed il bilancio di esercizio*, in *Trattato di diritto tributario*, directed by prof. A. Amatucci, Padova, 2001, from page 909 onwards.

(36) Such rule, however, should be subject to review in the Reform Vietti-Mirone; the text of the delegated-law no. 366, of 3 October 2001, in art. 6, letter a), provides in fact for the removal of interferences produced in the budget by tax regulation on business income even through the amendment of relative rules and regulations. The removal of tax interferences should be put into effect by the abolition of art. 2426, paragraph 2, of the Civil Code, which allows the imputation of value adjustments and reserves destined only to tax purposes to the profit and loss account. The scheme of the implementing legislative decree, however, did not prompt to intervene and modify tax rules, which are, as already examined, the principal responsible for tax interferences in the balance-sheet, giving in this way the impression to have put into effect only a partial implementation of the delegated-law. The reason for this non-intervention in the tax field, could be identified in the fact that in the meantime the scheme of delegated-law for the reform of the national tax system has been made known. Art. 4, par. 1, letter i) of the scheme fixes the criterion "*to deduct negative elements of income determined on a lump-sum basis, such as the adjustments of assets and provisions for funds, independently on the transit from the profit and loss account in order to allow the tax deferment even if they are calculated when determining profits*". At this purpose is shared the remark of M. Piazza, *Ma con il fisco modifiche da coordinare*, in *Il Sole 24 ore* of 19 October 2002 no. 286, who believes that since budgets relating to fi-

These are two rules which, by deciding the principle of interdependence between tax law and accounting rules upon the drawing up of the operating ratio, clearly put in evidence how the adoption of new accounting principles for the drawing up of annual accounts, provided for by community regulations, could also influence the determination of business income, since in fact a first harmonization of certain criteria for the determination of the company income tax base are already put in practice on a European level.

In other terms, in my opinion, the adoption of common accounting principles from all member states could produce some effects, perhaps not completely envisaged, even as to direct taxes on companies, thus restricting, though only partially, each country's tax sovereignty (37). At this purpose, it must be observed that the partial interdependence criterion, in force in Italy, allows however the national legislator – through the mechanism of up and down variations – to disregard the results of the application of accounting principles: the tax legislator, in fact, is anyway free to fix specific rules, diverging with those concerning primarily accounting, in order to calculate the positive or negative income elements or to estimate tangible or intangible assets, having therefore as effect a rise of the gap between civil and taxable income for tax purposes. Another important step forward has been recently made, moreover, by the European Community in the field of community commercial law which, could have some implications also in the company taxation field or at least, it could accelerate, as it was put in evidence by the European Economic and Social Committee too, a statement of views on the matter (38). After 30 years

nancial years closed after the 30 September 2003 shall be drawn up according to the new civil regulation, that is without having more the possibility to debit on the balance-sheet reserves or value adjustments having exclusively a tax nature, if in the meantime the tax reform will not be enforced *"there will be a legislative gap risking to imply the tax liability of such reserves and provisions"*.

(37) It must be underlined, however, that in any case, tax regulations could be provided for in order to abrogate the effects of the amendment to accounting criteria adopted for the drawing up of the operating ratio.

(38) At this purpose, surely approval deserves the effort made by the Commission for the organization of the conference held in Brussels on 29-30 April 2002, during which, university professors, professionals and government representatives gave their own contributions and made their own remarks with regard to the Commission's proposals concerning company income taxation in the European Union. For an exhaustive summary of the conference's conclusions, see J. Martens Weiner, *EU Commission, Member States Commit to EU-Wide Company Taxation, Formulary Apportionment*, in *Tax Notes International*, 26, 2002, from page 515 onwards.

and more since the beginning of the negotiations on the European Company statute (39), the Council has approved (40), in fact, two legislative instruments necessary for its establishment, confirming, integrated with amendments by the European Parliament, the texts on which a favourable advice had been expressed during the Council "Employment and social policy" of 20 December 2000.

The European Company statute will allow enterprises operating in various Member States, to set up as community companies and to operate as a single manager of the enterprise and of relative financial information, avoiding in this way to comply with the national legislation of the various member States in which they have a subsidiary and giving, therefore, the possibility to the companies themselves to reduce associated administrative costs.

According to the statute for a European Company (41), moreover, it may be generated from a *holding* or from a common subsidiary, from a merger of companies situated in two member states at least or by the transformation of an existing company incorporated under the national law of a member state.

Above the two community measures, briefly described in general, - the European Company Statute and the adoption of EU common accounting principles - it is agreed the point of view of the European Economic and Social Committee, according to which above measures are considered as two important plugs in the long path towards the tax harmonization of company income taxes.

In my opinion, in fact, these could represent the beginning of a con-

(39) To get deeper into the evolution of the problem within the European Community, see: A. Santamaria, *Diritto Commerciale Comunitario*, Milano, 1995, pages 182-183; T. Ballarino, *Lineamenti di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 1990, from page 396 onwards.; P. Valente, *Società europea, proposta di regolamento per il modello societario paneuropeo*, in *Rass. Fisc. Inter.*, n. 4, 1999, from page 304 onwards; P. Bonarelli, *Armonizzazione del diritto societario negli Stati membri, "società europea" e "società privata europea"*, in *Il Fisco*, n. 48, 1999, from page 475 onwards; S. Lodin - M. Gamme, *op. cit.*, in *Rass. Fisc. Intern.*, n. 4, 2000, from page 24 onwards; *Nuovo Diritto Societario e Società Europea*, in *Guida Normativa, dossier mensile*, ottobre 2001; S. R. F. Plasschaert, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, page 340.

(40) Council EC Regulation no. 2157/2001 on the *Statute for a European Company* and Council Directive 2001/86/EC supplementing the *Statute for a European Company* with regard to the involvement of employees published on the *OJ* 294 of 10 November 2001.

(41) The incorporation of a European company in the register of the Member state of incorporation afterwards shall be published on the *Official Journal of the European Communities*. The European Company will have to be a joint-stock company, with a minimum capital of at least 120,000 euro.

crete process of national tax legislations (42): their effective introduction in the juridical and accounting systems of member states, in fact, should imply however an explanation on the community level about which should be concretely the effect of such measures.

Foresight of a European Company not accompanied by the introduction of common rules of taxation, seems to lose every attractiveness and the harmonization of accounting rules as well, not accompanied by a relevant adjustment of tax rules could not produce the expected effects as to clarity, transparency, and comparability of companies' operating ratios in the European Union.

3. Conclusions

The globalisation process, the progressive removal of constraints and of social and economic barriers among different national realities, as well as the exasperation of international competition in all financial and production sectors, lead to share obviously the position of the one who sharply observed that *"despite the emphasis on sovereignty, the European tax system is nevertheless undergoing changes. Arguments for taking action in a European context are being heard more frequently. It is striking that these arguments are often founded on the belief that further economic coordination is necessary as a result of the EMU. Member States have to find their way between these two opposite forces in shaping their European tax policy...the road ahead will be not a straight one. It will have many curves and its course will also change in time as the global economic arena evolves"* (43).

27:

In spite of this, the Commission and the European Parliament, as already said, recently tended to consider neither indispensable nor desirable the total harmonization of member states' tax regimes and thus to concentrate their efforts exclusively for eliminating the tax obstacles that false the correct operation of the internal market.

(42) In this sense, see also E. Osterweil, *op. cit.*, in *European Taxation, Special Issue*, 2002, no. 8, page 274 where he states that *"two developments may act as catalyst to forward movement in the adoption of a common tax base. First, the European Company statute, recently adopted by the Community, will lose much of its value to business if it does not have a tax system that is reasonably uniform throughout the European Union. Second, company tax accounts in most European countries are based on statutory accounts that in turn rely on the application of locally approved general accounting standards. If as planned, International Accounting Standards become effective throughout the European Union no later than 2005, that developments may point the way to a convergence of tax accounts on an EU-wide basis"*.

(43) Cf. W. J. Bos, *Netherlands: the changing world of European tax policy*, in *European Taxation*, in *European Taxation*, 2000, no. 9, page 409.

However, such position cannot be shared as to the company income taxation.

Different alternatives to the harmonization of criteria for the calculation of the taxable base concerning company income tax, proposed by the Commission in the cited Communication of October 2001, produce distorting effects in the operation of the single market: the HST and CCBT methods, in fact, find application only with reference to transnational company groups, determining in this way a situation of tax discrimination with respect to companies carrying on their activity exclusively within domestic borders, whereas the EUCIT method, postulating for the introduction of a new *European Union company income tax* valid for the whole community territory, seems, as already observed, an excessive solution and, from some points of view, inconsistent with the nature and the purposes typical of the UE.

Indeed, the introduction of a European company tax, beyond implying for some member states the definitive loss of their sovereignty in the tax field (which is an unlikely circumstance in itself) would require the existence in Europe of a strong and common identity and political consciousness, which do not seem to exist at present.

Tax harmonization of criteria for the calculation of the tax base, seems to be, on the contrary, as the European Economic and Social Committee believes too, the most coherent solution to grant those objectives of economic development that the Commission itself put among its priorities.

274

In my opinion, as to company income taxation, what should be considered as desirable is not a global harmonization of member states' tax systems, but a uniformity of criteria, rules and basic principles on which is based the calculation of the tax base: in such a way, in fact, all member states could maintain their own autonomy to define some institutions of the own tax regime associated with company tax – for example, methods for the avoidance of double taxation on shareholders (companies or natural persons), between tax credit or exemption, or within some limits, the length of write-off periods, or the possibility to deduct partially some particular costs – and could remain free to define their own tax rate, depending on the kind of services rendered.

This harmonization, which we could define also as "light or partial", is thought to be in conformity also with art. 94 of the Treaty, in which every decision adopted by the Council concerning the approximation of member states' legislations is subject to the condition that some regulations have to bear directly on the operation and the establishing of the single market. Indeed, it must be said that the smooth operation of the single market, as a condition of application of the process of tax harmonization as for the cited art. 94, requires at least homogenisation of rules and general principles on which is based the company income taxation in every member state: the distorting effects of the actual *fiscal di-*

versity existing in Europe on the dynamics and the development of the single market are unanimously (44) shared.

Such requirement of "light" harmonization should be however coordinated with the now sure enlargement of the European Union to Eastern countries, which will complicate more the achievement of unanimity required for every decision in the field of direct taxation, as well as with the reborn federalist trends (45), which, requiring greater local financial autonomy, are opposite to a process of reapproximation of tax legislations on a community level.

The definitive solution of the direct taxes harmonization problem seems thus to be too far, but it is necessary to take note that, after a long dormant period, the debate has gained new vigour on both levels of doctrine and policy: we hope that thanks to the comparison and the debate, to which we tried to give our contribution even if in a small part, a solution could be achieved.

Francesco Amyas d'Aniello

(44) See among others: W. J. Bos, *op. cit.*, in *European Taxation*, 2000, no. 9, from page 409 onwards; W. Schön, *op. cit.*, in *European Taxation, Special issue*, 2002, no. 8, from page 276 onwards; F. Gallo, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2000, no. 2, from page 43 onwards.

(45) To get deeper into this aspect, see F. Saponaro, *L'armonizzazione fiscale e il ruolo delle delle autonomie locali del sistema prefederale europeo.*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2002, I, from page 1037 onwards.

Italia - Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni - Convenzione con la Repubblica di Ucraina - Scambio di informazioni - Art. 27 - È redatto in conformità all'art. 26 del Modello OCSE del 1977, rimasto invariato nella versione del 1992

(Convenzione firmata a Kiev il 26 febbraio 1997 e ratificata in Italia con L. 11 luglio 2002, n. 169, in G.U. 7 agosto 2002, n. 184)

(omissis)

"1. 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, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non è contraria alla Convenzione, in particolare, per prevenire le frodi e facilitare l'applicazione delle disposizioni di legge contro l'elusione fiscale. Lo scambio di informazioni non viene limitato dall'articolo 1. Le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi compresi i tribunali e gli organi amministrativi) incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte. Dette persone o le predette autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nelle sentenze.

276

2. Le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre alle autorità competenti degli Stati contraenti l'obbligo:

a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla legislazione o alla prassi amministrativa prevalente degli Stati contraenti;

b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla legislazione o nel quadro della normale prassi amministrativa degli Stati contraenti;

c) di fornire informazioni che potrebbero rivelare segreti commerciali, di affari, industriali, professionali o un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico".

(omissis)

Lo scambio di informazioni nella Convenzione fra l'Italia e l'Ucraina in materia fiscale

1. Premessa

A seguito della dissoluzione dell'U.R.S.S., la Repubblica di Ucraina ha dichiarato la sua indipendenza nel 1991, avviandosi verso il passaggio da un'economia pianificata ad un'economia di mercato.

All'acquisto dell'indipendenza si è accompagnato un processo di apertura ai mercati esteri. Nelle classifiche mondiali l'Ucraina si colloca al 48° posto sia nell'export che nell'import di beni, e al 5° posto fra i Paesi dell'Europa centro-orientale (1). L'apertura del Paese al commercio internazionale ha, inoltre, favorito un crescente flusso di lavoratori verso altri Paesi.

Anche sul piano della politica internazionale l'Ucraina ha compiuto notevoli passi in avanti sulla via dell'integrazione. Essa partecipa, infatti, insieme ad altri Paesi dell'Europa centro-orientale, al Consiglio di cooperazione Nord-Atlantico (NACC); il 9 luglio 1997 i Paesi membri della NATO hanno sottoscritto a Madrid una Carta che istituisce una forma di partenariato speciale tra l'Organizzazione e l'Ucraina, allo scopo di rafforzare le reciproche relazioni e favorire così la stabilità e la diffusione dei valori democratici in Europa. L'accresciuta rilevanza internazionale del Paese è, infine, confermata dalla sua candidatura ad entrare nella NATO.

Con l'acquisto dell'indipendenza, il Governo ucraino ha iniziato un'intensa attività volta alla costruzione di un *network* di accordi nei vari settori di rilevanza politico-economica. Con riguardo al settore fiscale, nel 1995 sono iniziate le trattative per la conclusione di una Convenzione intesa ad evitare le doppie imposizioni destinata a sostituire la Convenzione fra l'Italia e l'U.R.S.S., non più rispondente alle mutate esigenze economiche del Paese.

La Convenzione, il cui ambito di applicazione copre sia le imposte sul reddito che le imposte sul patrimonio, è stata firmata a Kiev il 26 febbraio 1997 ed è stata ratificata dal Governo italiano con legge 11 luglio 2002, n. 169, pubblicata nella Gazz. Uff. S.O. 7 agosto 2002, n. 184. Essa entrerà in vigore alla data dello scambio degli strumenti di ratifica (art. 30, par. 2). Fino a tale data si continuerà ad applicare la Convenzione con

(1) Dati 1999.

l'U.R.S.S., nella quale l'Ucraina è subentrata in qualità di Stato successore (2).

Per quel che concerne, in particolare, lo scambio di informazioni, la clausola contenuta nel nuovo trattato è senza dubbio più conforme al nuovo quadro di riferimento socio-economico. L'intensificarsi degli scambi commerciali fra i due Paesi e il consistente numero di lavoratori ucraini presenti in Italia, molti dei quali sono risultati destinatari della recente legge sulla sanatoria dei lavoratori immigrati, infatti, determina la necessità di una maggiore reciproca assistenza tra le Amministrazioni fiscali nella ricerca delle informazioni dirette a consentire il controllo circa l'adempimento degli obblighi fiscali da parte dei contribuenti.

2. Lo scambio di informazioni nella Convenzione per evitare le doppie imposizioni fra l'Italia e L'U.R.S.S.

La clausola concernente lo scambio di informazioni nel trattato tra l'Italia e l'U.R.S.S. (3) è contenuta nell'art. 16, il quale stabilisce che:

“1. Le Autorità competenti degli Stati contraenti, nei limiti ammessi dalle loro legislazioni nazionali e su base di reciprocità di trattamento, si scambieranno le informazioni necessarie all'applicazione della presente Convenzione o delle disposizioni della legislazione interna degli Stati contraenti relative alle imposte previste dalla presente Convenzione. Tutte le informazioni o i documenti indicati nel presente paragrafo saranno tenuti segreti e verranno utilizzati solo ai fini connessi all'applicazione della presente Convenzione.

2. Le Autorità competenti degli Stati contraenti si scambieranno altresì le informazioni sulle modifiche della propria legislazione nazionale”.

Secondo il primo paragrafo della norma sopra riportata, l'assistenza prevista subisce un primo limite, costituito dalla legislazione interna degli Stati contraenti.

(2) L'art. 30, par. 4, della Convenzione per evitare le doppie imposizioni fra l'Italia e l'Ucraina dispone: “La Convenzione per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito tra l'Italia e l'U.R.S.S., firmata a Roma il 26 febbraio 1985, cesserà di avere effetto nelle relazioni tra l'Ucraina e l'Italia alla data di entrata in vigore della presente Convenzione”.

(3) La Convenzione per evitare le doppie imposizioni fra l'Italia e l'U.R.S.S. è stata ratificata in Italia con L. 19 luglio 1988, n. 311, pubblicata nella Gazz. Uff. S.O. 4 agosto 1988, n. 182.

Un secondo limite è dato dal principio di reciprocità, non essendo obbligato, lo Stato richiesto, a fornire informazioni che non sia possibile ottenere dall'altro Stato contraente.

Proseguendo nell'analisi della formula usata, risulta un'ulteriore limitazione consistente in ciò, che le informazioni richieste devono essere correlate alle imposte coperte dalla Convenzione.

L'ultimo inciso del paragrafo in esame impone un obbligo assoluto di segretezza, vincolando al contempo l'utilizzazione delle informazioni richieste al perseguimento dei soli fini connessi con l'applicazione del trattato.

Il secondo paragrafo dell'articolo estende lo scambio di informazioni alle notizie concernenti le modifiche della propria legislazione nazionale. Tale disposizione appare singolare per la sua collocazione. Negli altri trattati di specie, infatti, questa norma viene posta a chiusura dell'art. 2 (Imposte considerate). È quanto avviene anche nella Convenzione con l'Ucraina, ove una disposizione simile figura nell'ultimo inciso del paragrafo 4 dell'art. 2 con la seguente formulazione "Le autorità competenti degli Stati contraenti si comunicheranno le modifiche importanti apportate alle rispettive legislazioni fiscali". Tale collocazione sembra più corretta sul piano sistematico, dato che nel caso di specie non si tratta di informazioni che richiedono una forma di cooperazione fra le Amministrazioni ma piuttosto di un mero obbligo di comunicazione avente ad oggetto le modifiche intervenute nelle rispettive legislazioni.

3. Lo scambio di informazioni nella Convenzione per evitare le doppie imposizioni fra l'Italia e l'Ucraina

3.1. La clausola del trattato

La disciplina relativa allo scambio di informazioni è contenuta nell'art. 27 del trattato. La clausola si ispira a quella contenuta nell'art. 26 del modello OCSE 1977, rimasto invariato nel modello successivo del 1992 (4).

(4) Per comodità di consultazione si riporta la versione italiana del testo dell'art. 26 del modello OCSE del 1977 (non modificato dalla versione del 1992):

"1. 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, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non sia in contrasto con la Convenzione. Lo scambio di informazioni non viene limitato dall'articolo 1. Le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi compresi i tribunali e gli

In base a tale normativa, lo scambio di informazioni può essere utilizzato non solo allo scopo dell'applicazione delle norme pattizie ma può, altresì, essere volto a facilitare l'esatta applicazione delle norme impositive nazionali degli Stati contraenti, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non sia contraria alla Convenzione.

Si evidenzia, inoltre, l'inserimento di un inciso nel primo paragrafo, in base al quale detto scambio di informazioni deve avere anche la più generale funzione di "prevenire la frode e facilitare l'applicazione delle disposizioni di legge contro l'elusione fiscale".

Tale specificazione è particolarmente significativa, perché contribuisce a configurare lo scambio di informazioni come strumento che va al di là della mera applicazione delle norme del trattato ma che si pone come essenziale mezzo per il perseguimento degli scopi interni degli Stati contraenti attraverso l'efficace attuazione delle normative fiscali nazionali. Detto riferimento, inoltre, si pone in linea con l'atteggiamento negoziale del nostro Paese, particolarmente sensibile alle tematiche della lotta all'evasione fiscale. Nelle Convenzioni più recenti concluse dall'Italia, infatti, è espressamente annoverato tra gli scopi dello scambio anche quello di "prevenire l'evasione e la frode fiscale".

280

Con riguardo all'ambito soggettivo, la clausola in esame effettua un ampliamento rispetto a quella contenuta nel Trattato con l'U.R.S.S.. Mentre quest'ultima, infatti, subiva il limite dell'art. 1 dell'Accordo ("La presente Convenzione si applicherà ai soggetti residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti"), l'art. 27 della Convenzione con l'Ucraina stabilisce espressamente che "lo scambio di informazioni non viene limitato dal-

organi amministrativi) incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte previste dalla Convenzione, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte. Dette persone o le predette autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nelle sentenze.

2. Le disposizioni del paragrafo 1 del presente articolo non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo:

a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla propria legislazione od alla prassi amministrativa o a quella dell'altro Stato contraente;

b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla propria legislazione o nel quadro della propria normale prassi amministrativa o di quelle dell'altro Stato contraente;

c) di trasmettere informazioni che rivelerebbero un segreto commerciale, industriale, professionale o un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico".

l'art. 1". Lo scambio previsto dalla norma in esame, dunque, può applicarsi a tutti i potenziali contribuenti, a prescindere dalla loro residenza.

Quanto, infine all'ambito oggettivo, esso è limitato alle imposte previste dalla Convenzione, quindi alle imposte sul reddito e sul patrimonio.

3.2. *Le tipologie dello scambio di informazioni*

Nell'art. 27 della Convenzione, come anche nell'art. 26 del modello OCSE, al quale il primo si ispira, non si rinviene alcuna indicazione circa le modalità pratiche dello scambio di informazioni. Tale disciplina, infatti, è contenuta nel commentario al modello OCSE, in base al quale lo scambio di informazioni può essere realizzato in tre differenti modi:

a) *su richiesta di uno degli Stati contraenti*, con riferimento ad un caso particolare, qualora le normali fonti di informazioni non siano sufficienti;

b) *automaticamente*, nel caso in cui le informazioni relative ad una o più categorie di reddito provenienti da una fonte di uno Stato contraente vengano trasmesse sistematicamente all'altro Stato contraente;

c) *spontaneamente*, ad esempio nel caso in cui uno Stato contraente abbia acquisito delle informazioni attraverso indagini effettuate e ritenga che tali informazioni siano di interesse per l'altro Stato contraente.

281

3.3. *I limiti all'obbligo di fornire informazioni*

Il paragrafo 2 dell'articolo 27 del trattato, conformemente a quanto stabilito nell'analoga clausola contenuta nel modello OCSE, contiene l'enunciazione di alcuni limiti cui è soggetto l'obbligo di fornire informazioni.

