

DIPARTIMENTO
DI TEORIA DELLO STATO



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata da | *Founded by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da | *Directors*
GIOVANNI PUOTI
Professore Ordinario
di *Diritto Tributario Italiano*
e *Internazionale* nell'Università
"La Sapienza" di Roma

ANDREA AMATUCCI
Professore Emerito di *Diritto finanziario*
e di *Diritto tributario internazionale*
nell'Università "Federico II" di Napoli

UNICO

2010

gennaio/dicembre

CASA EDITRICE



UNIVERSITÀ
LA SAPIENZA

Sezione I – Dottrina

Section I – Academic Essays

J. CLIFTON FLEMING JR., ROBERT J. PERONI

Reinvigorating tax expenditure analysis and its international dimension 11

Rilanciare la *tax expenditure analysis* e la sua dimensione internazionale 87

GERARD T. K. MEUSSEN

An overview of recent ECJ decisions concerning cross-border loss relief at the company level (Marks & Spencer II, Columbus Container Services, Deutsche Shell, Lidl Belgium, Krankenhaus). 163

Panoramica sulle recenti decisioni della CGCE concernenti la compensazione delle perdite transfrontaliere a livello societario (Marks & Spencer II, Columbus Container Services, Deutsche Shell, Lidl Belgium, Krankenhaus) 175

GIOVANNI PUOTI

The mutual assistance in tax matters. Situation and perspectives in the EU Member States 187

La cooperazione internazionale in materia fiscale. Situazione e prospettive negli Stati membri dell'Unione Europea 195

LORENZO DEL FEDERICO

Exchange of information between tax authorities and taxpayer's protection: international, EU and domestic aspects 205

Scambio di informazioni fra Autorità Fiscali e tutela del contribuente: profili internazionalistici, comunitari ed interni 221

CATERINA COCO

Emission trading between environment and business in Italy 237

I diritti di emissione tra ambiente e impresa in Italia 251

PABLO ANTONIO MORENO VALERO

Desencadenates económicos fiscalidad y políticas de cambio climático 265

Fattori economici scatenanti, fiscalità a politiche del cambiamento climatico 281

Indice

MIGUEL PÉREZ DE AYALA BECERRIL	
<i>Deslocalización y derechos de emisión</i>	295
Delocalizzazione e diritto di emissione	311
MARTA VILLAR EZCURRA	
<i>Desarrollo sostenible y fiscalidad ambiental</i>	327
Sviluppo sostenibile e fiscalità ambientale	343
GERRIT FROTSCHER	
<i>Business Restructuring – a Threat to German Tax Revenues</i>	359
Le operazioni di ristrutturazione delle imprese – Una minaccia per le entrate fiscali tedesche	365
PIETRO SELICATO	
<i>Taxation of Business Restructuring: a comparative analysis between Italian and German legislations</i>	371
La tassazione delle operazioni di ristrutturazione aziendale: normativa italiana e tedesca a confronto	379

Sezione II – Documenti commentati

Section II – Commented documents

European Court of Justice – Second Chamber - Judgment of the Court 3 September 2009 – Case C-2/08 – Pres. Timmermans Skouris – Rap. Schiemann Ministero dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate (Italia) c/Fallimento Olimpiclub S.r.l.	
Provision of national law laying down the principle of <i>res judicata</i> (art. 2909 Italian Civil Code) – it prevents a national Court to consider EU rules – extent of its effects accordingly - is not permitted - EU rules on abusive practice - must always be considered as prevailing over national law	389
LAURA SALVI	
<i>The primacy of Community law and domestic principles: the «no» of the Court of Justice to the external res judicata in the hypothesis of abuse on VAT</i>	389

Corte di Giustizia delle Comunità europee - Seconda Sezione - Sentenza 3 settembre 2009 – Causa C-2/08 – Pres. Timmermans Skouris – Rel. Schiemann Ministero dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate (Italia) c/Fallimento Olimpiclub S.r.l.

Principio nazionale dell’intangibilità del giudicato (art. 2909 del codice civile italiano) – impedisce al giudice nazionale di prendere in considerazione le norme comunitarie – estensione dei suoi effetti al giudicato “esterno” – non è ammessa – norme comunitarie in materia di pratiche abusive – devono essere sempre considerate prevalenti sul diritto nazionale 415

LAURA SALVI

Primato del diritto comunitario e principi interni: «no» della Corte di giustizia al giudicato esterno in ipotesi di pratiche abusive in materia di Iva 415

Corte di Cassazione (Italian Supreme Court) Judgement No. 8488, April 9, 2010

Italian-Swiss Double Taxation Convention – Permanent establishment – Personal permanent establishment – Non independent agent with permanent powers of attorney – Subsistence 441

LUCA DI NUNZIO

The concepts of material permanent establishment and personal permanent establishment according to a recent judgement by the Italian Supreme Court 441

Cassazione Civile Sezione tributaria Sentenza n. 8488, dep. 9 aprile 2010

Convenzione Italia-Svizzera contro la doppia imposizione – Stabile organizzazione – Stabile organizzazione personale – Agente non indipendente munito stabilmente di poteri di rappresentanza – Sussistenza 455

LUCA DI NUNZIO

I concetti di stabile organizzazione materiale e personale in una recente pronuncia della Corte di Cassazione 455

Italy - Commissione tributaria provinciale of Pescara, Sec. 3 - Judg. n. 268 of November 4th, 2009, dep. November 11th, 2009
VAT – Refund *ex art. 38-ter*, Presidential Decree no. 633/72 – Indirect export – Shipping over 90 days – Does not exist – Right to refund on input VAT – Does exist.
(Art. 5, Dir. 1072/1979/EEC; art. 38-ter, Presidential Decree no. 633/72; art. 8, c. 1, lett. b) Presidential Decree no. 633/72) 469

GABRIELE MARINI

The indirect Export as an Objective Limit to VAT Refund to non-established Subjects 469

Italia - Commissione tributaria provinciale di Pescara, Sez. 3 – Sent. n. 268 del 4 novembre 2009, dep. l'11 novembre 2009
IVA – Rimborso *ex art. 38-ter*, D.P.R. n. 633/72 – Esportazione indiretta – Spedizione oltre 90 giorni – Non sussiste – Diritto al rimborso dell'Iva sugli acquisti – Sussiste.
(Art. 5, dir. 1072/1979/CEE; art. 38-ter, D.P.R. n. 633/72; art. 8, c. 1, lett. b) D.P.R. n. 633/72) 475

GABRIELE MARINI

L'esportazione indiretta quale limite oggettivo al rimborso dell'Iva ai soggetti non stabiliti 475

Italy - Agenzia delle Entrate – Circular no. 33/E of June 17th, 2010
IRPEF – Tax base – Domestic contribution of control participations – arm's length - Art. 177, par. 2, Presidential Decree of December 22th, 1986 n. 917 481

FRANCESCO AMYAS D'ANIELLO

The contribution of control participations as an avoiding practice among EU law and domestic law: The Agenzia delle entrate retraces its own steps 481

Agenzia delle Entrate – Circolare n. 33/E del 17 giugno 2010
IRPEF – Base imponibile – Conferimento domestico di partecipazioni di controllo – Valore normale - Art. 177, comma 2, D.P.R. n. 22 dicembre 1986 n. 917 489

FRANCESCO AMYAS D'ANIELLO

Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno: l'Agenzia delle Entrate torna sui suoi passi 489

Sezione III – Appunti e rassegne

Section III – Notes and Surveys

GIOVANNI PUOTI

A development policy for the European Union. The urgency of the choices and the role of Italy 499

Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia 503

ALBERTO MAJOCCHI

To overcome the crisis in a new development model 507

Per vincere la crisi un nuovo modello di sviluppo 513

PAOLO GUERRIERI

Global crisis and the European challenges 519

La crisi globale e le sfide dell'Europa 525

PIETRO SELICATO

European companies and taxation: the matter of the economic integration 531

Impresa europea e fisco: il nodo dell'integrazione 545

CRISTIÁN GÁRATE

Chile Tax Treaty Network 559

La rete dei trattati fiscali stipulati dal Cile (abstract) 583

ANDREA CATASTI

International Tax Competition. Trends and solutions from an Italian-German perspective. Some reflections on the outcomes of the Joint Seminar organized by the Bank of Italy in cooperation with the Freie Universität of Freiburg, Rome, October 9th 2009 589