Secondo tale norma, infatti, le disposizioni del paragrafo 1) non possono in nessun caso essere interpretate nel senso di imporre ad uno Stato contraente l'obbligo:

a) di adottare provvedimenti amministrativi in deroga alla legislazione o alla prassi amministrativa prevalente degli Stati contraenti;

b) di fornire informazioni che non potrebbero essere ottenute in base alla legislazione o nel quadro della normale prassi amministrativa degli Stati contraenti;

c) di fornire informazioni che potrebbero rivelare segreti commerciali, di affari, industriali, professionali o un processo commerciale oppure informazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico.

Va, innanzitutto, osservato che tale disciplina, a differenza di quanto previsto nella clausola contenuta nel trattato con l'U.R.S.S., non impone degli obblighi "positivi" agli Stati contraenti ma stabilisce delle ipotesi in cui l'Amministrazione che riceve una richiesta di informazioni non è ob-

bligata a soddisfare tale richiesta. Ne consegue che (come osservato nei commentari) lo Stato interpellato è libero di rifiutare di dare informazioni nei casi sopra riferiti. Tuttavia, se fornisce le informazioni richieste, questo rimane nell'ambito dell'accordo sullo scambio di informazioni che è sancito nella convenzione; conseguentemente non si può obiettare che tale Stato ha mancato di osservare gli obblighi di segretezza.

Le limitazioni di cui alle lettere *a*) e *b*) sono finalizzate a tutelare gli Stati contraenti, da un lato, da richieste di informazioni che implicherebbero l'adozione di provvedimenti travalicanti le norme legislative o la prassi amministrativa interna o quelle dello Stato richiedente; dall'altro lato, da richieste che vedrebbero accrescere i poteri accertativi di cui lo Stato richiedente ordinariamente dispone.

Il limite contenuto nella lettera *c*), infine, deve essere interpretato in relazione all'interesse degli Stati, nel senso di riconoscere in tali ipotesi allo Stato richiesto un potere ampiamente discrezionale di prestare assistenza. Secondo il Commentario OCSE, infatti "lo Stato interpellato nel proteggere gli interessi dei suoi contribuenti ha una certa discrezione di rifiutare le informazioni richieste, ma se fornisce le informazioni deliberatamente il contribuente non può lamentare una infrazione delle regole di segretezza". Il predetto Commentario afferma, inoltre, che non dovrebbe attribuirsi un significato troppo esteso alla nozione di segreto contenuta nella citata lettera *c*) e che lo Stato contraente prima di invocare tale disposizione dovrà verificare attentamente che gli interessi del contribuente veramente giustifichino l'applicazione della stessa. Altrimenti è chiaro che un'interpretazione troppo ampia di tale norma renderebbe in molti casi irrealizzabile lo scambio di informazioni.

3.4. La disciplina della segretezza delle informazioni

Anche la disciplina della segretezza delle informazioni nella nuova Convenzione è stata completamente riorganizzata.

Nel Trattato con l'U.R.S.S. la norma, nel disporre che "tutte le informazioni o i documenti indicati nel presente paragrafo saranno tenuti segreti" sancisce un obbligo assoluto di segretezza.

Nella Convenzione con l'Ucraina è invece contenuta una norma mutuata dal modello OCSE 1977, che mitiga la rigidità di queste disposizioni.

La norma, infatti, nel disporre che "Le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato ..." effettua un rinvio alla legislazione interna dei due Stati, con ciò configurando una protezione della segretezza non più assoluta ma relativa.

Le informazioni, infine, possono essere comunicate soltanto a determinate persone e possono essere usate da queste solamente per determinati scopi. Con ciò viene garantito che tali informazioni saranno conosciute solo dalle persone coinvolte nell'imposizione e saranno utilizzate solo a fini fiscali.

4. Conclusioni

Dall'esame della clausola contenuta nell'art. 27 della Convenzione con l'Ucraina si può concludere che essa per la sua ampiezza, particolarmente se raffrontata con l'analoga disposizione del Trattato con l'U.R.S.S., costituisce un valido strumento offerto alle Amministrazioni fiscali dei due Paesi per attuare quella cooperazione amministrativa essenziale, non soltanto ai fini della corretta applicazione della Convenzione e delle leggi fiscali interne, ma anche ai fini della lotta all'evasione fiscale internazionale.

Proprio in quest'ultima ottica, va segnalato che nei più recenti negoziati, l'orientamento seguito dal nostro Paese è quello di inserire una clausola ancora più ampia, mutuata dall'ultima versione dell'art. 26 del Modello OCSE (5), che ne estende ulteriormente l'ambito oggettivo.

Dal paragrafo 1 è stato infatti eliminato il riferimento alle imposte "previste dalla Convenzione" e lo scambio è ora consentito per ogni tipo di tributo imposto a favore degli Stati contraenti. Tale ampliamento risponde all'indirizzo da tempo affermatosi in sede OCSE, tendente ad incoraggiare l'adozione da parte dei Paesi membri di strumenti efficaci per contrastare i comportamenti evasivi ed elusivi posti in essere in ambito internazionale.

Serenella Crisafulli

(5) Si riporta la versione italiana del testo del paragrafo 1 dell'art. 26 del Modello OCSE 2000:

"1. 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 di qualsiasi tipo e denominazione prelevate per conto di ciascuno degli Stati contraenti, delle sue suddivisioni politiche o dei suoi enti locali, nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non sia in contrasto con la Convenzione. Lo scambio di informazioni non viene limitato dagli articoli 1 e 2. Le informazioni ricevute da uno Stato contraente saranno tenute segrete, analogamente alle informazioni ottenute in base alla legislazione interna di detto Stato e saranno comunicate soltanto alle persone od autorità (ivi compresi i tribunali e gli organi amministrativi) incaricate dell'accertamento o della riscossione delle imposte considerate nel primo periodo, delle procedure o dei procedimenti concernenti tali imposte, o delle decisioni di ricorsi presentati per tali imposte. Dette persone o le predette autorità utilizzeranno tali informazioni soltanto per questi fini. Esse potranno servirsi di queste informazioni nel corso di udienze pubbliche di tribunali o nelle sentenze".

Italy - Double taxation conventions - Convention between Italy and the Republic of Ukraine - Exchange of information - Article 27 - It is based on the provision of Article 26 of the 1977 OECD Model Convention, remained unchanged in the 1992 Model

(Convention signed in Kiev on 26 February 1997 and ratified in Italy by Law No. 169 of 11 July 2002, published on the Official Journal, S.O., No. 184 of 7 August 2002)

(omissis)

"1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by the Convention insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention, in particular, to prevent fraud and to facilitate the administration of statutory provisions against legal avoidance. The exchange of information is not restricted by Article 1. Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of the State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) involved in the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to, the taxes covered by the Convention. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions.

284

2. In no case shall the provisions of paragraph 1 of this Article be construed so as to impose on the competent authority of either Contracting State the obligation:

- a) to carry out administrative measures at variance with the laws or the administrative practice prevailing in either Contracting State;*
- b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of either Contracting State;*
- c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy.*

(omissis)

The exchange of information in the Convention between Italy and Ukraine for tax purposes (*)

1. Background

After the U.S.S.R. break-up, the Republic of Ukraine declared its independence in 1991, heading towards the transition from a planned economy to a market economy.

The achievement of independence has been followed by a progressive opening up to foreign markets. Ukraine ranks 48th in the world exports and imports, and 5th among the countries of Central and Eastern Europe (1). In addition, the country's opening up to international trade has encouraged a growing flow of workers to other countries.

Also in the field of foreign policy, Ukraine has considerably progressed towards integration. In fact, together with other countries of Central and Eastern Europe, it is a member of the North Atlantic Cooperation Council (NACC); on 9 July 1997 the NATO Member States have signed in Madrid a Chart which provides for the establishment of a special partnership between the Organization and Ukraine, in order to strengthen their relations and to foster stability as well as the promotion of democratic values in Europe. The increased importance of the country at international level is also confirmed by its application for accession to NATO.

After the attainment of independence, the Government of Ukraine has strongly committed itself to the development of a network of agreements in different important fields at political and economic level. As regards the tax field, in 1995 negotiations have been started for the conclusion of a new Convention for the avoidance of double taxation in place of the former Convention between Italy and U.S.S.R., no more in line with the new economic demands of the country.

This Convention, the scope of which covers both taxes on income and on capital, has been signed in Kiev on 26 February 1997 and has been ratified by the Italian Government by Law No. 169 of 11 July 2002, published on the Official Journal S.O. No. 184 of 7 August 2002. It shall enter into force on the date of the exchange of instruments of ratification (Article 30, paragraph 2). Until that date, the Convention between Italy and

(*) Translated in english by Carmela Ianniello and Sebastiana Romeo.

(1) 1999 data.

U.S.S.R. will be valid, with Ukraine replacing U.S.S.R. as successor State (2).

In particular, as far as the exchange of information is concerned, the provision included in the new treaty is surely more consistent with the new social and economic framework. In fact, the development of trade relations between the two countries and the great number of Ukrainian workers in Italy, many of whom have benefited from the recent act of indemnity for immigrant workers, have determined the need for a greater mutual assistance between tax Administrations for the search of information allowing to control the compliance with tax obligations by taxpayers.

2. The exchange of information in the Convention between Italy and U.S.S.R. for the avoidance of double taxation

The provision regarding the exchange of information in the Convention between Italy and U.S.S.R.(3) is included in Article 16, which stipulates that:

“1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws of the Contracting States concerning taxes covered by the Convention, to the extent this is permitted under their national laws and on the condition of reciprocity. Any information or documents referred to in this paragraph shall be treated as confidential and shall be used only for purposes of applying this Convention.

2. The competent authorities of the Contracting States shall also exchange information with respect to changes in their domestic taxation laws.”

According to the first paragraph of the above provision, assistance is subject to a first limitation, given by the domestic laws of the Contracting States.

(2) The Convention for the avoidance of double taxation between Italy and U.S.S.R. has been ratified in Italy by Law No. 311 of 19th July 1988, published in the Official Journal S.O. No. 182 of 4th August 1988.

(3) Article 30, paragraph 4 of the Double Taxation Convention between Italy and Ukraine states: *“From the date of entry into force of this Convention, the Convention for the avoidance of double taxation with respect to taxes on income, between Italy and U.S.S.R., signed in Rome, on 26th February 1985, shall cease to have effect in relations between Italy and Ukraine”.*

A second limitation is given by the principle of reciprocity, since the requested State is not obliged to supply information which is not obtainable from the other Contracting State.

Proceeding with the analysis of the wording used, a further limitation is that the requested information must be related to taxes covered by the Convention.

The last sentence of the paragraph in question provides for the obligation of strict confidentiality, also establishing that the requested information has only to be used for the purposes relating to the application of the treaty.

The second paragraph of the above Article extends the exchange of information to the notification of any changes in the domestic laws. Such provision has a peculiar position. In fact, other Conventions include it at the end of Article 2 (Taxes covered). This is also the case of the Convention between Italy and Ukraine, where a similar provision appears in the last sentence of paragraph 4 of Article 2, reading as follows "The competent Authorities of the Contracting States shall notify each other of any substantial changes which have been made in their respective taxation laws". This position seems to be a more consistent solution, since in this case the information in question does not require any cooperation between Administrations but rather a mere obligation to notify any changes which have been made in the respective domestic laws.

3. The exchange of information in the Convention between Italy and Ukraine for the avoidance of double taxation

3.1 The treaty provision

The rules governing the exchange of information are included in Article 27 of the Convention. This provision is based on the provision of Article 26 of the 1977 OECD Model Convention, remained unchanged in the later 1992 Model (4).

Pursuant to this provision, the exchange of information may be used not only for carrying out the provisions of the Convention but also for favouring the correct application of domestic tax laws, insofar as the tax-

(4) For reference, here follows Article 26 of the 1977 OECD Model (which has not been revised in the 1992 version):

"1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws concerning taxes covered by the Convention, insofar as the taxation the

tion provided for by these laws is not contrary to the Convention.

Furthermore, it should be pointed out that a sentence has been included in the first paragraph, according to which this exchange of information shall also have the more general purpose "*to prevent fraud and to facilitate the administration of statutory provisions against legal avoidance*".

This specification is particularly important, since it contributes to the characterization of the exchange of information not only as a mere instrument for the application of the treaty provisions but also as a fundamental instrument for the fulfilment of the internal purposes of the Contracting States by means of an effective application of domestic tax laws. Furthermore, such specification is in line with the attitude shown in negotiations by our country, which is particularly sensitive about the issue related to the struggle against tax evasion. In fact, in the latest Conventions signed by Italy, the "*prevention of tax evasion and tax avoidance*" is expressly mentioned among the purposes of the exchange.

As regards the personal scope, it has been widened by the provision in question in comparison with the provision of the Convention between Italy and U.S.S.R.. The latter, in fact, was subject to the limitation of Article 1 of the Convention ("*This Convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States*"), whereas Article 27 of the Convention between Italy and Ukraine specifically stipulates that "*the exchange of information is not restricted by Article 1*". Therefore, the exchange of information provided for by this provision may apply to all potential taxpayers, regardless of their place of residence.

reunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Article 1. Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to the taxes covered by the Convention. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions.

2.) In no case shall the provisions of paragraph 1 of this Article be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:

a) to carry out administrative measures at variance with the laws or the administrative practice of that or of the other Contracting State;

b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of that or of the other Contracting State;

c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy."

Finally, as regards the scope of application of the Convention, it is limited to the taxes covered by the Convention, i.e. to the taxes on income and on capital.

3.2. *Types of exchange of information*

In Article 27 of the Convention, as well as in Article 26 of the OECD Model, on which the former is based, no indication on the practical ways of exchanging information can be found. This issue is in fact regulated in the Commentary on the OECD Model Convention, according to which information may be exchanged in three different ways:

- a) *on request by one of the Contracting States*, with a special case in mind, in case the regular sources of information are not satisfactory;
- b) *automatically*, when information about one or various categories of income having their source in one Contracting State is transmitted systematically to the other Contracting State;
- c) *spontaneously*, for example in the case of a State having acquired, through certain investigations, information which it supposes to be of interest to the other State.

3.3. *Limitations to the obligation to exchange information*

Paragraph 2 of Article 27 of the Convention, in conformity with the provisions of the same provision included in the OECD Model, contains certain limitations to the obligation to exchange information.

According to this provision, in fact, "in no case shall the provisions of paragraph 1 be construed so as to impose on a Contracting State the obligation:

- a) to carry out administrative measures at variance with the laws or the administrative practice prevailing in either Contracting State;
- b) to supply information which is not obtainable under the laws or in the normal course of the administration of either Contracting State;
- c) to supply information which would disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy".

First of all, it should be noted that such provision, unlike the provision contained in the Convention signed with the USSR, does not impose any "positive" obligations on the Contracting States, but specifies certain cases in which the Administration receiving a request of information is not obliged to comply with this request. This means that (as observed in the commentary) the requested State is at liberty to refuse to give information in the above cases. However, if it does give the requested information, it re-

mains 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.

The limitations referred to in sub-paragraphs a) and b) are aimed at safeguarding Contracting States, on one hand, from requests of information which would imply the adoption of measures going beyond the domestic laws or administrative practice or those of the requesting State, and on the other hand, from requests which would increase the ordinary assessment power of the requesting State.

Lastly, the limitation contained in sub-paragraph c), shall be interpreted taking into consideration the interests of the States, *i.e.* granting the requested State in such cases wide discretionary powers in providing assistance. According to the OECD Commentary, in fact, "the requested State in protecting the interests of its taxpayers is given a certain discretion to refuse the requested information, but if it does supply the information deliberately the taxpayer cannot allege an infraction of the rules of secrecy". The above Commentary also states that secrets referred to in the above-mentioned sub-paragraph c) should not be taken in too wide a sense and that the Contracting State, before invoking this provision, should carefully weigh if the interests of the taxpayer really justify its application. Otherwise it is clear that too wide an interpretation would in many cases render ineffective the exchange of information.

290

3.4. *Regulation of information secrecy*

The regulation of the information secrecy in the new Convention has also been totally rearranged.

In the Convention signed with the U.S.S.R. the provision establishes that "*any information or documents referred to in this paragraph shall be treated as confidential ...*", thus imposing an absolute secrecy obligation.

On the contrary, the Convention signed with Ukraine contains a provision based on the 1977 OECD Model, which softens the strictness of these provisions.

As a matter of fact, the rule stating that "Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State ..." refers to the domestic laws of either State, thus establishing not an absolute but a relative protection of secrecy.

Finally, the information may only be communicated to certain persons and may only be used by them for certain purposes. This ensures that the information will only be disclosed to persons involved in taxation and will be only used for tax purposes.

4. Conclusions

From the analysis of the provision contained in Article 27 of the Convention signed with Ukraine it is possible to conclude that, due to its extent, especially if compared to the same provision contained in the Convention signed with the U.S.S.R., it constitutes a valid tool offered to the Tax Administrations of either State in order to carry out the administrative cooperation which is essential not only for the correct application of the Convention and of domestic tax laws, but also for combating international tax evasion.

In view of this, it must be pointed out that in recent negotiations, the approach followed by our Country is to include a wider provision, based on the latest version of Article 26 of the OECD Model (5), which widens its scope still further.

In fact, the reference to the taxes "*covered by the Convention*" in paragraph 1 has been removed and the exchange is presently allowed for taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States. This widening is the answer to the position established at OECD level long ago, aiming at promoting the adoption by Member States of effective instruments to counter tax avoidance and evasion behaviours at international level.

Serenella Crisafulli

291

(5) Here follows the Italian version of Article 26, paragraph 1 of the 2000 OECD Model:

"1. The competent authorities of the Contracting States shall exchange such information as is necessary for carrying out the provisions of this Convention or of the domestic laws concerning taxes of every kind and description imposed on behalf of the Contracting States, or of their political subdivisions or local authorities, insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention. The exchange of information is not restricted by Articles 1 and 2. Any information received by a Contracting State shall be treated as secret in the same manner as information obtained under the domestic laws of that State and shall be disclosed only to persons or authorities (including courts and administrative bodies) concerned with the assessment or collection of, the enforcement or prosecution in respect of, or the determination of appeals in relation to the taxes referred to in the first sentence. Such persons or authorities shall use the information only for such purposes. They may disclose the information in public court proceedings or in judicial decisions.

Nelle librerie specializzate o con richiesta diretta all'Editore

Francesco d'Ayala Valva

FORMULARIO TRIBUTARIO



€ 35,00

**Annotato
con la giurisprudenza
la dottrina e la prassi
con appendice legislativa**

CEDOLA RICHIESTA VOLUME di pagg. 1.056 "FORMULARIO TRIBUTARIO"

Compilare e spedire insieme
alla fotocopia del versamento
di € 35,00 o con assegno bancario
non trasferibile intestato a

**ETI ■ De Agostini
Professionale S.p.A.
Viale Maresciallo Pilsudski, 124
00197 Roma
(Tel. 06.32.17.538 - Fax 06.32.17.466)**

Nome	Cognome
P. Iva	Cod. Fisc.
Residente in Via	c.a.p.
Città	Prov.
Firma	

ETI
RIVISTA
il fisco
2003

 **DEAGOSTINI
PROFESSIONALE**

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

La compatibilità della normativa sulle CFC con i trattati internazionali in materia di doppia imposizione (*)

Avv. Pietro Antonini

Il presente lavoro concerne la questione della compatibilità dei *controlled foreign companies regimes* con i trattati internazionali, adottati dagli Stati aderenti all'OCSE, allo scopo di evitare i fenomeni di doppia imposizione.

Tale questione è stata risolta positivamente dal commentario al modello di trattato formulato dall'OCSE, nel senso che tali regimi non violano i trattati internazionali conformi a tale modello. Secondo l'interpretazione ufficiale i predetti regimi sono il risultato dell'esercizio di una potestà statale che non contrasta con alcuna delle norme contenute in un trattato internazionale, trattandosi del potere - riservato a ciascuno Stato contraente nei confronti di un proprio residente - di assoggettare a tassazione qualunque fatto esprimente capacità contributiva secondo la normativa di diritto interno.

294

Siffatta interpretazione ufficiale, peraltro, non appare pacifica.

Invero, recentemente, il Consiglio di Stato francese, con sua sentenza del 28 giugno 2002 ha osservato che la normativa interna sulle "CFC" è in contrasto con l'articolo 7 del modello OCSE, il quale, come è noto, subordina il diritto alla tassazione nello Stato della fonte del reddito alla presenza di una stabile organizzazione in tale Stato.

I giudici inglesi, invece, si sono mostrati di contrario avviso, avendo ritenuto che un provento, non tassabile in base ad una norma contenuta in un trattato internazionale, potesse essere recuperato a tassazione in base alla propria "CFC domestic legislation", dandosi, così, prevalenza al diritto interno su quello internazionale.

Quanto, in breve, rappresentato, dimostra che il tema in esame non ha trovato una soluzione definitiva.

Da ciò è, quindi, scaturito l'interesse ad esaminare la questione della compatibilità dei "CFC regimes" - in ragione dell'"entity" o "transactional approach" prescelto in base alla legislazione domestica - con il modello di trattato, formulato dall'OCSE.

(*) Il presente lavoro è stato redatto a conclusione di un corso di diritto tributario internazionale (LLM 2001/2002) tenutosi presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Leiden (NL).

Tale esame è stato condotto anche attraverso l'analisi di casi pratici con particolare riguardo a quelli che generano situazioni triangolari che interessano più trattati internazionali.

Infine, è doveroso esprimere il mio ringraziamento al Prof. Kees Van Raad ed al Prof. Pasquale Pistone: il primo per le memorabili lezioni sui trattati internazionali, che hanno rappresentato la base teorica del presente scritto; il secondo per avermi assistito nella redazione dello stesso con preziosi suggerimenti.

The compatibility of CFC legislation with Tax treaties (*)

Avv. Pietro Antonini

SUMMARY: Introduction - Chapter 1: 1. Interaction between tax treaty and domestic law - 1.1. General remarks; 1.2. Rank given to tax treaties by domestic law; 1.2.1. Tax treaty superior to domestic law. The "monist doctrine"; 1.2.2. Tax treaty override. The "dualist doctrine"; 1.3. Tax treaty and changes to domestic law. - Chapter 2: 2. The OECD Model Convention and CFC regime - 2.1. General remarks; 2.2. Historical developments: the OECD reports; 2.3. The CFC regime and the OECD Model Convention; 2.3.1. Article 1 of the OECD Model Convention and the application of the anti-avoidance measures; 2.3.2. Domestic legislation prevailing over tax treaties. Unwritten reservation and no abuse of tax treaty by States overriding tax treaties; 2.3.3. Tax treaties prevailing over domestic legislation; 2.3.3.1. Tax treaties not including a specific saving clause acknowledging the domestic anti-avoidance legislation; 2.3.3.2. Tax treaties including a specific saving clause acknowledging the domestic anti-avoidance legislation; 2.3.3.3. The need to preserve the patrimonial integrity of taxpayers in good faith - Chapter 3: 3. The OECD Model Convention and CFC Regimes based on an Entity or Transactional approach - 3.1. The OECD Model Convention and CFC Regimes based on an Entity approach; 3.2. The interpretation of the Commentary; 3.3. Entity-approach CFC legislation breaches the distributive rules of the OECD Model Convention on business profits; 3.4. Transactional-approach CFC legislation and the OECD Model Convention - Chapter 4: 4. Case Law - 4.1. French Conseil d'Etat held CFC legislation incompatible with the France-Switzerland tax treaty; 4.2. A UK Court of appeal held CFC legislation compatible with the UK-Netherlands tax treaty. - Chapter 5: Conclusions - Bibliography

29

(*) Paper submitted in fulfilment of the requirements of the degree of LL.M. in international taxation of Leiden University, Faculty of Law.