Indice

La competizione fiscale internazionale. Prospettive e soluzioni secondo gli ordinamenti italiano e tedesco. Riflessioni a margine del Seminario organizzato dalla Banca d'Italia in collaborazione con la Freie Universität di Friburgo, Roma, 9 Ottobre 2009 607

ROBERTO SUCCIO

La riforma fiscale statunitense: temi di diritto tributario internazionale (abstract) 631

US Tax Reform: International Tax Issues 665

FRANCESCO BILANCIA

PAOLO DIMAN, *Le costituzioni economiche dei Balcani occidentali. Il governo di moneta e finanza pubblica nella prospettiva europea* (CEDAM, Padova, 2009), pp. X-194. ISBN 978-88-13-29899-9 667

PIETRO SELICATO

YOSEPH EDREY, MARCO GREGGI – *Bridging a Sea. Constitutional and supranational limitations to taxing powers of the States across the Mediterranean Sea* (Aracne Editrice, Roma, 2010, pp. 425) - ISBN: 978-88-548-2999-2 671

SEZIONE I
DOTTRINA

SECTION I
Academic essays

Reinvigorating tax expenditure analysis and its international dimension*

*J. Clifton Fleming, Jr.** and Robert J. Peroni****

* Copyright © 2008 by J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni. All rights reserved. We thank Dorothy Brown, Neil Buchanan, Joseph Dodge, John Dzienkowski, Deborah Geier, Edward Kleinbard, Richard Krever, Martin McMahon, Jr., James Repetti, Julie Roin, and faculty workshop participants at the Washington & Lee University School of Law and the J. Reuben Clark Law School of Brigham Young University, as well as participants at the Annual Congress of the European Association of Tax Law Professors in Helsinki in June 2007 and at two taxation law panels at the joint annual meeting of the Law & Society Association and the Research Committee on Sociology of Law in Berlin in July 2007, for helpful comments on earlier drafts of this article. The full version of this article has been published in *Virginia Tax Review*, Vol. 27, n. 3, 2008, p. 437. By kind permission of the Authors, we publish in this Review a reduced version edited by Pietro Selicato.

** Ernest L. Wilkinson Chair and Professor of Law, J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University.

*** James A. Elkins Centennial Chair in Law and Professor of Law, The University of Texas School of Law. Professor Peroni thanks Dean Lawrence Sager of the University of Texas School of Law and the University of Texas Law School Foundation for their generous research support, and Dean David Van Zandt of the Northwestern University School of Law for his generous support during Professor Peroni's Fall 2006 visit at Northwestern as the Jack N. Pritzker Distinguished Visiting Professor of Law. Professor Peroni also thanks Melissa Bernstein, his University of Texas law library liaison, and Vinay Kohli, his student research assistant at the University of Texas, for their research assistance. Professor Peroni dedicates this article to his loving parents, Emil Peroni, his late father, and Betty Peroni, his mother, for their tremendous support and inspiration over the years.

CONTENTS: *I. Introduction; II. A Simple, but Necessary, Illustration; III. Is TEA More Than Rhetoric?; A. Ability-to-Pay and SHS; B. Neutrality; IV. Other Criticisms of TEA; A. Do Implicit Taxes Nullify Concerns Regarding Tax Expenditures? ; 1. Distortion; 2. Capture; B. Is TEA Relevant to the Formation of Government Policy?; 1. The Relevance, or Not, of a Normative Tax Base; 2. Recasting Tax Expenditures as Direct Expenditures; 3. The Suspect Status of Tax Expenditures and the Need for Compulsory Identification; 4. Narrow*