Special thanks are due to Prof. Kees Van Raad and to Prof. Pasquale Pistone: the first for his lessons on international tax treaties, which represent the theoretical base of this paper; the second for his precious assistance in my work.

Introduction

Those countries that have adopted the controlled foreign company regime (CFC) are dealing with the issue of the compatibility of their anti-avoidance regime with tax treaties. When the CFC regime is being applied to pure tax haven countries (when there is no tax that is being levied) then it is unlikely that there is a tax treaty, and therefore the issue is not relevant. However, the CFC regime may apply to income that is taxed in the foreign State, when the level of taxation is below a certain threshold. In such a case, there may be a tax treaty with the foreign State, which raises the issue of the interaction of the domestic regime and the treaty.

The OECD Commentary (amendment of Art. 1 in 1992) states that CFC rules "*are part of the basic domestic rules set by national tax law for determining which facts give rise to a tax liability. These rules are not addressed in Tax Treaties and are therefore not affected by them.*" Furthermore, in the 1998 Report on Harmful Tax Competition (Recommendation 10), it is stated that the Commentary on the Model Tax Convention removed "*any uncertainty or ambiguity regarding the compatibility of domestic anti-abuse measures with the Model Tax Convention.*"

However, the uncertainty and/or ambiguity related to the compatibility of the CFC regimes with Tax Treaties is an issue which still remains unsolved.

298

Recently, the French High Tax Court, with judgement of 28 June 2002, namely Conseil d'Etat, confirmed a ruling by the Paris Court of Appeal that France's tax treaty with Switzerland prevents French Tax authorities from taxing a French corporate owner on profits made by its wholly owned Swiss subsidiary with no permanent establishment in France. The ruling held that the application of French controlled foreign company regime is irreconcilable with Article 7 (1) of the France-Switzerland tax treaty (Schneider case), which corresponds to Article 7 (1) of the OECD Model Convention (9-9-1966).

Unfortunately, Tax Courts of other EU member States give different interpretation on the issue under consideration.

In fact, a British Court of Appeal (decision of 25-7-1997) ruled (Bricom Holdings Ltd) that under CFC (domestic) legislation interest, arisen in UK and derived by a Dutch subsidiary, was to be taxed in the hands of its UK parent company. Thus, the Court completely disregarded Article 11 of tax treaty adopted by UK and The Netherlands. Yet, this article provides that the interest arising in a contracting State (UK), which is derived and owned by the resident of the other contracting State (the Netherlands), shall be taxed only in that other State (The Netherlands).

In response, it is necessary to conduct an analysis of the relationship between the OECD Model provisions and the controlled foreign company regimes with a view of determining whether it does, or does not, override this domestic anti-avoidance regime.

Therefore, firstly, I will examine the following subjects related to the interaction between tax treaties and domestic law, the provisions of the OECD Model Convention and its Commentary in the contest of anti-avoidance measures and, in particular, of the two main categories of CFC legislations (entity or transactional approach).

Secondly, my attention will be focused on the effects of the enactment of CFC legislation over tax treaty provision in the case law of European Tax Courts.

Finally, as a result of the described analysis, I will draw my conclusions.

Chapter 1 - 1. Interaction between tax treaty and domestic law

1.1. General remarks

Tax treaties recognize in principle that each contracting State applies its own law and, therefore, limit the authority of a State to impose its domestic law.

Such rules – as under international private law - do not lead to the application of foreign law, but they alter domestic law, either by excluding the application of provisions of domestic tax law where it otherwise would apply or by obliging one or both States to give relief against their domestic taxes for taxes paid in the other State.

Within the scope of a tax treaty, therefore, a tax obligation exists only to the extent that, in addition to the requirement of the domestic law, the treaty requirements are also satisfied.

The rank to be given to international treaties and, therefore, to tax treaties to avoid double taxation – within the sources of laws - is determined by the juridical system of a contracting State.

29

1.2. Rank given to tax treaties by domestic law

Generally, in the hierarchy of sources of law the internal law attributes to the international treaty a rank which may be superior or equal to it.

The two hypotheses are separately analyzed with regard to tax treaties (1).

1.2.1. Tax treaty superior to domestic law. The "monist doctrine"

In the first hypothesis the domestic law recognizes treaties to possess a hierarchical status under which the provisions laid down on it take pre-

(1) The 43rd Congress of the International Fiscal Association in 1989 focused on interaction of tax treaties and domestic legislation.

cedence over national laws conflicting with them, regardless of which of the two conflicting instrument is the earlier and which is the later (2).

In the countries following this system, then, a treaty has effect in the domestic law if it is adopted by the legislator and it is incorporated into domestic law.

For example, if under the domestic legislation of the parent's State the income of a subsidiary - which under Article 10 of the OECD Model Convention is taxed as a dividend upon distribution - is considered as income of shareholders, this article prevails over the domestic law and, accordingly, the latter are taxed only when they receive dividends by the distributing company (3).

This system complies with the "monist doctrine", based on the principle that international law and domestic laws are parts of a single structure; the various national systems of law are derived by delegation from the international legal system and, accordingly, international legal system is considered superior (4).

1.2.2. *Tax treaty override. The "dualist doctrine"*

In the second hypothesis the treaty, having the same hierarchical status of the domestic law, may not prevail over the internal legislation and the conflict between treaty provisions and domestic rules is solved by the principle *lex posterior derogat priori*, thus giving precedence to the later provisions enacted, regardless of their nature. This means that an earlier domestic law may be derogated by a later treaty as well as an earlier treaty may be derogated by a domestic law. The latter situation constitutes an infringement of the principle *pacta sunt servanda* and the treaty provisions remain inoperative in the contracting State overriding the treaty (i.e. **treaty override**) (5).

300

(2) Such issue has been solved in France by the Conseil d'Etat with an earlier decision ruled on the 28th of June 2002, holding that tax treaty prevails over the domestic legislation when the latter is incompatible with the former. Such Court upheld an earlier decision of the Court Appeal of Paris on 30th of January 2001 (*Schneider* case) and determined that the application of the domestic CFC regime to a French parent company on account of an interest held in a Swiss company is incompatible with Article 7 (1) of the France-Switzerland income and capital tax treaty of 9 September 1966. Details of this decision will be examined in chapter 4.

(3) *Rigby, M.*, Australian Tax Forum, n. 8, 1991, 301, 333.

(4) *Rezek, J.F.*, Tax Treaties and Domestic Legislation, *Luthi, D.*, Consequences of conflicts between International Treaty Law and Internal Law, in the 43rd IFA Congress cit..

(5) The OECD Committee on Fiscal Affairs defines treaty override as "the enact-

In the countries adopting this system, the legislator is not precluded from enacting subsequent domestic legislation that specifically overrides a previous treaty.

Coming back to the example given in the former paragraph, income belonging to the subsidiary incorporated in a contracting State may be attributed to the parent set up in the other contracting State and, thus, taxed in that other State in the absence of any distribution as otherwise requested by Article 10 mentioned: domestic legislation thus overrides the treaty.

This system derives from the "dualist doctrine", under which the international law and domestic law are separate: rules of international law apply within a State only to the extent that they are adopted by the internal law of the State and do not have greater authority than other domestic law. In the event of a conflict between the two, the later in time prevails.

1.3. Tax treaty and changes to domestic law

What has been described above is the legal basis of the following considerations concerning the interaction between domestic law and Tax treaties when the treaty enacted continues to be effective with the content of their hitherto existing provisions while other rules of domestic law change (6).

In respect of this, Article 3, paragraph 2 of the OECD Model Convention provides: "*As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term non defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under law of that State for the purposes of the taxes to which the Conventions applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that state.*" (7).

The wording of the mentioned paragraph, according the OECD Commentary to the Model Tax Convention on income and capital (par. 11), provides "*a general rule of interpretation for terms used in the convention*

ment of domestic legislation intended by the legislature to have effects in clear contradiction to international treaty obligations" (OECD Committee on Fiscal Affairs, Tax Treaty override 1989).

(6) It occurs when a contracting State applies its anti-avoidance measures, enacted after signing the treaty, against its treaty partner.

(7) "*Paragraph two was amended in 1995 to conform its text more closely to the general and consistent understanding of the OECD member States*" (paragraph 13.1. of the OECD Commentary to the Model Convention on Art. 3 concerning "general definitions").

but not defined therein. However the question arises which legislation must be referred to in order to determine the meaning of terms not defined in the Convention, the choice being between the legislation in force when the Convention was signed or that in force when the Convention is being applied, i.e. when the tax is imposed. The Committee on Fiscal Affairs concluded that the latter interpretation should prevail, and in 1995 amended the Model to make this point explicitly" (8).

It means that where the treaty refers to the domestic law, which has later been amended by a Contracting State, reference has to be made to the law in force at the time when the treaties applies (i.e. **ambulatory interpretation**), disregarding the law existing when the treaty was adopted (i.e. **static interpretation**) (9).

The ambulatory interpretation, upheld in the Commentary, presupposes that under Article 3, paragraph 2 - expressly referred to the meaning of a term under the law from time to time in force - the treaty negotiators would have agreed that the future changes in internal law were to be incorporated into the treaty, and therefore no breach of, or amendment to, the treaty would occur.

However, the Commentary does not indicate any limitation to the legislator in amending the law without giving rise to any conflicts between the new domestic legislation and treaty provisions already enacted.

In this respect there are two approaches.

The express limitation means that the later internal law will apply unless the context of the treaty otherwise requires (10). Alternatively, one may adopt an implied limitation. In this respect some authors say that the later internal law will apply only with an "implied limitation without

302

(8) In the following paragraph it is pointed out that, "however, paragraph 2 specifies that this applies if the context does not require an alternative interpretation. The context is determined in particular by the intention of the Contracting States when signing the Convention as well as the meaning given to the term in question in the legislation of the other Contracting State (an implicit reference to the principle of reciprocity on which the Convention is based). The wording of the Article therefore allows the competent authorities some leeway". As to the meaning to the term "context", see *van Raad, K.*, 1992, Additions to Articles 3 (2) (Interpretation) and 24 (Non-Discrimination) of the 1992 OECD Model and Commentary, Intertax 671 (1992).

(9) *In terminis*, *Avery Jones, J.F., et al.*, The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3 (2) of the OECD-Model, BTR 14, 90 (1984); *Sinclair L., et al.*, Interpretation of Tax Treaties, 40 BIFD 75; *van Raad, K.*, 1992 Additions to Articles 3 (2) cit. **Contra** the Canadian Courts, which supported the opposite view that Article 3 (2) cit. has to be intended as making reference to the law existing when the treaty was enacted (The Queen v. Melford Developments Inc., Court of Appeals, 35 DTC 5020, 1981; Supreme Court, 36 DTC 6281, 1982).

(10) See footnote 8.

impairing the balance or affecting the substance of the convention " (11). That means that the balance and the substantial content of the treaty, as laid down in its provisions, does not have to be contradicted by the domestic law which would otherwise end up to infringe it (12).

This issue is not relevant in States whose legal order allows the domestic law to override tax treaty also, in the absence of a legislative specification of the relationship between them (13).

Chapter 2 - 2. The OECD Model Convention and CFC regime

2.1. General remarks

Most countries tax residents on their worldwide income and treat non-resident corporations and certain other foreign entities as taxable entities even if those resident shareholders own all of the shares of the foreign corporations. Therefore, residents can defer residence country taxation of foreign source income by establishing a non resident corporation or other entity to earn such income. Residence country tax is not avoided completely, but deferred until the resident shareholders of the foreign corporation receive dividends or dispose of their shares in the foreign corporation. The benefit of the deferral is only to the extent that tax burden in the foreign country is less than that in residence country, being the benefit maximized when the foreign tax imposed on the income of the foreign corporation is minimized

303

(11) The consequences related to infringements of tax treaties are examined in *Vogel, K.*, On double convention, third edition, 66, 70. See *Vogel, K.*, The influence of the OECD Commentaries on Treaty interpretation, in *Bulletin - Tax treaty monitor*, December 2000, 612. *Baker, P.*, Double Taxation Agreements and International Tax Law, 1-19, 46-62; *van Raad, K.*, interpretation of tax convention, M.B.B. no. 2/3, 49. *Edwardes-Ker, M.*, What is a tax treaty? The study guide tutorial, modules 01.01-02.32.

(12) Nevertheless, according Article 31 (3) b of "*Vienna Convention on the Law of Treaties*" reference must (also) be made, in interpreting a Treaty, to the subsequent practice of the parties. Then one may conclude that if the other contracting State has accepted the application of the new law for some period of time, "*the avoidance objection non longer can be raised*" (*K. Vogel, cit.*, 66).

(13) In tax statutes enacted in the 1980s (for instance, Foreign investment in Real Property Tax Act of 1980), the United States Congress for the first time specified that individual statutory provisions were intended to override any inconsistent prior provision (see *S.E. Shay*, The Relationship of Tax Treaties to Domestic Law in the United States 43rd IFA congress cit.).

(i.e. when the foreign corporation is established in a tax haven) (14).

Therefore, the main goal of CFC rules is to eliminate the deferral of the residence country taxation, treating the profits of the foreign subsidiary, whose interests are in the hands of resident taxpayers, as a taxable income.

In this respect scholars have drawn a distinction between CFC legislations based on an entity or transaction approach. The former is based on the consideration that any item of income of the controlled foreign entity (CFC's profits, i.e. business income) is attributed *pro rata* to resident shareholders, regardless of its source; the latter by proportionally attributing to resident shareholders only tainted income, i.e. passive income such as dividends, interest and royalties.

Such distinction is decisive because the entity or transactional approach, giving rise to a specific characterization of income attributed under CFC regime, affects different Articles of OECD Model Conventions. Therefore, the analysis of the compatibility of domestic CFC regimes with the OECD model convention is lead with regard to specific Articles involved.

Before that it is useful to briefly summarize the historical OECD reports concerning the domestic need to enact the CFC legislation and its interaction with bilateral agreements among States for the avoidance of double taxation.

2.2. *Historical developments: the OECD reports*

In the recent decades, the development of preferential tax regimes and the growing use of international intermediaries have prompted many countries to introduce new rules to prevent or to reduce the risk of losing taxes on international investment, and to fight the use of tax havens (15).

(14) Arnold, B., J., Dibout, P., General Report IFA 2001 V. LXXXVIb, Limits on the use of low-tax regimes by multinational business: current measures and emerging trends, 39, 40. See Sandler, D., Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, Pushing the Boundaries, Second Edition. For Italy, Nanetti, F., Italy's controlled foreign companies, in Bulletin for international fiscal documentation, vol. 54, No. 6, 2000; The Italian CFC: tax measure, law against tax avoidance or international countermeasure? Reflections and preliminary interpretations, in EC tax review, vol. 10, issue 1, 2001.

(15) Various measures were adopted against harmful tax competition: the Ruding report of 1992 (EU Commission) including some recommendations and a definition of the tax principles; the Ecofin Report "Taxation in the EU", of 1996, including a recognition of the need to co-operate; the EU creation of a permanent group for tax policy; the approval of the code of conduct, of 1997, including a declaration to apply to the harmful tax measures the principles of *status quo* (no introduction of new harmful tax measures) and the one hold-black (re-examination of the tax legislation and the administrative policy in each Member State); the UN Preliminary Report of 1998, examining the use of corporate instruments and of bank secrecy in tax havens.

On 27th November 1986, OECD Committee on fiscal affairs adopted two reports on "Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies" (1987a) and "Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies"(1987b).

In particular, the first report addressed the issue concerning the problematic interaction between tax treaties and domestic anti-avoidance legislation aimed at the use of base company (16). Consequently, the question of the compatibility between CFC legislation with tax treaties is addressed in paragraph 43 of this report (17): "Under existing counteracting measures (Sub part F type measures), the country imposes a tax on residents who are shareholders in the foreign base company. The foreign company as such is not taxed; generally the income which gives rise to the taxation does not originate in the country of the base company but in the taxing country itself or in a third country. A tax treaty between the country using the counteracting legislation and the country of the base company may therefore claim that the tax imposed under counteracting legislation does not come under the scope of the said tax treaty."

This issue was solved in the sense that the CFC regime is compatible with the tax treaties provisions which cannot be considered breached on the base on different arguments. As to the question whether the CFC provisions constituted a breach of the general structure or spirit of tax treaties answers are given in paragraphs 45 and 46 (18): "There seem to be several answers to that contention:

a) *On the technical level, counteracting measures can attribute activities – and thus income – to a shareholder, which is not contrary to the tax treaties. If the counteracting measures have the effect of the taxing rights conferred on the taxpayer's country of residence under the rules of tax treaties regarding taxation of dividends (Articles 10, 23A and 23B of the OECD Model);*

30

(16) OECD (1987a), paragraph 38 stated: "while recognizing that the base company as a legal entity has its place of effective management in the country where it has been set up and does not have a permanent establishment in the country of the residence of the taxpayer, the latter country could at least, under its national law, attribute to the taxpayers the activities and/or the income of the base company. This approach would clearly not be contrary to the OECD Model if the base company acted as a mere intermediary, an agent, a fiduciary or nominee of the taxpayer (cf. for example the notion of the beneficial owner in Articles 10 to 12 of the OECD Model). However, the question arises as to whether, quite generally, domestic rules, as to who is regarded as the recipient of the specific income for taxes purposes, are compatible with treaties. This question especially arises in the case of "anti-abuse" or "substance-over-form" rules according to which it is not the base company itself but its shareholder, who is regarded as the true recipient of the income shifted to the base company".

(17) OECD (1987a).

(18) See the former footnote.

b) On the tax policy level, counteracting measures pierce only the "umbrella effect" of the taxpayers' arrangement. This effect and the consequent possibilities for an independent deferral are not guaranteed by tax treaties which were intended to prohibit national safeguards for equity and neutrality of a country's tax law;

c) On the international level, as long as some countries regard it as a sovereign right to shape their fiscal system in a way which might negatively affect other countries, tax authorities in these other countries must safeguard their sovereign right to preserve the equity and the neutrality of their tax systems. It has never been intended that tax treaties would replace national sovereign rights with international co-operation to safeguard the integrity of tax systems.

47. It is evident that these are the views of States adopting counteracting measures and a very large majority of OECD Member countries have supported them.

However, while the counteracting measures as described above are not inconsistent with the spirit of tax treaties, there is agreement that Member countries should carefully observe the specific obligations clearly evidenced in tax treaties, as long as there is no clear evidence that the treaties are being improperly used. Furthermore, it seems desirable that counteracting measures comply with the spirit of tax treaties with a view to avoiding double taxation. Where the taxpayer complies with such counteracting measures, it might furthermore be adequate to grant him the protection which the treaty network would have provided if the taxpayer had not used the base company" (19).

In June 1996, the OECD Committee on Fiscal Affairs approved a Report on CFC legislation. In the Report, CFC legislation is said to apply to certain foreign entities over which domestic taxpayers have a substantial influence, and is generally aimed at preventing taxpayers from deferring or avoiding domestic tax by diverting income to foreign entities to avoid domestic tax (20).

(19) Switzerland made some observations to the 1987 base company study laid down in paragraphs 94 and 95:

94. *The counteracting measures described in this report ...are contrary to the spirit of bilateral double conventions signed between OECD member countries as they result, in effect, in an extra-territorial application of domestic tax law legislation.*

95. *These measures hamper international economic relations and result in an additional administrative burden for both taxpayers and tax authorities.*

As divergences exist as to what extent some provisions ...are contrary to the 1977 OECD Model Convention (Article 7, paragraph 1 and Article 24 especially), legal provision of this kind should not be implemented without prior consultation of partners countries; the latter's interests should be taken into consideration".

(20) In this Report CFC legislation appears as an effective measure in the countries following the doctrine of the capital export neutrality.

When this report was issued, while some countries have long experience with CFC rules, such as the US (which was the first country to enact CFC legislation in 1962) and UK, which introduced CFC rules in 1984, other countries had no experience in this field.

Therefore, the other OECD Member States without CFC rules were encouraged to adopt such legislation when in 1998 the OECD approved a Report entitled "*Harmful Tax competition: an emerging global issue (21)*".

The 1998 OECD Report focused exclusively on the harmful competition regarding movable activities, such as financial services and possible measure to eliminate these harmful practices (22). It distinguished between tax havens (which are countries or territories where tax rules have characteristics allowing harmful tax competition) and harmful tax practices (23).

It must be noted that the Report sets out time limits for Member States to conform their proposals only with reference to the guidelines (24) and not also to the other recommendations. However, both the guidelines and the recommendations are not legally binding on the Member States, although, in contrast with the past atmosphere and with the *status quo* principle, now States are more and more sensitive of the necessity to

(21) On January 20th 1998, a few days after the approval of the Code of Conduct the Committee for the Fiscal Affairs approved the Report, which was issued by the OECD Council with the abstention of Luxembourg and Switzerland. The Report was supplemented by 30 page report entitled "*Toward Global Tax Co-operation*", published in June 2000. It named six tax havens that had agreed to co-operate or they would have faced severe sanctions. The June 2000 OECD report conceded that some OECD member-countries had some tax haven attributes and indicated that these member countries would stop these practices by no later than the year 2005. The Report even identified some potentially harmful member country regimes. However, the OECD proposal to eliminate harmful practice was strongly attacked. See *Mitchell, Daniel J.*, An OECD proposal to eliminate tax competition would mean higher taxes and less privacy, 21 *Tax Notes international*, October 16, 2000, 1799-1821. On the concept of Harmful competition, see: *Rosembuj, T.*, Controlled foreign corporations-critical aspects (1998), 26 *Intertax*, 333-353.

(22) Hence the industrial and manufacture activities, which could be important instruments on harmful tax competition are not considered in the Report. Evidently the OECD decided to start considering the most obvious instruments: the financial service activities are easily movable they could be used for money laundering and these measures against them have no effect on employment. On the other hand the Code of Conduct includes also the harmful tax competition with regard to all the measures concerning business taxation.

(23) For the analysis of the key factors to identify tax havens and harmful tax practice see the OECD Report Chapter II paragraphs 2 and 3, 21-36.

(24) Recommendation No. 15, guidelines No. 2 and 3.

The analysis of these provisions commences by interpretation of Article 1 concerning the personal scope of the Convention and continues with examining those Articles affected by taxation of income and capital under entity or transactional approach adopted by country's CFC regime (27).

2.3.1. Article 1 of the OECD Model Convention and the application of the anti-avoidance measures

Article 1 of the OECD Model focuses on the "Scope of the convention", providing that "This convention shall apply to persons who are residents of one or both of the Contracting States."