Versus Broad Cost/Benefit Analysis; 5. When Only a Tax Expenditure Can Be Enacted; 6. Conclusion; C. Is TEA a Rule of Automatic Disqualification or Acceptance?; D. Hidden Agenda?; E. Does TEA Overreach?; 1. Does TEA Imply That the Government Owns All of Your Income?; 2. Are Tax Expenditures Indistinguishable from Tax Cuts? 3. Should There Be a Special Dispensation for C Corporations? F. Tax Norms Versus Social Values; G. Zero Taxation as a Possible Norm; H. Consumption Taxation as the Norm; I. Not So Fast! Hasn't Our Hybrid Income/Consumption Tax Evolved into Primarily a Consumption Tax?; J. Indeterminacy; K. Inaccuracy; L. What Professor Bittker Actually Concluded; M. The Limited Success of TEA; V. Cost/Benefit Analysis; VI. TEA and the U.S. International Income Tax Regime; A. Deferral of U.S. Tax on Income Earned Through a Foreign Corporation; B. Cross-Crediting; C. Example Illustrating the Effects of Deferral and Cross-Crediting; D. The Export Sales Source Rule; VII. Conclusion.

Introduction

Federal tax expenditures (i.e., subsidies and incentives provided through the federal income tax system) are an important feature of the American fiscal system that has grown even more significant in recent years. For example, the U.S. Government Accountability Office estimated that tax expenditures in fiscal year 2004 were equivalent to \$896 billion of direct expenditures and concluded that, since 1988, tax expenditures have often exceeded direct, discretionary federal spending¹. As a result, it is no surprise that debates regarding tax expenditures (including the magnitude and proper role of such expenditures) are a significant part of tax policy analysis.

¹ See U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-690, *Tax Expenditures Represent a Substantial Federal Commitment and Need to Be Reexamined* 8, 35 n.43, 36 (Sept. 2005) [hereinafter GAO, *Federal Commitment*], available at <http://www.gao.gov/new.items/d05690.pdf>.

In addition, the U.S. Treasury Department has estimated that if all corporate tax expenditures were repealed, effective January 1, 2008, \$1.24 trillion of additional revenue would be raised over the 2008–2017 period.

See U.S. TREAS. DEPT., *Background Paper, Treasury Conference on Business Taxation and Global Competitiveness* 10–11 (July 23, 2007) [hereinafter U.S. TREAS. DEPT., *Background Paper*], available at <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/07230%20r.pdf>. For a commentary that classifies and analyzes the growth of tax expenditures, see John F. WITTE, *The Politics and Development of the Federal Income Tax*, 288–98 (1985).

For practical purposes, these debates began in earnest in the United States when the late Professor Stanley Surrey, then Assistant Secretary of the Treasury for Tax Policy, gave a November 1967 speech in which he famously argued that if a tax provision effectively delivers a subsidy or incentive for a discrete income source or taxpayer group, it is the equivalent of a direct government cash payment and, by implication, should be subjected to the same scrutiny as an explicit outlay of money². Consistent with this approach, Surrey, then Assistant Secretary of the Treasury for Tax Policy, gave the name “tax expenditure” to features of the tax law that provide subsidies or incentives³, thus bringing tax expenditure analy-

² STANLEY S. SURREY, *The United States Income Tax System — The Need for Full Accounting*, in *Tax Policy and Tax Reform: Selected Speeches and Testimony of Stanley S. Surrey* 575, 575–85 (William F. Hellmuth & Oliver Oldman eds., 1973) [hereinafter SURREY, *Full Accounting*]; see also STANLEY S. SURREY, *Pathways to Tax Reform* 33 (1973) [hereinafter SURREY, *Pathways*]; STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *Tax Expenditures* 88 (1985) [hereinafter SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*]. For another commentator who supports the tax expenditure theory, see MICHAEL J. MCINTYRE, *A Solution to the Problem of Defining a Tax Expenditure*, 14 U.C. Davis L. Rev. 79, 89 (1980) («Logic suggests that tax expenditures should be subjected to the same kinds of cost/benefit scrutiny and political tradeoffs applicable to functionally equivalent direct spending programs.»).

Although this analytical approach would seem to support a First Amendment Establishment Clause attack on both the federal income tax exemption for religious organizations and the income tax deduction for contributions to these organizations, see, e.g., SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 132–37; DONNA D. ADLER, *The Internal Revenue Code, the Constitution, and the Courts: The Use of Tax Expenditure Analysis in Judicial Decision Making*, 28 Wake Forest L. Rev. 855, 912–14 (1993), the relevant U.S. Supreme Court jurisprudence is generally understood to support the proposition that the exemption and deduction are not ordinarily vulnerable to a First Amendment challenge. See, e.g., LINDA SUGIN, *Tax Expenditure Analysis and Constitutional Decisions*, 50 Hastings L.J. 407, 460–72 (1999) («It is clear that the economic equivalence of tax benefits and direct spending is not the most important factor to consider in establishment clause analysis.»); EDWARD A. ZELINSKY, *James Madison and Public Choice at Gucci Gulch: A Procedural Defense of Tax Expenditures and Tax Institutions*, 102 Yale L.J. 1165, 1192–93 (1993) [hereinafter ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*] (arguing that the First Amendment distinction between tax and direct subsidies is “more compelling procedurally” than many commentators believe); see also BORIS I. BITTKER, *Churches, Taxes and the Constitution*, 78 Yale L.J. 1285 (1969); EDWARD A. ZELINSKY, *Are Tax “Benefits” Constitutionally Equivalent to Direct Expenditures?*, 112 Harv. L. Rev. 379 (1998).

³ See SURREY, *Full Accounting*, op. cit., pp. 576–78; see also STATE OF CALIFORNIA, LEGISLATIVE ANALYST’S OFFICE, *Tax Expenditure Reviews* 1 (Nov. 2007), available at http://www.lao.ca.gov/2007/tax_expenditures/tax_expenditures_1107.pdf (defining tax expenditures as «features of the tax code — including credits, deductions, exclusions, and exemptions — that enable a targeted set of taxpayers to reduce their taxes relative to what they would pay under what policymakers perceive to be a ‘basic’ or ‘normal’ tax-law structure»); C. EUGENE STEUERLE, *Contemporary U.S. Tax Policy* 297 (2004) [hereinafter STEUERLE, *Contemporary Tax*].

sis (TEA) into American tax policy consciousness⁴. During his remaining fourteen months in government service, Surrey oversaw the creation of Treasury's first tax expenditure budget⁵ and, following his return to the Harvard Law School faculty, he wrote or co-authored (mostly with Professor Paul McDaniel) a series of books and articles forcefully promoting TEA as a tool for formulating sound governmental policy, primarily federal income tax policy⁶. This work succeeded in making TEA a fixture in American income tax debates.

Policy] (defining tax expenditures as «spending programs channeled through the tax system»); MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: Tax Incentives and Economists*, 111 Tax Notes 20 (Apr. 3, 2006) [hereinafter SULLIVAN, *Tax Incentives*] (defining tax expenditures as «deliberate departures from neutral taxation directed at a particular group of taxpayers»).

⁴ Although Surrey scored a rhetorical coup with his popularization of the phrase “tax expenditure”, others had earlier called attention to the many subsidies delivered through the tax system and the issues they present, which was the essence of Surrey's concern in promoting tax expenditure analysis (TEA). See, e.g., WALTER J. BLUM, *Tax Policy and Preferential Provisions in the Income Tax Base*, in 1 Committee on Ways and Means, *Tax Revision Compendium* 77, 83 (Comm. Print 1959) [hereinafter BLUM, *Preferential Provisions*] («Subsidies through the income tax are likely to be especially pernicious . . . All in all, a less desirable form of administering a subsidy is not easily imagined.»); BERNARD WOLFMAN, *Federal Tax Policy and the Support of Science*, 114 U. Pa. L. Rev. 171, 186 (1965) («The sums federally allocated by tax preferences and special relief provisions should be reflected in the federal budget and accounts.»); see also WILLIAM VICKREY, *Agenda for Progressive Taxation* 18 (1947) (describing the favorable federal income tax treatment of home ownership as an inefficient subsidy). For a discussion of the history of the tax expenditure concept, see JONATHAN BARRY FORMAN, *Origins of the Tax Expenditure Budget*, 30 Tax Notes 537 (Feb. 10, 1986).