With regard to the application of the anti-avoidance measures, paragraph 7 of the Commentary stipulates that "**States will then wish, in their bilateral double taxation convention, to preserve the application of the provision of this kind contained in their domestic laws**" (28).

However, in the following paragraph 23 (29), it is pointed out that "The large majority of OECD Member Countries consider that such measures are part of the basic domestic rules set by national tax law for determining which facts give rise to tax liability. These rules are not addressed in tax treaties and are therefore not affected by them" (30).

The main issue on the application of anti-avoidance measures "seems to be whether general principles such as substance-over-form are inherent in treaty provisions, i.e., whether they can be applied in any case, or only to the extent they are expressly mentioned in bilateral conventions".

309

identifying low-tax countries and regimes; b) describing CFC rules; c) identifying other relevant domestic anti-avoidance rules.

(27) It is worth reaffirming what has been said in paragraph 2.1. on the distinction between entity and transactional approach. The former provides that income of controlled foreign entity is imputed to the resident taxpayer, regardless of its source; the latter focuses on the income earned by a CFC deriving from certain sources, such as financial income (interest, royalties, capital gainsdividends).

(28) Paragraph 7 remains unchanged from the 1977 OECD Model.

(29) On 23 July 1992 the Council of the OECD adopted a report entitled "The revision of the Model Convention" whereby paragraphs 22-26 of the Commentary were added.

(30) This and following paragraphs are focused on the improper use of the Convention which has been discussed in two reports from the Committee on Fiscal Affairs entitled "Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies and Double Taxation Conventions" and "the Use of Conduit Companies." See paragraph 11 under Article 1 in the Commentary.

The first view (Paragraph 24) "*argues that to give domestic rules precedence over treaty rules, as to who, for tax purposes, is regarded as the recipient of the income shifted to a base company, would erode the protection of taxpayers against double taxation. However, it is the view of the wide majority that such rules, and underlying principles, do not have to be confirmed in the text of the convention to be applicable*".

However, this view appears inconsistent with spirit of tax treaties, expressed in the "*agreement that Member Countries should carefully observe the specific obligations enshrined in tax treaties, as long as there is no clear evidence that the treaties are being improperly used. Furthermore, it seems desirable that counteracting measures comply with the spirit of tax treaties with a view to avoiding double taxation. Where the taxpayers complies with such counteracting measures, it might furthermore be adequate to grant him the protection of the treaty network*" (31).

Nevertheless the commentary sets a limit to the application of the anti-avoidance measures, stating that "*it would be contrary to the general principles underlying the Model Convention and to the spirit of tax treaties in general if counteracting measures*" were applicable to "*in real industrial or commercial activity, when they are clearly related to the economic environment of the country where they are resident, in a situation where these activities are carried out in such a way that no tax avoidance could be suspected. Counteracting measures should not be applied to countries in which taxation is comparable to that of the country of residence of the taxpayer*" (32).

The Commentary, therefore, excludes, in principle, the possibility of conflict on the grounds that the application of a country's own provisions to the CFC, in the struggle against international avoidance and tax evasion, would not entail a taxation contrary to the OECD Model Convention. However, paragraphs transcribed are not able to put an end to the question of the interaction between CFC regimes and Tax treaties (33).

Indeed, on the one hand, paragraph 7 suggests that anti-avoidance measures, adopted by a Contracting States, may be considered applicable by that State which preserves the application of provisions contained

(31) Paragraph 25 of the Commentary.

(32) This is said in paragraph 26. In the following paragraph 28, "*The United States reserve the right to tax its citizen and residents (with certain exception) without regard to the Convention*": such reservation was contained in the 1963 Draft Convention.

In certain countries (such as Finland and Hungary) the risk of conflict is excluded by CFC legislation itself, which is applicable only to countries there is no tax convention with.

(33) In certain countries (such as Finland and Hungary) the risk of conflict is excluded by CFC legislation itself, which is applicable only to countries with there is no tax convention.

in its domestic law. That means that the application of anti-avoidance legislation must be specifically addressed in tax treaties by provisions designated to render effective CFC legislation enacted (34).

On the other hand paragraphs 23 and 24, respectively, suggest that certain anti-avoidance legislation does not have to be confirmed in the text of the convention to be applicable. Consequently, this legislation never constitutes a breach of the general structure or the spirit of the OECD model Convention.

This conflicting interpretation shows the incapacity of the Commentary to put an end to the problematic interaction between tax treaties and domestic anti-avoidance provisions which entails the lack of a satisfactory solution.

Paragraphs 23 and 24 make one believe that Contracting States may claim the right to impose this regime, without infringing any obligations assumed under the treaties.

The main argument to support this view lies in the consideration that treaty abuse practices allow member States to apply their anti-abuse provisions without giving rise to any infringement of the treaty obligations. Therefore, for instance, attributing income to a shareholder as deemed dividend of the CFC is not contrary to the tax treaties (for instance, to Article 10, OECD Model Convention). In this way shareholder's State is entitled to tax its resident in respect of the principle of the territorial application of domestic legislation.

In the following subparagraphs the question of the precedence between treaties and domestic anti-avoidance rules will be determined by strict legal construction of the (relevant) treaty provisions affected by the counteracting legislation.

2.3.2. *Domestic legislation prevailing over tax treaties. Unwritten reservation and no abuse of tax treaty by States overriding tax treaties*

The interpretation of the Commentary appears correct with regard to those States where the domestic legislation is prevailing over tax treaties.

In these countries a conflict between domestic legislation and tax treaties seems to be excluded not for the reason that anti-avoidance measures are compatible with the OECD Model Convention, but for the mere fact that domestic legislation prevails over international agreements (35).

Therefore, the counteracting legislation is applicable even when a specific saving clause, aimed at preserving the application of such legisla-

(34) Sandler, D., cit., 89.

(35) See footnote 32 on paragraph 28 of the Commentary.

tion, has not been introduced in the framework of tax treaty convention.

In other words, behind international agreements there is an unwritten reservation whereby tax conventions are not applicable when domestic (anti-abuse) provisions apply (36). As noted by Professor Vogel (37), avoidance in the treaty context can be practiced by contracting states as much as taxpayers. Treaties can be circumvented by drafting laws that avoid certain treaty situations, although in substance the treaty situation is present. Indeed, he cites CFC rules as prime example of this.

Therefore, these States may deliberately undermine all tax rights granted by tax conventions.

This shows how domestic legislation even subsequent to treaties and in conflict with them is not affected by such international agreements. Consequently, anti-avoidance measures, and, so CFC regime, may be applied by overriding tax conventions.

Therefore, further question is whether such a practice, known as treaty override, represents an abusive application of tax treaties by States.

In principle, the abusive application of a treaty by States (38) arises when:

a) States have to be able to commit itself in a tax treaty and, so, to observe the fundamental rule "*pacta sunt servanda*";

b) they go back on its commitments made in the treaty (39).

On the contrary, such abuse may not occur when a State is not able to commit itself because any obligation assumed under the treaty may be overridden by a conflicting domestic law.

Therefore, the application of anti-avoidance measures conflicting with treaty provisions may not be considered an abusive application of the treaty according to its definition given above.

In this regime, hence, taxpayers, who in good faith organize their bu-

(36) See *Wassermeyer, F.*, Abusive application of DTCs: treaty law issue, in Abusive application of international tax agreements, Proceedings of a seminar held in Munich 2000 during the 54th Congress of the International Fiscal Association, 18.

(37) *Vogel, K.* On Double Tax Conventions, third edition, 66.

(38) *Rao, L.*, Is the abuse application of DTCs by states possible?, in Abuse application of international tax agreements, cit., 22, held that "*In principle, active abuse of the treaty by the state would arise if the state, after having committed itself by treaty to forgo some revenue, attempted through a domestic device to get back some or all of that revenue which it had agreed to forgo. In other words, it arises when the state goes back on its commitments made in the treaty not to levy tax, or to reduce tax.*".

(39) In principle, contracting States commit themselves to levy taxes in accordance with the Articles laid down in the Convention.

business with a view to the applicable treaty rules, are to be aware of the fact that the commitments made under these treaties may be undermined by conflicting domestic legislation.

Therefore, it is quite hard to defend such taxpayers before tax courts from taxing power of a State which under its internal order is allowed to disregard its international commitments. In this regime any infringement of tax treaties constitutes a legal practice.

In this respect, for instance, the United States may override its international legal duties to fulfil the treaties concluded. Paragraph 28 of the Commentary stipulates that: "*the United States reserves the right, with certain exceptions, to tax its citizens and residents, including certain former citizens and long-term residents, without regard to the Convention*" (40).

The policy perspective of the United States is summed up by the Supreme Court in *Cook v. Tait* (41) which upheld the right of the United States to tax a non resident who was a U.S. citizen on income earned in Mexico. The taxpayer argued that for the United States to assert its taxing power, both the taxpayer and the property giving rise to the income must be within the territorial limits of the United States. Rejecting this position, the Court stated: "*the basis of the power to tax was not and cannot be made dependent upon the situs of the property in all cases, it being in or out of the United States, and was not and cannot be made dependent upon the domicile of the citizen, that being in or out of the United States, but upon his relation as citizen to the United States and the relation of the latter to him as citizen.*"

According to this doctrine citizenship is viewed by the United States as form of insurance policy that allows the holder to assume residence in the United States at any time and to enjoy the protection of the United State wherever needed. This "insurance", in the view of the United States, justifies taxation of non resident citizens on worldwide income (42).

Consequently, U.S. tax authorities are always free to apply their CFC

(40) In the Commentary to the 1977 OECD Model, the United States entered a reservation to Article 1. See *Doernberg, Richard L. and van Raad, K.*, The Forthcoming U.S. Model Income Tax Treaty and Saving Clause, *Tax Notes International*, October 12, 1992, 775-782.

(41) 265 U.S. 47 (1924).

(42) *Doernberg, Richard L. and Van Raad, K.*, cit., 776; these Authors have pointed out in the same page that taxation on the basis of the citizenship is likely to cause double taxation: "*For example, if a U.S. citizen resides in the United Kingdom and earns U.K. income, the United States may tax on the basis of citizenship and United Kingdom may tax on the basis of residence, thereby creating potential double taxation. However, art. 23 of the U.S. model (Relief for Double Taxation) provides that in this situation, the United States will give a credit for income tax paid in the United Kingdom on income arising in the United Kingdom.*" The same authors stress that "*Accordingly the saving clause is particularly relevant in either of two following situations: 1) when U.S. tax ra-*

regime, laid down in the sections from 951 to 964 of the internal Code, irrespective of the obligations arisen under Tax Treaties (43).

2.3.3. *Tax treaties prevailing over domestic legislation*

Opposite arguments - to the interpretation contained in the paragraphs 23 and 24 mentioned above - may be formulated in order to support the view that counteracting measures has to be imposed in accordance with the hierarchy of sources of law when the internal law attributes to the international treaty a rank which is superior to domestic legislation.

These arguments are based on the need to preserve the internal order of sources of law as well as the patrimonial integrity of taxpayers in good faith whose economic choices are in accordance with law and there is no evidence that convention is being improperly used.

As to sources of law, it is said that tax treaties provisions, which enjoy a hierarchical status superior to that of domestic legislation, cannot be overridden by conflicting anti-avoidance measures.

That entails that any counteracting legislation, enacted in violation of tax convention, does not result applicable against taxpayers whose income has arisen in the other contracting state (source state) unless a specific saving clause makes reference to the anti-abuse provisions preserved.

Tax treaties that follow the OECD Model Convention must be executed in accordance with the principle of "mutual respect of the sovereignty of the contracting States", and any derogation from this principle must correspond to the intent of each of the Contracting State.

In other words, the contracting State that wishes to reserve its right to apply its domestic legislation must expressly state this reservation. Consequently, when a provision appears in a convention, whereby it is expressly reserved the right of a contracting State to apply its own specific counteracting regime, it is clear the intention of that State to preserve (44) this regime within the structure of the treaty signed.

te exceed foreign tax rates (or the applicable foreign tax rate is zero per cent), thereby allowing the United States to collect revenue even after a tax credit; or 2) when the income in question is sourced in the United States under its domestic law, while at the same time the income is assigned by the treaty to the taxing authority of the other contracting state, in which case no credit may be available in the United States for any taxes imposed".

(43) The U.S. CFC regime, known as "Subpart F", imposes current domestic tax "pro rata share" of a "United States Shareholder" in various type of income of a controlled foreign corporation.

(44) See paragraph 7 of the Commentary on Article 1, transcribed above at page 9.

A scholar, therefore, holds that, for instance, "...CFC legislation is, *per se*, contrary to the OECD Model Convention, and thus any bilateral tax treaty based thereon unless a specific saving clause acknowledges the counteracting measures" (45).

2.3.3.1. *Tax treaties not including a specific saving clause acknowledging the domestic anti-avoidance legislation*

Following this approach, in the absence a specific saving clause acknowledging domestic anti-abuse legislation, such rules, either in force when the treaty was concluded or subsequent to its enactment, may never override treaties provisions.

Consequently, in the States where international provisions may not be undermined by internal law, the lack of reference in the convention to the domestic legislation makes useless the discussion on issue of its static or ambulatory interpretation.

Indeed, the application of conflicting anti-abuse legislation has always to be intended as an abusive application of the treaty by such States.

This abuse, in particular, occurs when a State, being able to commit itself under international agreements by virtue of the superiority recognized to international law over domestic legislation, applies its domestic anti-avoidance legislation in violation of the obligations assumed under the tax conventions (46).

It should be stressed that States are aware of this issue and in order to preserve the application of their internal anti-avoidance regime in accordance with international law, they often introduce saving clauses in tax treaties or try to renegotiate those tax treaties in which similar provisions have not been included. Thus, for instance, Article 13 of the tax treaty between France and Mexico, dated 7 November 1991, provides that "*the provisions of the [relevant income tax] convention do not prevent France from applying the provisions of article 209-B of the French Tax Code [setting forth the French CFC rules], or of other similar provisions that may be substituted for them*" (47). Yet, although in the France-Switzerland

(45) Sandler, D. cit.

(46) Vogel, K., cit., 66, "A State acting correspondingly infringes on its international legal duty to fulfil the treaties which it concluded in good faith (art. 23 VCLT) The source of international law are not to be found exclusively in the conventional rules of the VCLT and in international customary law. According to art. 38 (1) (c) of International Court of Justice they include general principle recognized by civilized nations. This concept refers to common principle of internal laws covering private persons; as principles of international law they are similarly binding on States too."

(47) The tax treaties concluded between U.K. and USSR on 31 July 1985 contain-

Tax Convention, dated 9 September 1966, there was no provision whereby France expressly reserved its right to apply CFC rules, this treaty was renegotiated by introducing the following Article 25.A(1) (48): "*Notwithstanding any other provision in this Convention, income which may be taxed or which may be taxed only in Switzerland according to the provision of the Conventions, consisting of the taxable income of a resident of France, shall be taken into account when the French tax is calculated when it is not exempt from tax under the laws of France*" (49).

In Germany, the issue is solved by a domestic provision (50). Article 10 (5) of the ASG provides: "*There shall be applied to the additions [income attributed under the CFC rules], those provisions of Double Taxations Conventions which would apply if the additions were distributed to the taxpayer*". By virtue of this provision it is avoided any conflict between CFC regime and tax treaties: the income attributed under CFC legislation is deemed to be a dividend received by the German shareholder when a treaty between Germany and the resident country of the CFC applies.

2.3.3.2. Tax treaties including a specific saving clause acknowledging the domestic anti-avoidance legislation

Generally, the application of their anti-avoidance regime derives by introducing in a tax treaties specific saving clause.

316

In such a case an issue arises when this counteracting regime, in force when the convention was signed, is repealed by a sequent anti-abuse regime conflicting with the tax treaty (for instance, CFC legislation).

ned a provision, the word of which precluded any arguments on the compatibility of CFC regime with Tax Treaties, because it did not deal with the profits to which the UK legislation applies (Sandler, D, cit.): "*The profits derived by resident of a Contracting State other than through a permanent establishment shall not be taxable in that other State. If the resident derives profits from commercial activities through a permanent establishment situated in that other State those profits may be taxed in that State but only so much of them as is attributable to the activities of the permanent establishment.*"

(48) The Protocol which amended this tax treaty was dated 22 July 1997. In addition to that, see footnote 2; therefore, now, at least in France, it is now established that business profit allocation rules contained in French tax treaties, that follows the OECD Model Tax Convention, override French CFC legislation, unless otherwise provided by the relevant tax treaty.

(49) On the basis of this Article, the French Minister for European Affairs – Mr Pierre Moscovici – indicated during the parliamentary debates for preparation of Law N. 98-474 dated June 17, 1998, that French CFC rules would now be fully compatible with the France – Switzerland Tax Convention.

(50) See footnote 31.

The Commentary has already solved this issue in the context of Article 3, paragraph 2, which explicitly called for an ambulatory interpretation of domestic law affected by treaty provisions. Thus, following this approach, the reference in the tax treaty to the anti-abuse law should be intended as reference to the anti-avoidance measures in force when the tax treaty is being applied. Therefore, one might never state that this regime leads to a treaty override.

This position, as said above, is not shared by the Canadian tax Courts, which have supported the opposite view of the static interpretation, holding that the domestic law applicable under tax treaty is that at the time when the treaty was concluded. Therefore, anti-avoidance measures, which are subsequent to the tax treaty and conflicting with it, are not applicable.

2.3.3.3. The need to preserve the patrimonial integrity of taxpayers in good faith

Another opposite arguments against the interpretation contained in the paragraphs 23 and 24 mentioned above lies in the need to preserve the patrimonial integrity of taxpayers in good faith, whose economic choices result in accordance with the provisions of the Convention (51).

These taxpayers should be safeguarded as to grant them the protection of treat network when their business strategies relied on a correct interpretation of law.

If these strategies result from an unarguable application of the provisions laid down in tax convention and the treaty is not being improperly used, such taxpayer cannot be penalized by any domestic legislation conflicting with treaty provisions in the absence of a specific Article, containing a saving clause making reference to it; as a result, unfairly, his/her patrimonial integrity would otherwise be prejudiced.

Therefore, only the presence of the clause mentioned enables taxpayers to figure out and, therefore, to avoid a specific conduct sanctioned by counteracting measures. Consequently, if this provision exists in the treaty, he will be able to figure out that his behaviour is against its domestic law when such conduct is being applied and, therefore, to risk penalties, application of which will affect his patrimonial integrity to fairly remedy a violation of law (52).

This consideration becomes more significant simply emphasizing what is said in the "Introduction" to the Commentary:

(51) See *Lang, M.*, Abusive application of DTCs: treaty law issue, in Abuse application of international tax agreements, in Proceedings of a seminar held in Munich 2000 during the 54th Congress of the International Fiscal Association.

(52) See footnote 31.

"2. It has been long recognized among the OECD member countries that is desirable to clarify, standardize, and confirm the fiscal situation of taxpayers who are engaged in commercial, industrial, financial, or any other activities in the other countries through the application by all countries of common solutions to identical cases of double taxation";

"3. This is the main purpose of the OECD Model tax Convention on Income and on Capital, which provides a means of settling on a uniform basis the most common problem that arise in the field of international juridical double taxation."

The application of the CFC legislation, hence, not preserved by tax treaties, prejudice taxpayer's patrimonial integrity and prevent these treaties from achieving their goal, represented by providing a clear common "fiscal situation" for taxpayers in good faith engaged in business activities in order to develop economic relations between countries.

Chapter 3 - 3. The OECD Model Convention and CFC Regimes based on an Entity or Transactional approach

3.1. The OECD Model Convention and CFC Regimes based on an Entity approach

318

Under the entity approach CFC legislation income of the controlled foreign entity is imputed to the resident taxpayers as business profits (53) (i.e. transparency approach), regardless of its source, although the distributive rules concerning taxation of business profits are based on the principle that each corporation is a separate and legal entity. Therefore, each State has jurisdiction to tax this item of income attributed to the shareholder resident therein (54). Nevertheless, under the OECD Model Convention a contracting State may levy taxes on business profits sourced within its territory, provided that they are effectively connected with its economic environment, even though taxable persons are subject to tax jurisdiction of another State (55).

(53) The characterization of income attributed under CFC legislation is business profit. In this respect paragraph 35 of the Commentary on Article 7 refers business profits to "*industrial and commercial income which does not belong to categories of income, covered by the special Articles*". See Article 7, paragraph 7 of the OECD Model Convention.

(54) See footnote 14.

(55) Most tax systems are structured on one or both of the following basic principles:

- the residence basis taxation: the taxation of resident and, possibly, citizens on their worldwide income;

That is valid for business profits (56) but not for those items of income, not covered by Article 7, paragraph 7, distributive rules of which are separately laid down in other Articles of the OECD Model Convention (57).

These basic principles are clearly expressed in the OECD Model Convention provisions transcribed below concerning the allocation of right to tax business profits:

- Art. 7 of the OECD Model Convention: "*1. The profits of an enterprise of a Contracting State shall be taxable only in that State unless the enterprise carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein. If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.*";

.....
- 7. *Where the profits include items of income which are dealt with separately in other articles, then the provisions of those Articles shall not be affected by the provisions of this Article.*";

- Art. 5, paragraph 7: "*the fact that a company which is resident of a Contracting State controls or is controlled by a company which is a resident of the other contracting State, or which carries on business in that other State (whether through a permanent establishment or otherwise), shall not of itself constitute either company or a permanent establishment of the other.*";

- Art. 10, paragraph 5: "*Where a company is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on dividends paid by the company, except insofar as such dividends are paid to a resident of that other State or insofar as the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment or a fixed base situated in that other State, nor subject the company's undistributed profits to a tax, even if the dividends paid or the undistributed profits consists wholly or partly of profits or income arising in such other State*" (58).

319

- the source basis taxation: the taxation of income generated within the country's sovereign territory.

(56) Paragraph 35 of the Commentary refers business profits to "*industrial and commercial income which does not belong to categories of income, covered by the special Articles*".

(57) It may be taxed in source State, irrespective of a permanent establishment in that State, dividends (Art. 10), interests (Art. 11), royalties (Art. 12), capital gains (Art. 13), immovable properties (Art. 6).

(58) Paragraph 35 of the Commentary on Article 10, paragraph 5 states that it "*deals only with dividends paid by a company which is a resident of a Contracting Sta-*

In accordance with these articles, in principle, parent's State is not allowed to attribute to the resident controlling company - and, thus, to tax - undistributed profits of the controlled foreign subsidiary (59). This principle is derogated when the subsidiary may not be regarded as an independent agent (60) and it has and habitually exercises an authority to conclude contracts in the name of the parent company (61). In such a case the foreign subsidiary becomes an agent permanent establishment of its parent, whose State may tax branch profits accrued within its jurisdiction.

In particular, by the wording of Article 5, paragraph 7, one may infer that the definition of permanent establishment is not affected by the concept of controlling interest held by a parent company in a subsidiary. Indeed, the mere fact that a company, resident in a contracting State, holds the control of a subsidiary resident in the other contracting State, does not give rise to the existence of a permanent establishment.