⁵ See U.S. TREAS. DEP'T, *The Tax Expenditure Budget: A Conceptual Analysis*, in *Tax Policy and Tax Reform: Selected Speeches and Testimony of Stanley S. Surrey* 587, pp. 587–612 (William F. Hellmuth & Oliver Oldman eds., 1973) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *Conceptual Analysis*]; FORMAN, op. cit., pp. 539–41.

⁶ See, e.g., SURREY, *Pathways*, op. cit. ; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit. ; PAUL R. MCDANIEL & STANLEY S. SURREY, *Tax Expenditures: How to Identify Them; How to Control Them*, 15 Tax Notes 595 (May 24, 1982); STANLEY S. SURREY, *Federal Income Tax Reform: The Varied Approaches Necessary to Replace Tax Expenditures with Direct Governmental Assistance*, 84 Harv. L. Rev. 352 (1970); STANLEY S. SURREY, *Government Assistance: The Choice Between Direct Programs and Tax Expenditures*, 8 Tax Notes 507 (Apr. 30, 1979); STANLEY S. SURREY, *Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures*, 83 Harv. L. Rev. 705 (1970) [hereinafter Surrey, *Implementing Government Policy*]; STANLEY S. SURREY, *Tax Subsidies as a Device for Implementing Government Policy*, 3 Tax Adviser 196 (1972); STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974*, 17 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 679 (1976); STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept and the Legislative Process*, in *The Economics of Taxation* 123 (Henry J. Aaron & Michael J. Boskin eds., 1980) [hereinafter ECONOMICS OF TAXATION]; STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept: Current Developments and Emerging Issues*,

Surrey argued that tax expenditures suffered from certain inherent defects that almost always made them inferior to analogous cash outlays⁷. Indeed, for Surrey, the list of acceptable tax expenditures was so short that the practical effect of TEA was to reject almost any income tax provision characterized as a tax expenditure⁸. Automatic outcomes derived from formulas or definitions are rendered suspect, however, by the baroque complexity of the federal income tax system's structure and effects. For many analysts and commentators, this complexity dictates the need to "do tax policy" by identifying relevant criteria, applying the criteria to tax policy issues, and weighing answers resulting from the individual criteria against each other when the answers conflict⁹. Since the answers frequently do

20 B.C. L. Rev. 225 (1979) [hereinafter SURREY & MCDANIEL, *Current Developments*]. For a work by Professor Surrey on special interest tax legislation that pre-dated his TEA scholarship, see STANLEY S. SURREY, *The Congress and the Tax Lobbyist — How Special Tax Provisions Get Enacted*, 70 Harv. L. Rev. 1145 (1957).

⁷ See SURREY, *Full Accounting*, op. cit., pp. 579, 583; Surrey, *Implementing Government Policy*, op. cit., pp. 726–32; STANLEY S. SURREY & WILLIAM F. HELLMUTH, *The Tax Expenditure Budget—Response to Professor Bittker*, 22 Nat'l Tax J. 528 (1969).