On the contrary the wording of article 5, paragraph 7 does not envisage cases other than those of related companies by controlling interest; it does not seem to cover either the cases of companies whose controlling interest is held by taxable persons such as individuals and entities other than companies or the cases of entities other than companies controlling companies. Therefore, it is not clear whether Article 5, paragraph 7, may be extended even to these shareholders - in order to consider them liable to tax only upon distribution - or has to be literally intended with the consequence that they are not entitled to the benefit of the deferral granted parent companies by the OECD Model Convention.

320

te to a resident of the other State. Certain States, however, tax only dividends paid by companies resident therein but even distributions by non-resident companies of profits arising within their territory. Each State is entitled to tax profits arising within their territory which are made by non resident companies, to the extent provided in the Convention (in particular in Article 7). The shareholder of such companies should not be taxed as well at any rates, unless they are residents of the State and so naturally subject to its fiscal sovereignty."

(59) *Sandler, D. cit., 102, stresses that "Article 10 (5) deals with two matters. First it prohibits the applications of a tax such as the "second" withholding tax in the US; in other words a country cannot tax dividends paid by a non-resident company notwithstanding that all or some of the company's profits have their source in the country. Secondly, it provides that a country cannot tax non-residents companies on their undistributed profits. Problem with CFC legislation arises with respect to second matter."*

(60) It has to bear in mind that independent agents are those who, enjoying an independent status, are active in the ordinary course of their business (Article 5, paragraph 5, OECD Model).

(61) *"The effects would be the same as for any other unrelated company to which paragraph 5 applies"* (Paragraph 41 of the Commentary on Article 5, paragraph 5).

It is worth emphasizing that Article 5 paragraph 7 makes no distinction with regard who controls whom.

Therefore, the existence of a permanent establishment has to be excluded between related companies:

- either in a parent's State, because the controlling company may not be considered as a branch of the subsidiary;
- or in the subsidiary's State, because the foreign controlled company itself may not represent a permanent establishment of the parent State (62).

As to Article 10, paragraph 5, such a rule addresses each contracting State the ban on extra-territorial taxation on the distributed or undistributed profits of a non-resident company originated ("*wholly or partly*") either in the latter's State, or in shareholder's State or in a third State (63).

In interpreting literally the wording of Article 10, paragraph 5, treaty protection has to be granted any shareholder (companies, entities other than companies, individuals) participating in foreign companies; therefore, the treaty benefit may not be extended to participation in foreign entities other than companies.

However, the State, where the profits originate, may impose tax on dividends paid by the company when such dividends are paid to its residents or the holding in respect of which the dividends are paid is effectively connected with a permanent establishment situated in such State.

Apart from these cases, the provision does not suffer any exceptions when the company, incorporated in a contracting State, does not distribute its profits originated wholly or partly in the other contracting State. As observed above, Article 10 paragraph 5, simply, provides that non resident companies are not to be subjected to special taxes on undistributed profits (64).

Finally, it should be stressed that Article 5 paragraph 7 refers to related companies by controlling interest, granting treaty protection only when taxable entities as companies are involved, while this limitation

(62) Vogel, K., cit., 352, "*This clause makes clear that controlling interest held by a company in its subsidiary does not automatically result in controlled subsidiary being a permanent establishment of its controlling parent company. In other words a tax treaty recognizes the independence which a company has under private law. Its position as a taxable entity is not affected by its dependence under company law. Nor is the controlling company a permanent establishment of the subsidiary it controls.*"

(63) Vogel, K., cit., 693 "*the mere fact that such profits were derived from its territory is not sufficient to give that State the right to tax them, unless other distributive rules of the DTC allow it to do so*".

(64) This rule is laid down in Article 10, paragraph 5 which affects, *inter alia*, CFC legislation based on the entity approach.

does not appear in the wording of Article 10, paragraph 5, which makes no reference to (the "status" of) holders of foreign companies. That implies that the ban on territorial taxation principle (art. 10 paragraph 5) prevents the State, in which the undistributed profits arise, from taxing even holders, as individual or entity other company, participating in foreign companies.

3.2. *The interpretation of the Commentary*

The issue of the compatibility of the Articles mentioned with the entity approach CFC legislation has been dealt by the Commentary to the OECD Model Convention.

Therefore, it is necessary to observe whether the arguments set out in the Commentary are consistent with the wording of the articles mentioned above, affected by the entity approach CFC legislation which characterizes as business (undistributed) profits income attributed to controlling company.

The Commentary moves from the following premises:

- as to Article 7, paragraph 1, "3. *This paragraph is concerned with two questions. First, it restates the generally accepted principle of double taxation conventions that an enterprise of one State shall not be taxed in the other State unless it carries on business in that other State through a permanent establishment situated therein. It is hardly necessary to argue here the merits of this principle. It is perhaps sufficient to say that it has come to be accepted in international fiscal matters that until an enterprise of one State sets up a permanent establishment in another State it should not properly be regarded as participating in the economic life of that other State to such an extent that it comes within the jurisdiction of that other State's taxing rights.*";

- as to Article 5, paragraph 7 "40. *It is accepted that the existence of a subsidiary company does not, of itself, constitute that subsidiary company a permanent establishment of its parent company. This follows from the principle that, for the purpose of taxation, such a subsidiary company constitutes an independent legal entity. Even the fact that the trade or business carried on by the subsidiary company is managed by the parent company does not constitute the subsidiary company a permanent establishment of the parent company*";

- as to Article 10, paragraph 5, it "34. *rules out the extra-territorial taxation of dividends, i.e., the practice by which States tax dividends distributed by a non resident company solely because the corporate profits from which the distributions are made originated in their territory...*

.....
- 36. *Paragraph 5 further provides that non resident companies are not to be subjected to special taxes on undistributed profits.*"

Corollary of such premises (in particular, Art. 10, 5, paragraph 36) is

that "37. where the taxpayer's country of residence, pursuant to its counteracting measures (such as sub Part F legislation in the United States), seeks to tax profits which have not been distributed, it is acting contrary to the provision of paragraph 5. However, it should be noted that the paragraph is confined to taxation at source and, thus, has no bearing on the taxation at residence under a counteracting legislation. In addition, the paragraph concerns only the taxation of the company and not of the shareholder" (65).

Briefly, position of the Commentary seems to be inconsistent for two reasons.

Firstly, the Commentary itself appears contradictory; on the one hand it is held that "paragraph 5 further provides that non resident companies are not to be subjected to special taxes on undistributed profits."; on the other hand it is said that "however, it should be noted that the paragraph is confined to taxation at source and, thus, has no bearing on the taxation at residence under a counteracting legislation."

Secondly, such interpretation does not comply with the wording of the Articles of the OECD Convention affected by the entity approach CFC legislation (66).

3.3. Entity-approach CFC legislation breaches the distributive rules of the OECD Model Convention on business profits

Article 7 of OECD Model Convention, in conjunction with Article 5 paragraph 7 and with Article 10, paragraph 5, enshrines the concept of the deferral whereby the resident country of the shareholder is not allowed to tax the profits of the foreign company until such time as they are remitted to the resident shareholder in the form of dividends (67).

However, as shown in the following cases, this concept is overridden by the application of the entity approach CFC legislation.

A).1. A resident in State A, wholly owns another company (subsidiary) set up in the other State B. These States are treaty partners, and under

(65) It is recognized, anyway, that "38. (under Art. 10, paragraph 5) the application of counteracting legislation may, however, pose some difficulties. If the income is attributed to the taxpayer then each item of income would have to be treated under the relevant provision of the Convention (business profits, interest, royalties). If the amount is treated as a deemed dividend then it is clearly derived from the base company thus constituting income from that company's country."

(66) See footnote 2.

(67) In particular, in those countries that apply a credit method, CFC legislation prevents the deferral of domestic taxation. In those countries that apply an exemption method, such anti-avoidance regime is necessary in order to prevent the outright exclusion from domestic tax of certain foreign-source income.

its CFC legislation State A intends to tax the undistributed profits realized by the subsidiary in State B.

In addition to that, in this case it is assumed that profits arise in State B.

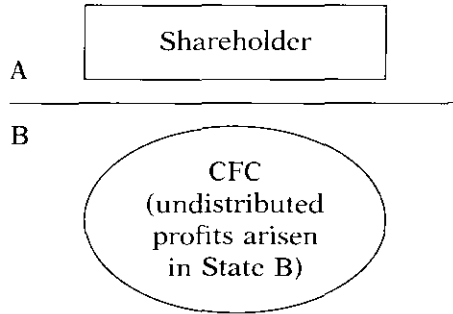


Fig. 1

By application of Article 7, paragraph 1, the profits of an enterprise of a contracting States may also be taxable in the other contracting State if the enterprise carries on business in the other contracting State through a permanent establishment situated therein but only so much of profits as is attributable to it.

In addition to that, by application of Article 5, paragraph 7, in both States the existence of a permanent establishment may not be inferred by mere fact that a company resident in a contracting State controls a company incorporated in the other Contracting State. Such subsidiary, hence, has to be considered as a legal entity subject to tax only in the State of its incorporation (Commentary, paragraph 40; Art. 1).

Therefore, in accordance with the provisions of the OECD Model Convention, (undistributed) profits of the subsidiary incorporated in State B should be subject to tax in shareholder's State A only if such shareholder:

- had a branch in State B, through which a business is carried on;
- and only to the extent of the profits attributable to its branch.

On the contrary, by virtue of entity approach CFC legislation, State A fictitiously attributes to its resident shareholder income realized by the subsidiary in State B. Therefore, State A levies taxes on its resident, regardless of the fact subsidiary's profits accrued in State B.

This regime appears irreconcilable with OECD Model provisions illustrated above.

Indeed, State A taxes subsidiary's profits arisen in State B, even though shareholder's State A has no branch in State B (Art. 7, paragraph 1) and subsidiary for treaty purposes has to be treated as a separate legal

entity subject to tax in B, in the State of its (jurisdiction) incorporation (Art. 5, paragraph 7; Art. 1).

A).2. A resident (either company or entity other than company or individual) in State A, wholly owns another company (subsidiary) set up in the other State B. These States are treaty partners, and under its CFC legislation State A intends to tax the undistributed profits realized by the Subsidiary in State B.

In addition to that, it is assumed that such profits arise in State A.

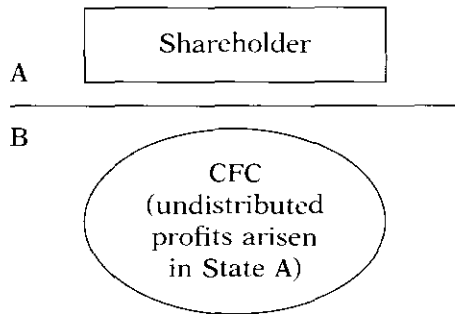


Fig. 2

By virtue of Article 10, paragraph 5, where a resident company of a contracting State derives income or profits from the other contracting State, that other State may not impose any tax on company's undistributed profits (68).

Yet, in the absence of a permanent establishment of the foreign controlled company in shareholder's State, such State may not invoke any right to tax in accordance with provisions of the OECD Model Convention.

Therefore, State A is not allowed to tax the undistributed profits of the subsidiary located in State B, if such profits are not realized through a permanent establishment (of the subsidiary) within its fiscal sovereignty. Even in this case CFC legislation breaches OECD Model Convention, namely, Article 10, paragraph 5, in conjunction with Article 7, paragraph 1, and Article 5, paragraph 7 (69).

Indeed, under this provision, in the absence of a permanent establishment located in its tax jurisdiction, State A is not allowed to levy taxes on its residents with regard to undistributed profits of foreign controlled

(68) The exceptions laid down in this provision are relevant only when subsidiary distributes dividends.

(69) The reasons why Article 7 (1) and Article 5 (7) are violated have already been explained under sub-case A.1.

subsidiary, which has no permanent establishment in shareholder's State A.

* * *

Infringements of tax treaties provisions are much more evident when a third State is involved.

The cases considered under the following letters are different from those examined above because the States involved are three. Namely, for instance, States A, B and C are treaties partners and, accordingly, the treaties to be analyzed are three: A-B, B-C, A-C treaties.

B) In this case it is assumed that a shareholder is (obviously) resident in CFC legislation's State A, the subsidiary in State B and the profits attributed to subsidiary are realized in State C.

B).1. In addition to that, it is further assumed that neither the shareholder nor the subsidiary carry on business through a permanent establishment in State C.

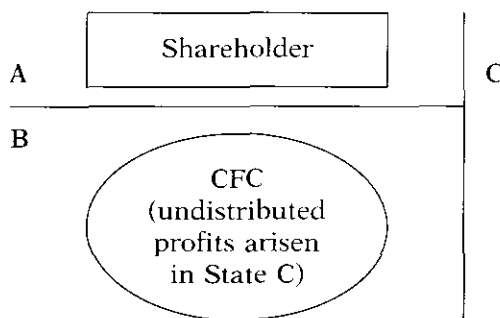


Fig. 3

The analysis of this case affects the provisions of the three tax treaties mentioned.

The treaty between A and C is not applicable, because the only person, potentially liable to tax, is the shareholder resident in State A, who, however, does not realize the (moreover undistributed) profits arisen in State C (Art. 1).

Under the treaty between A and B, subsidiary's profits are taxed only in B (Art. 7, paragraph 1) since subsidiary does not distribute dividends.

Under these treaties State C may not claim any right to tax because there is no branch in its jurisdiction.

Therefore, the profits realized (not through a branch in State C) by subsidiary's State B are taxed only once in such State (Art. 7) under the B-C treaty.

However, when shareholder's State A applies its CFC regime these un-

distributed profits are taxed twice, suffering an economic double taxation: in State A, where the shareholder is resident, and in State B where subsidiary's undistributed profits are realized.

In this case there is a clear infringement of A-B, A-C and B-C treaties, because none of the rules laid down in Articles 7 paragraph 1, 5 paragraph 7, 10 paragraph 5 - as explained above - allow State A to tax (undistributed) profits arisen in State C.

In particular, it should be stressed that Article 10 prevents CFC legislation's State from levying taxes on State B subsidiary's undistributed profits even though originated wholly or partly in a third State.

This case, however, compared to those examined under letter A, presents a further aspect.

Indeed, even though the treaty between A and C is not applicable, State A taxes profits originated in State C, having recourse to its domestic CFC legislation.

This taxing power does simply rely on the extension of the domestic anti-abuse legislation to a third State.

This situation does not find a justification even in the position of the Commentary the attention of which is focused on a bilateral treaty situation in order to reconcile CFC regime with the OECD Model Convention (70).

B).2. Given the same facts sub B, now it is considered the case of a subsidiary with permanent establishment in State C, where profits are realized.

In this respect the treaties between A-C does not apply for the reason expressed above. In such States there is no taxable person, considering that permanent establishment in C is not treated as a legal entity for tax treaty purposes.

32

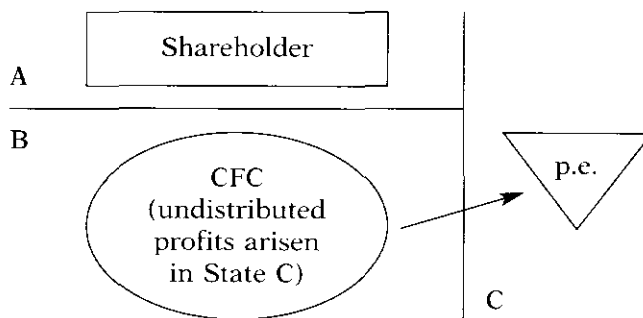


Fig. 4

(70) See *van Raad, K.*, International – Dual residence, *European Taxation*, 1988/8, 241-246.

Under the treaty between A and B, subsidiary's profits are taxed only in B (Art. 7, paragraph 1) since subsidiary does not distribute dividends.

Under the treaty between B and C the same (undistributed) profits are taxed in the subsidiary's State B (Art. 7) and in the permanent establishment's State C (Art. 5 and 7): the former State shall grant a relief in order to avoid a juridical double taxation otherwise suffered by the subsidiary.

However, by the application of the CFC legislation with the regard to the treaty signed between A and B, State A taxes in the hands of its resident taxpayer the undistributed profits of the subsidiary accrued through a permanent establishment in State C, disregarding the provisions laid down in Article 7, paragraph 1, Article 5, paragraph 5 and Article 10, paragraph 5.

That means that the same profits are taxed three times, in State A by the application of CFC legislation, in State B, where the subsidiary is incorporated and in State C, where the permanent establishment is located.

This case gives rise both juridical double taxation - under the B-C treaty the subsidiary is taxed twice - and economic triple taxation, as said above.

Therefore, CFC legislation's State A violates the three treaties considered.

* * *

The case examined sub A) and B) may be characterized by a multiple application of CFC rules, when each State applies its CFC regime in order to tax profits arisen in a tax haven.

This situation is similar to one of those recently illustrated during the International Fiscal Association's Annual Congress (October 2002) (71).

It has been considered that "*Parentco is resident in the United Kingdom. It owns all of the shares of Frco, a company resident in France, Germanco, a company resident in Germany, and Ozco, a company resident in Australia. Frco owns all of the shares of Usco, a company incorporated in the United States. Usco owns all of the shares of Swedco, a company resident in Sweden. Germanco owns all of the shares of Canco, a company resident in Canada. Ozco owns all of the shares of Finco, a company resident in Finland. Finco owns all of the shares of Nzco, a company resident in New Zealand. Canco, Swedco and Nzco each own all the shares of a tax haven corporation whose income is subject to CFC rules of all the countries involved.*

(71) This case and the others are illustrated in an Editorial, entitled *Low-Tax Regimes & MNEs*, appeared in *International Tax Report*, January/February 2002, 1-5.

What are the consequences under the CFC rules of France, Finland, the United States, Germany, Australia and the United Kingdom?"

This case once again proposes the issue of the compatibility of the CFC legislation with tax treaties and draws the attention of tax practitioners on multiple taxation of CFC profits and relief for its elimination.

In this respect the Commentary does not offer a definitive solution on the issue of juridical double taxation, while no reference is made to that of economic double taxation.

In this regard paragraph 39 of the Commentary on Article 10, paragraph 5, is based on the premise that juridical double taxation should be avoided. Therefore, the dividends distributed by the controlled foreign company has to be subject to the ordinary regime, under which the source State imposes a withholding upon distribution and shareholder's State grants a relief for the elimination of double taxation.

The consequence is that the withholding tax on the dividends distributed should be credited in the shareholder's country of residence, even if the distributed profits (the dividend) has been taxed years before under counteracting legislation.

"However – it is stressed in paragraph 39 cit. – the obligation to give credit is doubtful", because "taxpayers who have recourse to artificial arrangements are taking risks against which cannot fully be safeguarded by tax authorities."

This conclusion is inconsistent.

According to the Commentary on the one hand taxation by virtue of the CFC regime is accordance with the provisions of the OECD Model Convention, as illustrated above, on the other hand these provisions are not any longer applicable when a relief for avoid double taxation has to be granted.

It is fair to hold that if the anti-avoidance regime is compatible with the Convention, consequently, each Article affected by the taxation of profits attributed to CFC shall be applied.

That means that Articles 23 A and 23 B must be applied in order to avoid taxpayers to suffer juridical double taxation.

As to economic double taxation nothing is said in the Commentary perhaps because of the fact that the OECD Model Convention formally deals with *"international juridical double taxation"* (72).

However, in the context of the OECD Model Convention the issue of international economic of double (or multiple) taxation is relevant.

Professor Sandler is of the opinion that the entity approach CFC legislation affects even Article 9 of the OECD Model Convention on transfer pricing issues which aimed at determining the price of the (comparable) transactions at arm's length and at avoiding economic double tax-

(72) See Introduction to the OECD Model Convention, paragraph 1.

tion on the same profits. This author observes that "in the context of CFC legislation and treaties, it is important to compare the specific wording of Article 7 (1) and 9 (2). The latter deals specifically with the issue of economic double taxation. It provides that where economic double taxation results because one country makes an adjustment under article 9 (1) to the profits of a resident enterprise, the other country, assuming that it agrees with the alteration, shall make appropriate adjustment to the amount of tax charged therein on those profits. Thus both Article 9 (2) and Article (7) refer to taxation of the profits of an enterprise rather than the taxation of an enterprise in respect of its profits" (73).

Therefore, one may not deny that in the structure and in the spirit of OECD Model Convention lies the principle that the same profit may not suffer double or multiple taxation.

Yet, it is correct to hold that if the anti-avoidance regime is compatible with the OECD Convention, consequently, each principle contained in the treaty - affected by the taxation of profits attributed to CFC - shall be applied.

CFC regime's State, hence, which intends to levy taxes in accordance with the provisions of the OECD Model Convention, may not deny to recognize a relief for economic double taxation.

3.4. *Transactional-approach CFC legislation and the OECD Model Convention*

Should a CFC legislation be based on the transactional approach a State may tax its resident shareholder only on tainted income realized by his controlled foreign company, which includes passive income (such as dividends, interest, royalties) and certain base company income.

Under this regime, specific income, accrued in the juridical sphere of the CFC in a contracting State, are attributed to the shareholder by the other contracting State of which is resident.

In this respect, the characterization of tainted income, based on CFC legislation, affects a particular distributive rule, laid down in the OECD Model Convention.

The issue related to the compatibility of CFC regime with tax treaties has to lead through an analysis of the taxable income as characterized under the anti-abuse regime and the specific provision of the Convention affected by the domestic qualification.

Before entering into this analysis, again it useful to emphasize the distinction between the categories of income involved: base company income and passive income.

Generally, the former is intended as business profits, covered in OECD Model Convention by article 7 [Art. 5 (7); Article 10 (5)]; the lat-

(73) Cit., 104.

ter entails income in which, broadly speaking, the recipient does not participate in the business activity giving rise to income (74): e.g. dividends, interest, royalties, affecting, respectively, corresponding Articles in the Convention, and thus e.g., Articles 10, 11, 12.

* * *

As to base company income, characterized as business profits, the issue of the interaction of CFC regime and tax treaty is solved negatively by the same considerations made on Articles 7 (1), 5 (7), 10 (5) in the former paragraph (75).

This issue is more complicated when such regime affects passive income.

Article 10 of the OECD Model Convention stipulates that *"1. Dividends paid by a Company which is resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State may be taxed in the other Contracting State.*

2. However, such dividends may be also taxed in the contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the contracting State, the tax so charged shall not exceed:

a. 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than the partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends;

b. 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases.

....."

Under these provisions dividends are taxed in the hands of the recipient, whether he is the beneficial owner (i.e. shareholder) or not, by the contracting State of which he is resident and by the other contracting State of which the distributing company is resident.

However, if the recipient is the beneficial owner of the dividends distributed, then the withholding applied by the source State may not exceed the percentage indicated in letters a) and b) under Article 10, paragraph 2.

As to the taxation of interest, Article 11, paragraph 1, codified the same rule laid down in Article 10, paragraph 1 and 2, stating that interest may be taxed in the contracting State of which the recipient is resident and by the contracting State in which such income arises.

(74) This definition is set against that of active income derived from a trade, business, profession, employment. A distinction is usually made between passive and active income in order to justify taxing passive income at higher rates or limiting deductions from passive income.

(75) See the figures 1, 2 and 3.

However, the taxation of the source State shall not exceed 15 percent of the gross amount of the interest if the payee, resident in the other contracting State, is the beneficial owner.

As to tax regime of royalties, they are taxed only in residence State of the recipient ("*beneficial owner*"), without suffering any withholding imposed in the source State (76).

* * *

Therefore, Articles 10-12 of the OECD Model refer to the taxation of dividends, royalties respectively that arise in one country and are paid to the resident of another country.

The fact that the payee is the beneficial owner, simply, implies that withholding charged by the payer shall not exceed the percentage set out in Articles 10 and 11.

On the contrary if the payee is not the beneficial owner, he is still entitled to the treaty protection, even though the withholding is not subject to the limitation mentioned above.

With regard to the CFC regime and its interaction with the Convention, paragraph 38 of the Commentary on Article 10, paragraph 5, stresses that "*The application of counteracting legislation may, however, pose some difficulties. If the income is attributed to the taxpayers then each item of the income would have to be treated under the relevant provisions of the Convention (business profits, interest, royalties)*".

This paragraph derives from paragraph 50 of the 1987 OECD's company study which states that the income attributed under counteracting legislation "*may be composed of different items of income (business profits, interest and royalties) derived from the country of the base company or from any other country and the provisions that are relevant for these items have to be applied.*"

As noted (77), it is not clear whether the provisions referred to are provisions of the treaty between the country of the shareholder and that of the foreign controlled company or the treaty between the country of the shareholder and a third country when tainted income arises therein (assuming that such treaty exists).

(76) Articles 10, 11, 12 shall not apply if the beneficial owner of the dividends, interests and royalties, being a resident of a contracting State, carries on business in the other contracting State through a permanent establishment in which:

- the holding in respect of which the dividends [art. 10, (4)],
- the debt-claim in respect of which the interest [art 11, (4)],
- the right or property in respect of which the royalties are paid [art 12, (3)],

are effectively connected with such permanent establishment situated in that other State.

(77) *Sandler, D.*, cit., 106.

In this respect a distinction should be made between the case of passive income arisen in State of which the CFC is resident or in the State of which the shareholder is resident and the case of passive income arisen in a third State.

A) In this case it is assumed that passive income is arisen in State of which CFC is resident and paid to the latter, considering that there is a tax treaty between this State and that of shareholder (78).

In such a case, Article 10-12 applies and, thus, passive income are taxed in the State of which the recipient is resident.

Therefore, by virtue of these rules, passive income, paid to controlled foreign company shall be taxed by the State of which the CFC is resident and not by State of which shareholder is resident, for the simple reason that the latter does not receive any passive income: in other words the dividend, interest and royalties are not paid to a resident of shareholder's State which may not invoke any right to tax.

However, in applying the counteracting legislation, CFC's shareholder is taxed by its residence State as passive income arises in State where the CFC is incorporated rather than when it is subsequently remitted in the form of dividends.

In principle, such regime overrides the Articles mentioned, which are based on the concept that passive income are taxed in the hands of taxpayer to whom effectively are paid.

It is not clear, instead, whether such regime might infringe Article 10, paragraph 5.

If the premise is that passive income under CFC legislation has to be characterized as "undistributed profits" under OECD Model Convention (Art. 10, paragraph 5), then such passive income may be taxed in shareholder's State as dividends only upon distribution of profits by controlled foreign company.

Therefore, even Article 10, paragraph 5, may be said violated by CFC regime.

On the contrary, if the domestic qualification of CFC's income as passive income conserves this character under the treaty and it is assumed that the beneficial owner of the income is the shareholder, then Articles mentioned do not prevent a State from applying its anti-avoidance regime (79).

This interpretation, however, may not be confirmed by the wording of Articles 10 and 11, where the taxable event is connected with that of the payment in the hands of a taxpayer resident in a contracting State, even though the latter is not the beneficial owner. The concept of the beneficial ownership in Articles mentioned is, thus, relevant only to compute a lower withholding imposed in the source State.

(78) See the figure 1.

(79) *Sandler, D.*, cit. 106.

B) Now it is taken into consideration the case of passive income arisen in shareholder's State and attributed (i.e. paid) to a CFC (80), assuming, as in the former case, that there is a tax treaty between the State of which the CFC is resident and the State of which the shareholder is resident (81).

Now the shareholder's State has to be viewed as source State, i.e. where income arises. The taxation in such State has to be limited to a withholding - upon payment in case of dividends and interest - without any limitation if the recipient is not the beneficial owner (Artt. 10 and 11).

This is not true for royalties which does not bear any taxation in the source State, being the right to tax allocated only in resident State of the payee (Art. 12).

On the contrary if the State, which applies the CFC legislation, considers the passive income mentioned as received directly by the shareholder, then such State will tax entirely income arisen in its jurisdiction.

This regime overrides the treaty provisions considered above, which limit the taxation of interest and dividends to a withholding and which even exclude the taxation of royalties in the source State.

In this case the potential concern that transactional approach CFC legislation is contrary to tax treaty provisions is probably much more limited.

C) Finally, it is taken into consideration the case of CFC's passive income arisen in a third State other than that of which CFC is resident (82).

For instance, CFC's shareholder is resident in State A, CFC is incorporated in State B and income arises in State C (83), assuming that there is a tax treaty between these States.

Under the B-C treaty passive income should be taxed in both countries in the case of dividends and interest (art. 10 and 11); in the case of royalties only in country B where the payee (taxpayer) is resident.

The A-B treaty is not applicable, because the shareholder is not the recipient of the income, being the payment carried out in the hands of CFC.

The treaty A-C is not applicable, because there is no taxable person

(80) See the figure 2.

(81) If in shareholder's State, CFC has a branch, see footnote 76 and, consequently, paragraph 3.3., B.2.

(82) See the figure 3.

(83) If in C, CFC has a branch, see footnote 76 and, consequently, paragraph 3.3 (see figure 4).

in both States, being C the source State and A the State of a shareholder to whom no income may be attributed in accordance with the provision of the OECD Model Convention.

Under the CFC legislation, passive income, originated in C and paid to CFC resident in B, are taxed in State A of which the shareholder is resident.

In such a case, State's A taxing right does simply rely on the extension of the domestic anti-abuse legislation to a third State, C, in violation of the treaties examined (84).

Chapter 4 - 4. Case Law

4.1. French Conseil d'Etat held CFC legislation incompatible with the France-Switzerland tax treaty

French Conseil d'Etat upheld on 28 June 2002 an earlier decision of the Court of Appeal of Paris on 30 January 2001 (*Schneider* case) and determined that the application of the French controlled foreign company legislation (85) - to a French parent company on account of an interest held in a Swiss company - is incompatible with Article 7 paragraph 1 of the France-Switzerland income and capital tax treaty of 9 September 1966 (86).

335

(84) The issue of double (or multiple) juridical (or economic) double taxation of passive income taxed by transactional approach raises the same problems dealt with in paragraph 3.3., B.2.

(85) Reference is made here only to the French rules that were introduced by Article 107 of Law n. 92-1376, dated 30 December, 1992, and codified under paragraphs I-bis and II-bis of Article 209-B of the French Tax Code. As stated in paragraph IV of Article 209-B of the French Tax Code, the new rules became effective 30 September 1992, and will definitely replace the old French CFC rules (introduced by Article 70 of Law n. 80-30, dated 18 January 1980 and codified under paragraph I and II of Article 209-of the French Tax Code) from January 1, 2003.

(86) The decision of the Supreme Court concerns the France-Switzerland treaty prior to its modification by the protocol of 22 July 1997. The amended elimination of double taxation clause in the treaty does allow France to apply its CFC legislation to the Swiss permanent establishment and, most probably, also subsidiaries of French shareholders notwithstanding of treaty provisions. This interpretation has been confirmed by the French Ministry of Finance. The decision also effects most of the treaties concluded by France. However, it should be noted that recent French treaties contain a clause allowing France implicitly or explicitly to apply its CFC legislation notwithstanding other treaty provisions.

* * *

Schneider - a French Corporation ("Société Schneider Electric"), holding 100 percent of Paramer, a Swiss pure holding company - was required to pay French corporate tax on the profits made by Paramer during fiscal year 1986 under section 209B.

This provision stipulated (87) that a French shareholder, holding a qualifying interest in an entity established outside France and benefiting from a privileged tax regime, is assessed to tax in France on a pro rata share of the income derived by the foreign entity whether or not the income is distributed to the shareholder.

On the contrary Article 7, paragraph 1, of the then treaty between France and Switzerland treaty, provides, in line with the OECD Model Convention, that the profits of an enterprise of a State are not taxable in the other State unless they are connected to a permanent establishment therein.

In order to eliminate double taxation, Article 25, in its then applicable version, provided that income, the taxation of which is attributed to Switzerland (under Art. 7), is exempt from tax in France.

The French tax authorities consistently argued that France did not tax the foreign controlled entity but rather the France shareholder and, as such, the legislation does not breach treaties containing clauses drafted along Article 7, paragraph 1 of the OECD Model.

336

* * *

The corporate tax assessment was confirmed by the Administrative Court of Paris (decision on 21 November 1995, n. 92-7093; see the previous consistent decision on 13 February 1996, n. 92-18.670) (88) which ruled that the French CFC legislation did not violate the France-Switzerland tax treaty (89).

(87) See footnote 81.

(88) *Contra* the Administrative Court of Strasbourg, decision n. 91-58, 12-12-1996, *Strafor-Facom*; *contra* the Administrative Court of Strasbourg decision n. 96-684, 25-2-1999, *Rémy-Cointreau*; such Courts held that the application of French controlled foreign company rules was irreconcilable with Article 7 (1) of the France-Switzerland tax treaty (*Schneider*, 9-9-1966), which corresponds to Article 7 (1) of the OECD Model Convention.

(89) That decision implicitly confirmed the following arguments outlined by the French tax authorities in regulations dated 6 march 1992: "*Section 209B does not result in a "legal" double taxation of the same taxpayer on the same income by at least two different countries. Section 209B imposes tax on the French corporate owner of the CFC, but does not make CFC liable to tax in both its home country and in France.*"

* * *

On 30 January 2001 the administrative Court of Appeal overturned the decision rendered by the lower tax Court.

In examining Article 7 of the France-Switzerland tax treaty, as applicable for the fiscal year 1986 (90), such Court ruled that French tax authorities are prevented by the convention from taxing the Swiss company in its territory, which does not carry on a business in France through a branch: therefore tax treaty had to prevail over domestic CFC legislation (91).

In particular, it should be stressed that in the view of the Court:

"Nothing in the France-Switzerland tax treaty permits any derogation of the treaty's profits allocation rules, even when one treaty partner contends that such derogation is necessary to combat tax evasion; and

French tax authorities cannot disregard the provisions of a tax treaty by arguing that the purpose of section 209B of the French tax code is to combat tax evasion" (92).

The Court of Appeal of Paris, hence, ruled that the profits assessed to tax in France were those realized by the Swiss subsidiary, and therefore France may not tax those profits, even if the assessment is formally issued at the level of the French shareholder. Such assessment should have been contrary to Article 7, paragraph 1, and 25A of the then applicable France-Switzerland treaty.

33

Section 209B does not result in economic double taxation, whereby the same income is taxed at least in two different countries, even in the hands of two different taxpayers. Economic double taxation is eliminated by offsetting, against the French corporate tax assessed on the profits of the CFC, taxes of the same nature paid outside of France, including withholding tax paid on distributions made to the French corporate owner.

Although, one of the purposes of a tax treaty is to combat tax avoidance, France is not prohibited from achieving the same objective through its domestic CFC legislation."

(90) Article 7, paragraph 1, provides that *"the profits of a Swiss enterprise...shall be taxable only in Switzerland, unless the enterprise carries on business in France through a permanent establishment situated therein."*

(91) See *Not, N.*, Swiss and French authorities disagree on compatibility of French CFC rules with treaty, in *Taxes Notes international* 29 may 2000, 2387; *Not., N.*, French CFC rules held Incompatible with OECD Model Tax Convention, in *Tax planning International tax Review*, vol. 28, 2001, n. 4, 3-8; *Douvier, P.-J.*, What's going on ..., in *International bureau of fiscal documentation*, may 2001, 184.

(92) The Court stated the principle that the application of anti-avoidance measures has to be preserved in the Convention by a saving clause: see paragraph 2.3.3.1. Even an argument *"a contrario"* may be found in this paragraph to support such view: see the saving clauses included by renegotiating treaties already in force.

* * *

The decision under consideration was appealed by the Minister of Finance before the Conseil d'Etat.

The main argument proposed by the Minister against the decision was based on the consideration that there is no violation of the treaty provisions, because the income taxed under section 209B was, in essence, a deemed dividend rather than a business profit. Hence, Article 7, paragraph 1, should have not prevented the tax administration from requiring Schneider to pay the France corporate, because the taxable income was not constituted by business profits of Swiss subsidiary but by that of deemed dividend income generated through its ownership interest in the Swiss company.

The Conseil d'Etat rejected this characterization of the income on the basis on the following considerations.

The term profit, being not defined in the treaty between France and Switzerland, has to be interpreted under domestic law [Article 3, paragraph 2 of treaty between the States involved (93)]. Therefore, the Conseil held that *"it results from the exact terms of these provisions (of section 209B), that their purpose is to allow the taxation in France of business profits generated by a corporation carrying out its activities abroad and not, contrary to the argument of the (finance) Minister, the taxation of a deemed dividend distribution by the foreign corporation to its shareholder that is resident in France."*

Based on this characterization, intended to treat as business profits the income relevant under CFC legislation, the Court called on the distributive rules designated to allocate the right to tax this particular item of income, and, thus, Article 7.

Therefore, it was ruled that *"the Administrative Court of Paris did not make an error in law by holding that*

- there is an identity of nature between the operating profits of Paramer that are taxable in Switzerland and profits of Paramer, which are taxed in France in the name of Schneider under section 209;

- the objective of eliminating double taxation assigned to this tax treaty cannot justify the non application of these provisions (Artt. 7 and 25) by invoking the argument that profits of Paramer are not taxed in the hands of that Swiss company, but in the hands of its parent company, which is a separate legal entity;

(93) Article 3, paragraph 2 of this treaty, in line with the same paragraph laid down in the OECD Model Convention, provided *"As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term non defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has at that time under law of that State for the purposes of the taxes to which the Conventions applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that state."*

-the provisions of Article 7, paragraph 1 of the France-Switzerland treaty prevent the application of section 209B", and, so, to tax in France the Swiss subsidiary without a permanent establishment therein.

That makes clear - at least in France - that, in principle, the entity approach CFC legislation and OECD Model convention are not compatible, therefore the application of the domestic anti-abuse regime has to be preserved by a saving clause included in the tax treaty.

4.2. A UK Court of appeal held CFC legislation compatible with the UK-Netherlands tax treaty

In *Bricom Holdings Limited (94) v IRC* a UK Court of appeal (on 5, 6, 9 June, 25 July 1997) held the compatibility of UK CFC legislation with the UK-Netherlands tax treaty (95).

B Ltd, a company resident in the United Kingdom, held 100 per cent of the shares in a company incorporated in and resident in the Netherlands (96) which carried on a business as a restaurant operator through a branch in Singapore.

In its three accounting periods to 31 October 1990, 1991 and 14 April the Dutch subsidiary received interest from a UK resident company.

That interest was covered by Article 11 of double taxation convention between UK and Netherlands, according to which interest arising in a contracting State (UK) which is derived and beneficially owned by a resident of the other contracting State (the Netherlands) was taxable in such other State (the Netherlands).

The revenue took the view that S was a controlled foreign company since it was resident outside the United Kingdom, but controlled by persons resident in the United Kingdom, and subject to a lower level of taxation in the territory in which it was resident. On 20 December 1994 the revenue served notices under s 747 (1) on B Ltd, directing that the anti-avoidance provisions relating to the use of controlled foreign company applied. On 7 January 1995, pursuant to the notices, B Ltd, as sole shareholder in S, was assessed under s 747 (4) (a) in a sum equal to corporation tax on the whole of subsidiary chargeable profits, defined in s 747 (6) (a) as the amount of its total profits on which corporation tax would have been chargeable, assuming that it had been resident in the United Kingdom and had claimed all the relief for corporation tax to which it would have been entitled, less the whole of its credit tax.

(94) Since now on "B Ltd".

(95) See the case note written by *Sandler, D.*, in *British Tax Review*, n. 1 1998, 52-61 and n. 5 1996, 554-553 (1997 STC 1179).

(96) Since now on "S".

* * *

B Ltd appealed against each of the three assessments. It did not dispute that was a controlled foreign company but contended that the assessments were incorrect because they included in subsidiary's chargeable profits amounts attributable to interest which had been received from the United Kingdom source and exempted under Article 11.

The special Commissioners dismissed B Ltd's appeal holding that interest had lost their character as interest from UK source at the stage when S's chargeable profits were computed, which stage preceded the apportionment of S's chargeable profits to B Ltd and the subsequent assessment of Ltd to a sum equal to corporation tax on the amount of chargeable profits so apportioned.

B Ltd appealed directly to the Court of Appeal.

* * *

Such Court held respect to the former judge that *"interest ... did not cease to be such being included as a component elements of the recipient's profits, and exempt income did not change its character or lose its exemption merely because it was deemed to be the income of another person or was imputed to him ..."*; *"Accordingly, the interest received by the subsidiary was not included in the sum apportioned to B Ltd on which tax was chargeable. It merely provided a measure by which an element in a conventional or notional sum was calculated, and it was that conventional or notional sum which was apportioned to B Ltd and on which tax was charged."*

The best doctrine observed that *"It is unfortunate that the taxpayer chose to base its argument on Article 11 of the UK-Netherlands tax treaty rather than Article 7(1) and 10 (7)"* (97).

However, even without invoking a different provision the Court of Appeal should have come to a different conclusion by reference to the Article 11 mentioned above.

Indeed it has correctly been stressed that under this article *"where interest arising in one of the states is beneficially owned by a resident of the other State, it is only taxable in the other state. This imposes a simple obligation on the United Kingdom in respect of income arising in the United Kingdom but derived and beneficially owned by a resident of the Netherlands. It must exempt such income from the taxes referred to in the treaty"* (98).

(97) Sandler, D. cit., 206. *"The wording of these Articles are similar to the that of corresponding Articles of the OECD Model Convention."*

(98) Schwarz, S., *Controlled foreign company and Tax treaties*, International bureau fiscal documentation, December 1997, 553.

This position appears absolutely correct with regard to those systems where the domestic law recognizes treaties to possess a hierarchical status under which the provisions laid down on it take precedence over national laws conflicting with them (99).

Chapter 5 - Conclusions

The uncertainty and/or ambiguity related to the compatibility of CFC regimes with tax treaties is an issue which still remains unsolved.

A recent decision ruled by the French Conseil d'Etat determined that the application of CFC legislation - to a French parent company on account of an interest held in a Swiss company - is incompatible with Article 7 paragraph 1 of the France-Switzerland income and capital tax treaty of 9 September 1966.

However, the Commentary excludes in principle the possibility of conflict on the grounds that the application of a country's own provisions to the CFC, in the struggle against international tax avoidance and tax evasion, would not entail a taxation contrary to the OECD Model Convention.

* * *

The interpretation of the Commentary appears correct with regard to those states where the domestic legislation is prevailing over tax treaties.

In these countries, however, a conflict between domestic legislation and tax treaties seems to be excluded not for the reason that anti-avoidance measures are compatible with the OECD Model Convention, but for the mere fact that domestic legislation prevails over international agreements.

* * *

On the contrary, counteracting measures have to be imposed in accordance with the hierarchy of sources of law when the internal law attributes to the international treaty a rank which is superior to domestic legislation.

This consideration is based on the need to preserve the internal order of sources of law as well as the patrimonial integrity of taxpayers in good faith whose economic choices are in accordance with law and there is no evidence that convention is being improperly used.

As to sources of law, it is said that tax treaties provisions, which enjoy a hierarchical status superior to that of domestic legislation, cannot be overridden by conflicting anti-avoidance measures.

(99) See chapter 1.

That entails that any counteracting legislation, enacted in violation of tax convention, does not result applicable against taxpayers whose income has arisen in the other contracting State (source State) unless a specific saving clause makes reference to the anti-abuse provisions preserved.

Tax treaties that follow the OECD Model must be executed in accordance with the principle of "mutual respect of the sovereignty of the contracting States", and any derogation from this principle must correspond to the intent of each of the Contracting State.

In other words, the contracting State that intends to reserve its right to apply its domestic legislation must expressly state this reservation. Consequently, when a provision appears in a convention, whereby it is expressly reserved the right of a contracting State to apply its own specific counteracting regime, it is clear the intention of that State to preserve this regime within the structure of the treaty signed.

As to taxpayers, they should be safeguarded as to grant them the protection of treat network when their business strategies relied on a correct interpretation of tax treaties.

If these strategies result from an unarguable application of the provisions laid down in tax convention and the treaty is not being improperly used, such taxpayer cannot be penalized by any domestic legislation conflicting with treaty provisions in the absence of a specific Article, containing a saving clause making reference to it; as a result, unfairly, his/her patrimonial integrity would otherwise be prejudiced.

Therefore, only the presence of the clause mentioned enables taxpayers to figure out and, therefore, to avoid a specific conduct sanctioned by counteracting measures. Consequently, if this provision exists in the treaty, he will be able to figure out that his behaviour is against its domestic law when such conduct is being applied and, therefore, to risk penalties, application of which will affect his patrimonial integrity to fairly remedy a violation of law.

* * *

In the absence of such saving clause, the issue concerning the compatibility of CFC legislation with tax treaties is relevant.

A) Under the entity approach CFC legislation income of the controlled foreign entity is imputed to the resident taxpayers as business profits (i.e. transparency approach), regardless of its source, although the distributive rules concerning taxation of business profits are based on the principle that each corporation is a separate and legal entity. Therefore, each State has jurisdiction to tax this item of income attributed to shareholder resident therein.

Nevertheless, under the OECD Model Convention a contracting State may levy taxes on business profits sourced within its territory, provi-

ded that they are effectively connected with its economic environment, even though taxable persons are subject to tax jurisdiction of another State. Under Article 7, paragraph 1, in conjunction with Article 10, paragraph 5 and Article 5, paragraph 7 a contracting State is not allowed to tax in the hands of a shareholder (companies, entities other companies, individuals), who is resident within its territory, the undistributed profits of a controlled foreign companies incorporated in the other contracting State.

This principle is violated by the shareholder's State, when such State, by virtue of its domestic anti-abuse regime, levies taxes on business profits realized by the controlled foreign company either in State of its incorporation or in the State of which the shareholder is resident or in a third State.

This view is supported by a recent decision ruled by the French Conseil d'Etat mentioned above.

B) Under the transactional approach a State may tax its resident shareholder only on tainted income realized by his controlled foreign company, which includes passive income (such as dividends, interest, royalties ...) and certain base company income.

As to base company income, characterized as business profits, the issue of the interaction of CFC regime and tax treaty is solved negatively by the same considerations made on Articles 7 (1), 5 (7), 10 (5) in the former paragraph.

343

This issue is more complicated when such regime affects passive income.

As to passive income, Articles 10-12 of the OECD Model Convention refer to the taxation of dividends, royalties respectively that arise in one country and are paid to the resident of another country.

The fact that the payee is the beneficial owner, simply, implies that withholding charged by the payer shall not exceed the percentage set out in Articles 10 and 11.

On the contrary if the payee is not the beneficial owner, he is still entitled to the treaty protection, even though the withholding is not subject to the limitation mentioned above.

Therefore, by virtue of these rules, passive income, paid to controlled foreign company shall be taxed by the State of which the CFC is resident and not by State of which shareholder is resident, for the simple reason that the latter does not receive any passive income: in other words the dividend, interest and royalties are not paid to a resident of shareholder's State which may not invoke any right to tax.

In this respect it is useful to summarize the cases illustrated in paragraph 3.4.

By application of the counteracting legislation, CFC's shareholder shall be taxed by its residence State when passive income arises (rather than when it is subsequently remitted in the form of dividends) either in

State of which the CFC is resident or in that of which the shareholder is resident or in a third State.

- In first case, such regime overrides the articles mentioned, which are based on the concept that passive income are taxed in the hands of taxpayer to whom are effectively paid.

It is not clear, instead, whether such regime may infringe Article 10, paragraph 5.

If the premise is that passive income under CFC legislation has to be characterized as "undistributed profits" under OECD Model Convention (art. 10, paragraph 5), then such passive income may be taxed in shareholder's State as dividends only upon distribution of profits by controlled foreign company.

Therefore, even Article 10, paragraph 5, may be said violated by CFC regime.

On the contrary, if the domestic qualification of CFC's income as passive income conserves this character under the treaty and it is assumed that the beneficial owner of the income is the CFC's shareholder, then Articles mentioned do not prevent a State from applying its anti-avoidance regime.

This interpretation, however, may not be confirmed with regards to dividends and interest. According the wording of Articles 10 and 11, taxable event is connected with that of the payment in the hands of a taxpayer resident in a contracting State, even though the latter is not the beneficial owner. The concept of the beneficial ownership in Articles mentioned is, in fact, relevant only to compute a lower withholding imposed in the source State.

344

- In the second case, the potential concern that transactional approach CFC legislation is contrary to tax treaty provisions is probably much more limited. Now the shareholder's State has to be viewed as source State, i.e. where income arises. Under the OECD Model Convention the taxation in such State has to be limited to a withholding - upon payment in case of dividends and interest - without any limitation if the recipient is not the beneficial owner (Artt. 10 and 11), while royalties does not bear any taxation in the source State, being the right to tax allocated only in resident State of the payee (Art. 12).

On the contrary if the State, which applies the CFC legislation, considers the passive income mentioned as received directly by the shareholder, then such State will tax entirely income arisen in its jurisdiction. This regime overrides the treaty provisions considered above, which limit the taxation of interest and dividends to a withholding and which exclude the taxation of royalties in the source State.

However, even in this case, if the domestic qualification of CFC's income as passive income conserves this character under the treaty and it is assumed that the beneficial owner of the income is the shareholder, then Articles mentioned do not prevent a State from applying its anti-avoidance regime.

• In the third case, three States and as many treaties are affected: CFC's shareholder is resident in State A, CFC is incorporated in State B and income arises in State C. As explained above the only treaty applicable is that between B-C treaty under which passive income should be taxed in both countries in the case of dividends and interest (Art. 10 and 11); in the case of royalties only in country B where the payee (taxpayer) is resident. Under the CFC legislation, passive income, originated in C and paid to CFC resident in B, are taxed in State A of which the shareholder is resident. In such a case, State's A taxing right does simply rely on the extension of the domestic anti-abuse legislation to a third State, C, in violation of the treaties affected.

It should be stressed once again that this anti-avoidance regime may be considered in accordance with provisions of OECD Model convention if the domestic qualification of CFC's income as passive income conserves this character under the treaty and it is assumed that the beneficial owner of the income is the shareholder.

* * *

The case illustrated above draws the attention of tax practitioners on multiple taxation of CFC profits and relief for its elimination.

In this respect the Commentary does not offer a definitive solution on the issue of juridical double taxation, while no reference is made to that of economic double taxation.

345

In this regard paragraph 39 of the Commentary on Article 10, paragraph 5, is based on the premise that juridical double taxation should be avoided. Therefore, the dividends distributed by the controlled foreign company has to be subject to the ordinary regime, under which the source State imposes a withholding upon distribution and shareholder's State grants a relief for the elimination of double taxation.

The consequence is that the withholding tax on the dividends distributed should be credited in the shareholder's country of residence, even if the distributed profits (the dividend) has been taxed years before under counteracting legislation.

"However – it is stressed in paragraph 39 cit. – the obligation to give credit is doubtful", because "taxpayers who have recourse to artificial arrangements are taking risks against which cannot fully be safeguarded by tax authorities."

This conclusion is inconsistent.

According to the Commentary on the one hand taxation by virtue of the CFC regime is in accordance with the provisions of the OECD Model Convention, as illustrated above, on the other hand these provisions are not any longer applicable when a relief for avoid double taxation has to be granted.

It is fair to hold that if the anti-avoidance regime is compatible with

the Convention, consequently, each Article affected by the taxation of profits attributed to CFC shall be applied.

That means that Articles 23 A and 23 B must be applied in order to avoid taxpayers to suffer juridical double taxation.

As to economic double taxation nothing is said in the Commentary perhaps because of the fact that OECD Model Convention formally deals with "international double taxation".

However, in the context of the OECD Model Convention the issue of international economic of double (or multiple) taxation is relevant.

Professor Sandler is of the opinion that the CFC legislation affects even Article 9 of the OECD Model Convention on transfer pricing issues which aimed at determining the price of the (comparable) transactions at arm's length and at avoiding economic double taxation on the same profits. This author, *inter alia*, observes that "..both Article 9 (2) and Article (7) refer to taxation of the profits of an enterprise rather than the taxation of an enterprise in respect of its profits."

Therefore, one may not deny that in the structure and in the spirit of OECD Model Convention lies the principle that the same profit may not suffer double or multiple taxation.

Yet, it is correct to hold that if the anti-avoidance regime is compatible with the OECD Convention, consequently, each principle contained in the treaty - affected by the taxation of profits attributed to CFC - shall be applied.

CFC regime's State, hence, which intends to levy taxes in accordance with the provisions of the OECD Model Convention, may not deny to recognize a relief for economic double taxation.

Bibliography

- *Rigby, M.*, "Australian Tax Forum", n. 8, 1991, 301, 333;
- *Rezek, J.F.*, "Tax Treaties and Domestic Legislation", *Luthi, D.*, "Consequences of conflicts between International Treaty Law and Internal Law", The 43rd Congress of the International Fiscal Association, focused on interaction of tax treaties and domestic legislation;
- *van Raad, K.* 1992 "Additions to Articles 3 (2) (Interpretation) and 24 (Non-Discrimination) of the 1992 OECD Model and Commentary", *Intertax* 671 (1992); "Interpretation of tax convention", *M.B.B.* no. 2/3, 49; "International - Dual residence, European Taxation", 1988/8, 241-246;
- *Avery Jones, J.F., et al.*, "The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3 (2) of the OECD-Model", *BTR* 14, 90 (1984); *Sinclair L, et al.*, "Interpretation of Tax Treaties", 40 *BIFD* 75";
- *Vogel, K.*, "On double convention", third edition, 66, 70; "The influence of the OECD Commentaries on Treaty interpretation", *Bulletin-Tax treaty monitor*, December 2000, 612;
- *Baker, P.*, "Double Taxation Agreements and International Tax Law", 1-19, 46-62;

- *Edwardes-Ker, M.*, "What is a tax treaty ? The study guide tutorial, modules 01.01-02.32.";
- *Shay, S.E.*, "The Relationship of Tax Treaties to Domestic Law in the United States" 43rd IFA congress cit.;
- *Arnold, B. J., Dibout, P.*, "General Report IFA 2001 V. LXXXVib, Limits on the use of low-tax regimes by multinational business: current measures and emerging trends", 39, 40;
- *Sandler, D.*, "Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, Pushing the Boundaries", Second Edition.; case note, *British Tax Review*, n. 1 1998, 52-61 and n. 5 1996, 554-553 (1997 STC 1179);
- *Nanetti, F.*, "Italy's controlled foreign companies", *Bulletin for international fiscal documentation*, vol. 54, No. 6, 2000; "The Italian CFC: tax measure, law against tax avoidance or international countermeasure? Reflections and preliminary interpretations", *EC tax review*, vol. 10, issue 1, 2001;
- *Wassermeyer, F.*, "Abusive application of DTCs: treaty law issue, Abusive application of international tax agreements", *Proceedings of a seminar held in Munich 2000 during the 54th Congress of the International Fiscal Association*, 18;
- *Doernberg, Richard L. and van Raad, K.*, "The Forthcoming U.S. Model Income Tax Treaty and Saving Clause, *Tax Notes International*", October 12, 1992, 775782;
- *Lang, M.*, "Abusive application of DTCs: treaty law issue, Abuse application of international tax agreements", in *Proceedings of a seminar held in Munich 2000 during the 54th Congress of the International Fiscal Association*, 24;
- Editorial, entitled "*Low-Tax Regimes & MNEs*", *International Tax Report*, January/February 2002, 1-5;
- *Not, N.*, "Swiss and French authorities disagree on compatibility of French CFC rules with treaty", *Taxes Notes international* 29 may 2000, 2387; "French CFC rules held Incompatible with OECD Model Tax Convention", *Tax planning International tax Review*, vol. 28, 2001, n. 4, 3-8;
- *Douvier, P.-J.*, "What's going on in ...", *International bureau of fiscal documentation*", may 2001, 184.

* * *

- OECD Model Convention and Commentary - including 2000 update - in *Materials on international & EC tax law*, selected and edited by *van Raad, K.*;
- Report on Harmful Tax Competition;
- Reports on "*Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies*" and "*Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies*";
- Report on CFC legislation;
- Ruding Report;
- Ecofin Report;
- "The revision of the Model Convention" Report of 1992.

Report on the proceedings of the 56th Congress of the International Fiscal Association (*) Oslo 25-29 August 2002

Pasquale Pistone
Carlo Romano

Subject I – Form and substance in tax law

This topic deals with a problem affecting almost all areas of tax law. The way in which a country resolves frictions between form and substance, and the margin allowed to its tax authorities to recharacterise legal form, depends on the extent to which it employs substantive and formal legal reasoning. The existence of (judicial or statutory) general anti-avoidance rules (GAARs) significantly affects the relation between form and substance.

348

The session analysed four tax cases and was split into two main parts, respectively dealing with issues raised by common and civil law countries. The general reporter described form as characterisation according to civil or (in some cases) tax law, and substance as that according to the economic transaction. Different from economic substance is the concept of legal substance, which refers to the result of a thorough study of the rights and obligations of the transaction.

The first part of the session dealt with recharacterisation for tax purposes and the use of substance-over-form doctrines in common law countries, showing that while United Kingdom judges tend to look at the legal substance, the United States uses a variety of doctrines to support its substance over form approach.

The first case (*Westmoreland*) concerned the deduction of losses resulting from interest payments to an exempt body and represented the last step of judicial evolution of anti-avoidance techniques in the United Kingdom. Both a panellist and an intervention from the audience stressed that the concept of payment, as interpreted by Lord Hoffmann in this

(*) This report drafted by the authors has been published with the kind permission of the International Fiscal Association.

case, not necessarily implied a payment in cash. After the UK Courts reversed in *Ramsay* the benevolent approach to tax avoidance schemes applicable since *IRC vs. Duke of Westminster* (still influencing Canadian Courts) and further applied that more restrictive approach to composite linear transactions in *Dawson*, the *Westmoreland* decision might indicate that the *Ramsay* principle should only be seen as an instrument to achieve interpretation based on the intent and purpose of the law. An intervention from the floor pointed out that constitutional restraints imposed by the principle of equality may in some circumstances force the legislator to deviate for tax purposes from the characterisation applicable under private law.

The second case (*United Parcel Service of America (UPS) vs. Commissioner*) involved insurance premiums paid by a US company to an unrelated front insurer, which was in turn forced to reinsure its entire exposure with a Bermuda company controlled by the shareholders of the plaintiff. The deduction of premiums paid to the unrelated insurer was first denied by the lower tax Court on the grounds that such company was a sham, and then allowed by the Court of Appeal. The concept of sham is applied here in a much broader sense (economic sham), i.e. despite the fact that the Bermuda company had provided real reinsurance. By contrast, US Courts now seem much more reluctant to apply the conduit doctrine developed some decades ago in the *Aiken* case. Panellists critically reviewed further US doctrines applying substance over form since *Gregory vs. Helvering* and raised the issue, how legal form and legal substance should be defined. An intervention from the floor suggested that the taxpayer has the right to choose any form that the law offers, insofar as this is appropriate (German: *angemessen*) in respect of the underlying substance, achieves a substantive goal and the tax benefit is not the decisive reason for choosing it.

The second part of the session dealt with the use of civil law anti-avoidance concepts.

The third case dealt with accelerated deduction of interest expenses in a circular scheme of film-sale and lease-back carried out through a Japanese general partnership. The Japanese Lower Court (the case is now pending before the Japanese Supreme Court) concluded that no deduction was possible since the investors had not become legal owners of the films, but had merely entered a single composite financing scheme. In the light of the principle of legality contained in the Japanese Constitution, a panellist analysed the substance-over-form problem across civil and tax law in respect of concepts that the latter has borrowed from the former. He also made reference to a second case (also currently pending

before the Japanese Supreme Court), involving the exchange of land and decided by the Court of Appeal in a way that substance could not prevail over form without a statutory ground. After one panellist stressed that such scheme of accelerated deduction could no longer achieve its avoidance goals in the US, the chairman added that, according to German doctrine, tax law may use terms developed by civil law, modify them (German: *abgewandelte Rechtsbegriffe*), or adopt tax economic concepts (German: *steuerliche Wirtschaftsbegriffe*).

The fourth case (*Régie immobilière de Villeurbanne*) referred to the deduction of financing costs related to the purchase of a company through a holding company and achieved by using the *fast merger technique*. Since the scheme was not fictitious, had no exclusive tax saving motives and included an economic interest, the Court of Appeal did not accept reassessment based on either the judicial doctrine of abnormal act of management (French: *acte anormal de gestion*) or the statutory anti-avoidance concept of abuse of law. One panellist thoroughly described peculiarities of both doctrines, which differ mainly as to the relevance of the taxpayer's intention (to be proved in case of abuse of law). Although the French doctrine of abuse of law (French: *abus de droit*) broadly reflects the Roman law doctrine of *in fraudem legis agere*, it presents some significant differences from the corresponding GAARs developed by other civil law countries, such as Germany.

350

From an EU law perspective, a panellist further considered that a general concept of avoidance is currently not necessary, though domestic GAARs may not restrict fundamental freedoms in a way that is incompatible with the EC Treaty. An intervention from the floor briefly reviewed the decisions of the European Court of Justice in the *avoir fiscal*, *Leur-Bloem*, *Centros* and *Emsland-Stärke* cases and reported that the UK Courts have recently referred the *Halifax* case - involving a transaction carried out for the sole purpose of obtaining tax advantages for VAT purposes - to the Court of Justice.

Although different views were held on whether statutory GAARs are desirable within a tax system, panellists criticised judicial GAARs for their restrictive, non-prospective, unprincipled and uncontrolled effects. The general reporter pointed out that the quickly developing tax planning industry raises serious questions as to equality in taxation and efficiency in tax collection. Sham rules and special tax avoidance rules - regardless of their merits - are not sufficient; in his opinion, a GAAR, whether based on statutes or case law, is needed. An intervention from the floor pointed out the recent amendment to the German *Abgabenordnung*, according to which the abuse of law (*Missbrauch der rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten*) GAAR does not apply where a specific anti-avoidance

clause exists. Finally, the chairman underlined that from a civil law perspective GAARs may not achieve goals that are beyond interpretation, except by breaching the principle of legality.

Subject II - The tax treatment of transfer of residence by individuals

Cross-border transfers of residence by individuals are hindered by a number of tax obstacles both in the country of emigration and of immigration. The main session dealt with income tax issues related to this topic, while death and gift taxes were left to the "companion" seminar A.

The (main) session was structured in three parts, dealing respectively with (i) issues raised by the existing taxes levied upon transfer of residence, including their compatibility with tax treaties; (ii) a *de lege ferenda* analysis of the topic and (iii) the compatibility of the current taxing rules with EC law.

The first part provided an overview of the tax implications of transfer of residence from the perspective of the emigration and immigration States, as well as from that of the taxpayer.

Emigration always results in a loss of revenue for the emigration State. Tax treaties based on the OECD and UN Model Conventions do not specifically address tax consequences of this phenomenon. Exclusive taxation of gains on shares in the country of residence at the time of realization (such as that applicable under Article 13 (4) OECD Model) forces States to defend their taxing powers against tax-motivated emigration by introducing exit taxes, trailing taxes (extended tax liability) and/or recapture rules. The general reporter suggested that taxation on an accruals basis, allowing the emigration State to tax gains of a resident taxpayer even if unrealised, would neutralise tax-motivated emigration. An intervention from the floor strongly opposed this view, stressing that gains are gains only if effective, i.e. realised.

From the taxpayer's perspective tax discontinuities upon transfer of residence may either result in double non-taxation or in double taxation. Double non-taxation arises when accrued gains are not taxed in the emigration State and the country of immigration does not tax them either. By contrast, double taxation occurs where an emigrant is required to pay tax on accrued gains when he emigrates and the immigration country taxes the same gains if the taxpayer later sells the assets.

The panel analysed the rationale and functioning of exit and trailing taxes by making reference to examples.

Exit taxes are levied on income or gains accrued upon emigration and may achieve an inter-country allocation of taxing powers on gains that reflects the time in which they have accrued. They discourage tax-motivated emigration and tax-avoidance schemes, but cause double taxation whenever the immigration country does not allow a step-up in the taxable base. The discussion showed that a subject-to-tax step-up mechanism could possibly provide a more balanced mechanism avoiding both double non-taxation and double taxation.

The extended tax liability (trailing tax) is based on the assumption that emigrants keep a significant economic and social link with the emigration country even after giving up residence. Trailing taxes frequently apply in respect of emigration to low-tax jurisdictions. Gains remain fully taxable in the emigration State, so that when they are also taxed in the low-tax jurisdiction of immigration, double taxation arises.

The panel took four different views in respect of the compatibility of such taxes with tax treaties.

One panellist suggested that exit taxes are levied on accrued gains, rather than on capital gains, so that they would not fall under Article 13 (4) and taxation by the emigration country would be perfectly legitimate under Article 21 of the OECD Model. According to the second panellist, no conflict with tax treaties arises because exit taxes are levied just before emigration, thus in respect of a purely internal situation. The third view held that no conflict with Article 13 (4) arises because exit taxes are not levied on gains on alienation. Finally, the general reporter pleaded for their incompatibility with tax treaties based on the OECD Model and considered that not even through dynamic interpretation may retroactive application of exit taxes affect the obligations undertaken by the emigration State under previously signed tax treaties.

352

The second part of the session dealt with *de lege ferenda* issues.

The panel positively evaluated some features of the Canadian general exit tax (levied since 1972 on deemed realization of property at fair market value immediately before emigration), such as the interest-free deferral of payment of tax until realisation if the taxpayer provides adequate security, the deduction of post-emigration losses from the exit tax and the step-down for returning former residents.

The general reporter questioned whether the exclusive taxation of gains in the immigration State can still be regarded as an internationally accepted rule, mainly because of drawbacks related to its exposure to double non-taxation and envisaged shared taxing powers (between the States of emigration and immigration) according to the accrual principle as an alternative mechanism.

The panel suggested to ensure consistent treatment also in respect of pre-emigration and post-emigration losses and advised to adopt clarifications in the Commentary on Article 13 (4) or - in case of changing the existing rules on allocation of taxing powers - to make the due amendments to the Model.

One panellist even suggested to include into a new Article 14 of the OECD Model a provision specifically dealing with emigration. Such provision should include a step-up obligation for the immigration State (so that only gains accrued after emigration could be taxed by that country), as well as valuation procedures, rules to remove tax obstacles to emigration to third countries and a clause on assistance in tax collection. An intervention from the floor suggested to allocate taxing powers on gains to each country in which they have accrued: a kind of tax-sharing mechanism that raised some scepticism in the panel.

Furthermore, the panel discussed issues related to the application of trailing taxes, mainly concerning whether Article 13 (4) should also govern them, as well as whether the UK re-entry tax provides a valid alternative mechanism capable of achieving the same goal.

The third part of the session dealt with issues of compatibility with EC law.

35

Since the transfer of residence normally implies the exercise of the freedom of movement of persons, exit taxes fall within the purview of primary Community law. Relevance for EC law also arises in respect of the right to move and reside freely within the territory of the Member States, stated by Article 18 EC Treaty. Their restrictive effect on the transfer of residence could be regarded as a potentially disproportionate restriction on the free movement of persons and, in the opinion of one panellist, is likely to be declared incompatible with Community law in the case *de Lasteyrie du Saillant*, currently pending before the European Court of Justice.

Seminar A - Inheritance and wealth tax aspects of emigration and immigration of individuals

This seminar was designed as a continuation of the second main topic, focusing on inheritance and wealth tax aspects arising from a change in tax jurisdiction, with particular emphasis on countermeasures enacted by the country of emigration to protect its taxing rights and the tax regime applicable in the country of immigration.

The panel focused on four main problems, namely (i) the application of death taxes in the emigration and immigration countries, (ii) double taxation resulting from the application of capital gains tax and death taxes, (iii) the inclusion of *inter vivos* gifts in the taxable base of death taxes and (iv) the relationship between death taxes and wealth taxes.

Transfers of residence raise more complex issues for death taxes than for income tax purposes. Death taxes may have different structures (mainly estate tax, inheritance tax and capital gains); together with gift taxes, they may be levied at different levels of government and on the basis of various types of connecting factors (such as residence, domicile, nationality/citizenship, situs, territoriality and registration of a notarial deed). Furthermore, each connecting factor may have a different meaning from that applicable for income tax purposes (especially residence and domicile) and be linked up to the deceased (donor), heir (donee) or both.

Mismatches may easily result in double or multiple taxation, as one panellist illustrated in respect of situations involving deceased persons who resided in a country other than that of which they were nationals, owned immovable property in a third country and had their heirs in yet other countries. Few treaties cover death and gift taxes, so that double and multiple taxation represents a significant hindrance to transfer of wealth in cross-border situations. Further negative effects arise when the emigration State levies exit or trailing taxes.

354

Capital gains tax and death taxes have a different rationale, but may produce double taxation under some circumstances, in particular where the immigration State does not grant a step-up in the taxable base.

Since the application of death taxes may be frustrated by *inter-vivos* gifts, most countries also tax gratuitous transmission of property during life and include gifts in computing the tax rate for death tax purposes. Double taxation may occur when the country of immigration includes such gifts in the taxable estate for death tax purposes, though it may be avoided through treaty provisions based on Articles 9A and 9B of the 1982 OECD Model. One panellist stressed that complications may arise in the case of personal exemptions being granted in the emigration and/or immigration State.

The panel finally focused on the correlation between death and wealth taxes. Wealth tax (when applied to individuals) may have justifications that differ from death tax, such as redistributing wealth, complying with the ability-to-pay principle and providing an additional tax

on funded income. However, wealth tax may interfere with death tax and result in double taxation. In particular, this occurs when the State of emigration levies wealth tax on estate.

Seminar B – Recent developments in international tax

This seminar addressed four actual international tax issues, namely two recent decisions - (i) by the Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*) in the *Philip Morris* case and (ii) by the French *Conseil d'État* in the *Schneider* case – as well as (iii) the US legislative reaction to re-domiciliation of US multinationals into other jurisdictions and (iv) the OECD Model on Tax Information Exchange Agreements (TIEA).

The *Philip Morris* case involves the issue whether services rendered to foreign affiliates could imply that an Italian company belonging to the same group (producing filters for cigarettes, monitoring, storing and handling of cigarettes, as well as collecting information for the group on the Italian market) should be regarded as a PE of its related companies. The *Corte di Cassazione* regarded the providing company as a deemed PE of its foreign affiliates (Italian: *stabile organizzazione multipla*) on various grounds, including the fact that it acted in the exclusive interest of its foreign affiliates, by monitoring the proper performance of contracts signed between a resident company and the foreign affiliates (not considered *a priori* to be an activity of an auxiliary character), and by managing business operations on behalf of the foreign affiliates. The panel questioned whether the conclusions reached by the *Corte di Cassazione* were in line with the OECD Model and its Commentary, both of which had been explicitly relied upon in the decision. The legal principles, as stated by the *Corte di Cassazione*, are now to be applied by the lower Court.

355

In the *Schneider* case the *Conseil d'État* stated that French controlled-foreign-company legislation (Article 209 B *Code Général des Impôts*) is incompatible with the France-Switzerland tax treaty.

While under French domestic tax law profits of the Swiss subsidiary were taxable in France by virtue of the application of the CFC regime, Article 7(1) of the double tax treaty allocates taxing powers on profits to the State of residence, unless if a PE exists in the other Contracting State. Accordingly, the application of tax treaty rules prevents the application of the CFC regime.

Furthermore, panellists focused on treaty override issues regarding French treaties that were negotiated after the CFC regime had been introduced, as well as on the compatibility of CFC regimes with EC law.

Expatriations of US companies have significantly increased over the past few years for various reasons, such as achieving non-taxation of investment income, avoiding the application of Subpart F rules, of earnings stripping rules and of the complex foreign tax credit rules, as well as on many other grounds. One panellist reported that Barbados and Luxembourg resident corporations may be entitled to US treaty benefits in various situations. US Congress is therefore considering a new bill according to which new foreign parent companies are treated as US corporations for taxing purposes effective to all inversion transactions carried out after March 20, 2002. Another panellist critically revised the proposed US countermeasures to expatriation.

Finally, the seminar focused on the model agreement on exchange of information on tax matters, a non-binding instrument that contains two models for bilateral and multilateral agreements drawn up in the light of the commitments undertaken by the OECD and 11 non-OECD Member co-operative low-tax jurisdictions. One panellist explained that the goal of the agreement – providing the basis for an integrated network of bilateral treaties - is to achieve a level-playing field in a context of effective exchange of information to avoid harmful tax regimes and practices. Another panellist raised criticism on the Model, based, *inter alia*, on reduced taxpayer protection and the risk of abuse by the authorities.

356

Seminar C – Competent authority

This seminar dealt with the practice of some tax administrations – namely those of France, the Netherlands, Switzerland, the United Kingdom and the United States - in competent authority discussions.

The panel focused on tax treaty issues raised by the procedure in respect of (i) permanent establishments (PEs), (ii) income characterisation, (iii) limitation-on-benefits clauses, (iv) triangular cases and (v) relief in abusive situations.

As for permanent establishments, few mutual agreement procedures (MAPs) have been requested so far in the e-commerce setting, while many concern the attribution of profits to a PE, an issue which was recently object of a specific document in the United Kingdom.

Income characterisation problems tackled by French competent authorities were a reaction to double non-taxation in respect of indirect in-

come from immovable property owned by Luxembourg companies and fees paid to US directors by French companies. Most panellists agreed that in such situations it is not for the competent authorities to fill up treaty loopholes. Recurrent problems also arise in respect of royalty payments deriving from installation of industrial equipment including on-site training, engineering on public works, software transactions and technical services.

Limitation-on-benefits (LOB) clauses have been included in many tax treaties, especially by the United States. The chairman reported that the first United Kingdom LOB clause has just been included in the new draft treaty with the United States. Swiss competent authorities may not deviate from the wording of LOB clauses (except for the treaty with the United States) even in abusive situations and taxpayers have seldom invoked the procedure in the Swiss treaty with Germany. For that reason the new Swiss treaty with Germany no longer contains this clause. By contrast, many taxpayers request a mutual agreement procedure under the US-Netherlands treaty.

Triangular cases raise particularly difficult procedural issues for competent authorities, but are rarely raised in the United States. The panel focused on the case of a company with two PEs having transfer pricing adjustment problems and concluded that a simultaneous procedure among all States involved would be the best way to solve them. However, especially in the lack of a treaty, competent authorities of non-EU Member States would be precluded from exchanging information covered by confidentiality. Such problems would not arise in Switzerland, since the taxpayer who initiates such procedure may not claim a breach of confidentiality. One panellist suggested that since the MAP may be regarded as a treaty benefit, the ECJ *Saint-Gobain* decision could be interpreted as granting the PE right to request MAP in the State where it is located. Furthermore, should a triangular case exclusively involve EU Member States, compliance should also be ensured with the EU Arbitration Convention (though some doubt that it is still in force).

The panel thoroughly discussed issues related to corresponding relief in abusive situations. Swiss tax authorities start the procedure also in such cases, though granting the taxpayer no relief. Such procedure (not applicable to transfer pricing) is followed for the purpose of avoiding a court action by the taxpayer. Other panellists and the audience criticised such practice and stressed the need for transparency during all phases of MAP. An intervention from the floor pleaded for publication of agree-

ments, though this would be in conflict with the EU Arbitration Convention and confidentiality rules may prohibit this, especially in individual cases. Some suggested a publication only of the general principles contained in the agreement.

The panel finally reported on the proposed multilateral transfer pricing documentation package (IRS Rev. Proc. 2002-52) developed by the Pacific Association of Tax Administrators (PATA) to encourage the taxpayer to provide documentation supporting the taxpayer's position and discussed its possible extension to other geographical areas.

Seminar D – Mismatches in the place of supply for VAT/GST type of taxes

Significant discrepancies arise across the different types of consumption taxes (mainly GST and VAT) as to the determination and function of the place of supply, giving rise to unintended distortions (in the form of non-taxation or double taxation) on cross-border services. Mismatches particularly affect financial services, complex services and telecommunication and electronic services.

358

The panel tackled such issues having regard to VAT, as applied by EU Member States, and to GST, as applied by Australia and Canada.

Outbound services provided from Australia are GST-free, while the export of goods is zero-rated. Accordingly, characterisation problems may arise, especially in respect of mixed supplies of goods and services, together with a potential risk of double taxation.

One panellist analysed the current EU VAT system from an economic perspective. Reference to the place of supply for services contrasts with taxation in the country of destination as applicable to goods, and raises problems of enforcement as well as of economic and administrative efficiency. In business-to-business (B2B) transactions the place of supply does not play an important role and the normal VAT mechanism ensures neutral sourcing. By contrast, problems of control arise in respect of supplies to consumers (B2C), as well as to exempt entities that are not registered for VAT purposes. Changing the actual rules and considering the place of supply at customer location would improve efficiency by making the supplier's location irrelevant for tax purposes, but would require shifting tax liability to the customer through reverse charges. Accordingly, it would be preferable to keep the existing rules or to achieve an EU-wide regime with uniform taxation.

Another panellist analysed the role of the case-law by the European Court of Justice (ECJ) in the development of Article 9 of the sixth VAT directive. In the *von Hoffmann* decision the ECJ stated that arbitration services are to be regarded as similar to services performed by lawyers and thus an exception to the general rule listed in Article 9 (2) (e) of the sixth VAT directive.

Specific mismatch problems arise in determining the place of supply in the cases of exempt activities and financial services, as well as telecommunications and electronic services.

From the Canadian perspective the place of supply varies according to the three categories of taxable transactions (intangible personal property, services and goods), while input tax credit may not be claimed for exempt activities. Double taxation or unintentional non-taxation arises in many cases involving financial services, so that the panel suggested that VAT treaties should be concluded with standard rules in this respect.

Telecommunications and electronic services were defined by the panel as services related to transmission, emission, reception of signals, writing, images and sounds or information of any nature by wire, radio, optical or other electronic systems. Since VAT/GST may be imposed on the basis of either the place of establishment of the supplier or the place of use or enjoyment of service, significant risks of double taxation arise also in this field. The EU approach proposal to switch the place of supply to the place where the recipient is established imposes the reverse charge mechanism and the registration of suppliers.

35

The panel concluded that treaties may be needed also for VAT purposes and favoured taxation in the country of consumption (thus extending the reverse charge mechanism), though interventions from the floor opposed this view from various perspectives. Another intervention from the floor also suggested to have one single place of collection of VAT due by EU-entrepreneurs in respect of their B2C transactions.

The chairman finally added that negotiations are starting in September 2002 among EU Member States for the purpose of revising the existing VAT place of supply rules.

Seminar E – Acquisition by companies of their own shares

This seminar focused on share buy-backs on the stock-market or in a public tender from individual minority shareholders who held the shares as non-business assets.

After the (i) introduction, the panel covered (ii) domestic and (iii) cross-border tax issues in Brazil, Germany, Italy, Japan, the Netherlands and the United States and drafted some recommendations.

Companies enter share buy-backs schemes for various purposes, such as hedging stock-options and share conversions, countering hostile take-overs, supporting the share price and reducing the weighted-average cost of a company (thus lowering the cost of capital by increasing the share capital).

Share buy-backs were defined as repurchase schemes -other than the redemption of redeemable shares- that may be followed (however not necessarily) by the cancellation of shares. Tax law usually characterises proceeds as capital gains, dividends or partial liquidation proceeds.

Panellists tackled domestic tax treatment issues arising for individual shareholders in each mentioned country from the perspective of company law, the accounting treatment and the general tax approach.

Limits to buy-back exist especially under company law in Brazil, Germany and the Netherlands.

The accounting treatment varies in Germany and the Netherlands according to whether or not share acquisition is entered for the purpose of later cancellation, while Brazil and Japan require recording the buy-back as a deduction from respectively the net worth and the capital of the company.

In Italy, proceeds are regarded as capital gains and taxed at different rates according to whether they are portfolio or substantial shareholdings, while the characterisation may take the form of dividends or capital gains in the United States and Japan depending on the circumstances. Effective 2001, taxation of deemed income from portfolio shareholdings has replaced taxation of dividends in the Netherlands, which country follows in other situations the partial liquidation approach and usually imposes a dividend withholding tax. Although many panellists seemed to prefer taxation as capital gains in this context, the chairman suggested that a combined tax approach would be the most appropriate solution in most cases. Furthermore, anti-abuse provisions are applicable under domestic law of many countries and dividend taxation seems impractical in the case of stock-exchange transactions.

As for cross-border cases, although domestic law may require in some countries source-based taxation, characterisation of income for tax treaty purposes as capital gains generally implies exclusive taxation in the country of residence, while the Commentary permits the levy of withholding

taxes if the country of source regards such income as dividends. Relief for foreign taxes applies in all countries analysed by the panel, except Italy and subject to basket-limitation in the United States.

Based on the Commentary on Articles 10 (paragraph 28) and 13 (paragraph 31) of the OECD Model Tax Convention the panel concluded that cross-border frictions should be solved by characterising income from shares buy-back as capital gains, especially if the repurchase is carried out through stock-exchange. One panellist stressed that countries recognizing a dividend in the sale proceeds, should take into account that the buy-back price will typically also reflect the future goodwill of the company.

Seminar F - The OECD Model Convention - 2002 and beyond

The traditional OECD Seminar followed the usual two-tier structure, including (i) the annual report on OECD current activities and (ii) a discussion, on the basis of (four) case studies, of employee stock option plans.

In the first part, OECD officials reported on six main developments, namely on (a) e-commerce, (b) harmful competition, (c) transfer pricing, (d) the status of the 2002 update, (e) the programmes of OECD Working Party 1 (WP1) and (f) the draft report on employee stock option plans (ESOPs).

Beside the 2002 updates, the business profits TAG continues its work on e-commerce, focusing on the place of effective management, transfer pricing, the attribution of profits to server PE, tax administration issues (a report is due to be released in June 2003) and the collection of consumption taxes. An OECD official announced the creation of a consumption tax guidance series.

Significant progress could be reported in respect of harmful tax competition, so that now only 7 (Andorra, Liechtenstein, Liberia, Marshall Islands, Monaco, Nauru, Vanuatu) out of the 35 offshore jurisdictions identified in the 2000 report are listed as uncooperative. The OECD is finalising the application notes for potentially harmful preferential regimes in OECD countries. Their removal may be completed by April 2003.

Various actions have been undertaken in the field of transfer pricing. The OECD is enacting a peer review of the application of guidelines and has tackled issues related to stock options, e-commerce and involvement of non-OECD countries. A discussion draft, the first two parts of which

were released in 2001, ascertained to what extent the guidelines may apply to a PE. Furthermore, the OECD is considering whether to improve the mutual agreement procedure through arbitration.

The main features of the 2002 update (to be released in the next months) include amendments to the Model and its Commentary. This includes a revised definition of national in Article 4(3)(1)(g), a new paragraph 4 in Article 13 in respect of gains on shares in immovable property companies and some minor drafting changes to Article 27(6) on the assistance in the collection of taxes. Changes to the Commentary would include some clarifications concerning e-commerce, PEs, LOB clauses and some further technical changes, as well as some changes related to the new Article 13 (4), remittance-based taxation, procedural aspects of source taxation, the distinction between royalties and payment for services in case of music recording, the leasing of ships and aircraft and the Article on assistance in the collection of taxes.

The September meeting of WP1 is scheduled to finalise the 2002 update, deal with cross-border issues related to stock-options (also to be addressed by WP2 and WP6 for tax policy and transfer pricing aspects) and pensions, as well as with issues related to the application of income from shipping (a meeting on this topic is scheduled for February 2003)

In March 2002 the OECD has released a draft on employee stock-option plans (deadline for comments 31 October 2002).

362

In the second part of the seminar the panel focused on four cases taken from the employee stock options plan (ESOP) draft report. The main problems arise in respect of timing mismatches for employees, determination of the services to which the options are attributable, characterisation of income for treaty purposes, multiple residence taxation, tax treatment of shares upon alienation and tax compliance.

In the first case an individual worked for a PE in his country of residence and was seconded to the head office for one year, while maintaining his residence in the first State. He exercised stock options after he returned to work for the PE in his country of residence. The panel discussed whether a part of the options should be taxed by the head-office State and agreed on allocating taxing powers to the country of performance of the service that has earned the stock options. Furthermore, no taxes should be levied until realization and income from options should be treated as wages until the time of their exercise, thereafter as capital gain. While the OECD favours an approach based on the date of vesting, in some countries - such as the UK - the date of exercise is relevant for taxing purposes. For tax treaty purposes such income should in principle be characterised as falling under Article 15. However, if options are ex-

exercised after retirement, income should be characterised under Article 18.

In the second case an individual worked for a company of his country of residence, moved his residence to the country of a foreign subsidiary for which he worked two years and then returned to work for the parent as a resident of the former country. While working for the subsidiary, he was granted stock options that became exercisable after three years (vesting period) and could be exercised for ten years after the date of grant, provided that he was still under the employment contract. Since he exercised the options within such period after returning to work for the parent company, panellists agreed that stock options were earned by services provided to both companies.

In the third case an individual worked for a company in his country of residence, but performed his activity mainly in two other countries. He then moved his residence to a fourth country but from there continued to work for the same company. The panel agreed that taxing rights on the options should be split according to the periods in which services were performed in each of the four countries and provided a formula that the two countries of residence should use for the purpose of relieving double taxation, if necessary through mutual agreement procedure. The chairman also suggested an alternative proposal.

Finally, in the fourth case an individual, who resides and works in one country, is granted an option, which he exercises after moving his residence to another country where he continues his employment contract. Double taxation arises because the first State taxes at grant income from option (partly characterised as from employment), while the second taxes at exercise. The panel suggested the application of the exemption method in this respect.

Seminar G – Captive insurance

After an introduction on the basic features of the insurance business, such as risk shifting and risk distribution, the seminar focused on legal and economic aspects of captive insurance companies.

A captive insurance company was defined as a wholly-owned subsidiary of a multinational group of companies, which exclusively insures or reinsures the risks of companies that belong to the group (though in some cases it insures risks of persons not belonging to the group of which it is a member). A captive insurance company may be established in a low-tax jurisdiction for tax reasons, but is mainly used to insure certain risks that cannot be covered in the ordinary insurance market for a rea-

sonable price, thus reducing the costs of premiums which would normally be paid to an independent insurer, to access the reinsurance market, to obtain broader types of insurance which commercial insurance companies do not have the flexibility to provide, for the control of cash flow and financial assets, and to reduce administrative costs.

The panel addressed three major tax issues, namely (i) the conditions for an insured group company to obtain a deduction for the insurance premiums paid to the captive, (ii) the transfer pricing issues arising between insured companies and the captive, with special attention to the comparability tests, and (iii) the questions of corporate residence, of income to PEs of captive insurance companies located in tax havens and the potential application of controlled foreign companies rules.

Most tax systems allow the deduction of insurance premiums paid to an (unrelated) insurance company. The rationale behind this was identified in the separate entity doctrine based on the risk shifting which occurs only in cases of real risk transfer to the insurance company. Although the panellists agreed on that premiums should be deductible if paid to a sister company, doubts were raised as to whether or not there is a real risk transfer (from an economic point of view) if a parent company insures its risks with its own subsidiary.

364

A significant part of this Seminar dealt with transfer pricing issues in relation to the arm's length premium rate. The panellists pointed out the difficulties in the use of the comparable uncontrolled price method. Various criteria to find comparable premium rates in the captive insurance market were mentioned (i.e. premiums paid to other captives, other independent insurance companies, or reinsurance premiums), even if the panel strongly recommended to use more than one transfer pricing method. An alternative to classic transfer pricing methods was identified in the return on capital method (ROC), under which the ordinary return on capital of other insurance companies would be significant. A ROC of 15% was considered as fairly representative of today's insurance business, though some panellists argued that such ROC cannot be used for captive insurance companies, due to a different business concept.

With respect to the residence of the captive insurance company, the panellists pointed out the risks of it being taxed in the country of the insured or parent company when the management of the captive is not effectively situated abroad but in the country of the insured or parent company. In a Dutch case, the Supreme Court decided that although the tax

administration was not able to prove the residence of the captive insurance company in the Netherlands (which was the parent company's country), a permanent establishment was deemed to exist to which 75% of the profits of the captive had to be allocated. Finally, mention was made of the potential application of controlled foreign companies legislation to captive insurance companies considering that they are often set up in tax havens or low-taxed jurisdictions, and that their income is typically passive income.

Seminar H - Taxation of energy production and distribution

This seminar was structured in three main parts, respectively dealing with (i) taxation of natural resources for energy production, (ii) income taxation of production of hydrocarbons and of (iii) energy distribution.

Based on David Ricardo's doctrine, economic rent is a return above the normal return, whereby resource rent matches the return above the marginal project. Taxing resource rent differently may be efficient, maximise economic rents and push towards government-ownership of resource. However, resource rent may be difficult to quantify, so that it is hard to distinguish it from resource profits.

365

Various methods are used for taxing profits and rents from hydrocarbons, including cash flow tax, corporate income tax and rate-of-return royalty tax. In some cases the government policy may consider entering into *ad hoc* negotiations of tax regimes with energy production companies. However, one panellist stressed that discretionary tax regimes have considerable disadvantages, especially because of political instability in developing countries.

Similar considerations apply to taxation of resource rent from hydroelectric power production, which more frequently involves ownership in the hands of the public sector.

The panel acknowledged that governments often encourage renewable energies through capital and tax incentives.

Income from production of hydrocarbons may be taxed along the general rules, or on the basis of special taxes that are either alternative or complementary to the former.

From the perspective of production companies the main tax problems arise as to the treatment of investment, profits and transfer pricing. Special taxes often do not qualify for foreign tax credits in the country of residence (reference was made to the *Phillips Petroleum* case in the US) and

therefore produce double taxation, constituting an excessive burden for energy production companies. Transfer pricing problems occur when tax authorities question cost-sharing agreements entered by related companies in this field. All these issues were then illustrated with four case-studies.

Distribution of energy raises three main tax problems, namely (a) determining limits to taxing rights on the continental shelf, as well as (b) determining whether a PE exist and if it does, (c) calculating what income should be attributed to it.

Research and exploitation of natural resources, including transports in pipelines connected thereto, represents an exception to the principle of public international law according to which the right of taxation of a State covers the territorial sea but not on the continental shelf. Most international treaties do not provide for a definition of the continental shelf and make reference to the definition of territory in the national law. Furthermore, few tax treaties apply to the continental shelf. Taxing rights on energy distribution within the North Sea are regulated by the Europepe treaty, which attributes the exclusive right of taxation to the State of residence of the transporter and disregards ownership of the transported hydrocarbon.

366

Except for the central dispatching station, all other main facilities of a grid (pipeline, compressor or pump station and delivery station) can be run without staff. The German Supreme Federal Tax Court (*Bundesfinanzhof*) ruled in 1996 that a grid could be regarded as a PE, insofar as its facilities were fixed to the surface and served the business of the company. Such features are still disputed in other countries, though the OECD Commentary seems to accept them.

The attribution of earnings and costs to the PE should in principle be direct, except if one facility of the grid is used for activities related to other facilities of the grid situated in other countries (e.g. compressor and dispatching station). Problems in allocating earnings for transport could be solved through the cost-plus-method.

Furthermore, the panel analysed PE issues in a case-study. A pipeline, owned by a Danish legal entity, transported gas produced on the Danish continental shelf via Germany to the Netherlands, with no staff in the latter country. While no PE exists in the Netherlands, both the pipeline and the compressor station would qualify as PEs under German domestic law, even if income is not taxable under the treaty because the grid only delivers goods of a non-German resident company. The panel concluded that uncertainties related to the allocation of taxing rights concerning transports of hydrocarbons on the continental shelf should be solved by means of advance tax rulings.