⁸ Surrey, however, insisted that classifying a tax provision as a tax expenditure should not cause its automatic rejection, see SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 5–6, and that the label "tax expenditure" did not carry an inherently negative connotation. See U.S. TREAS. DEP'T, *Conceptual Analysis*, op. cit., at 588–89; SURREY, *Full Accounting*, op. cit., pp. 578–79. However, his work was so broadly critical of tax expenditures, see, e.g., SURREY, *Pathways*, op. cit., pp. 134–49; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 71–97, that TEA is widely understood as attaching a pejorative label to tax expenditures and as generally arguing for their elimination. See BRUCE BARTLETT, *The End of Tax Expenditures As We Know Them?*, 92 Tax Notes 413, 414 (July 16, 2001) [hereinafter BARTLETT, *The End*]; DOUGLAS A. KAHN & JEFFREY S. LEHMAN, *Tax Expenditure Budgets: A Critical View*, 54 Tax Notes 1661, 1662–63 (Mar. 30, 1992); JULIE ROIN, *Truth in Government: Beyond the Tax Expenditure Budget*, 54 Hastings L.J. 603, 612 (2003); DANIEL N. SHAVIRO, *Rethinking Tax Expenditures and Fiscal Language*, 57 Tax L. Rev. 187, 201–02 (2004); VICTOR THURONYI, *Tax Expenditures: A Reassessment*, 1988 Duke L.J. 1155, 1165 (1988); DAVID A. WEISBACH & JACOB NUSSIM, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 Yale L.J. 955, 976 (2004). Surrey was not alone, however, in regarding tax expenditures as usually objectionable. See, e.g., BLUM, *Preferential Provisions*, op. cit., p. 83 («A less desirable form of administering a subsidy is not easily imagined.»); ERIC J. TODER, *Tax Cuts or Spending— Does It Make a Difference?*, 53 Nat'l Tax J. 361, 362 (2000) («By the usual standards of tax policy analysis, tax expenditures make the tax system worse . . . »).

⁹ See, e.g., U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-1009SP, *Understanding the Tax Reform Debate: Background, CRITERIA, & QUESTIONS 24–52* (Sept. 2005), available at <http://www.gao.gov/new.items/d051009sp.pdf>; U.S. TREAS. DEP'T, *1 Tax Reform for Fairness, Simplicity and Economic Growth 13–19* (Nov. 1984) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*], available at <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/tax-reform>; JOSEPH M. DODGE, J. CLIFTON FLEMING, JR. & DEBORAH A. GEIER, *Federal Income Tax: Doctrine*,

conflict, tax policy decisions taken under this multi-factor approach typically involve a substantial degree of judgment. Controversies are frequent and automatic outcomes are few.

Consequently, there is considerable resistance to touchstones and formulas in the federal income tax world¹⁰ and it is no surprise that TEA was rigorously criticized from its inception and continues to draw negative reviews¹¹. Notwithstanding this criticism, the Congressional Budget and Impoundment Control Act of 1974 requires the President's annual budget submission to contain a list of tax expenditures¹², and Congress's Joint Committee on Taxation has produced its own tax expenditure list each year since 1972¹³. Although TEA has not restrained or reversed the growth of tax

Structure and Policy 119–35 (3d ed. 2004); JOEL SLEMRD & JON BAKIJA, *Taxing Ourselves* 55–188, 231 (3d ed. 2004); see also JOSEPH A. PECHMAN, *Federal Tax Policy* (5th ed. 1987); JOSEPH T. SNEED, *The Criteria of Federal Income Tax Policy*, 17 Stan. L. Rev. 567 (1965).

¹⁰ As an example, Professor Charlotte Crane has stated, [T]here is not — and probably cannot be — an ideal concept of an income tax that is worth using as a starting point. There are simply too many compromises that must be made in translating any concept into a workable tax base, and too much room for arguing about which are expedients necessary to make the tax administrable and which are the result of a perceived need to respond to political pressure to lower tax burdens. CHARLOTTE CRANE, *The Income Tax and the Burden of Perfection*, 100 Nw. U. L. Rev. 171, 185 (2006); see also WEISBACH & NUSSIM, op. cit., at 976 («There is no such thing as a normative tax base.»).

¹¹ See BARTLETT, *The End*, op. cit.; BORIS I. BITTKER, *Accounting for Federal “Tax Subsidies” in the National Budget*, 22 Nat'l Tax J. 244 (1969) [hereinafter BITTKER, *Accounting*]; CRANE, op. cit., p. 184 (characterizing TEA as an academic obsession); THOMAS D. GRIFFITH, *Theories of Personal Deductions in the Income Tax*, 40 Hastings L.J. 343, 345–66 (1989) (arguing, in part, that Surrey's tax expenditure model is not grounded on any principle of distributive justice); KAHN & LEHMAN, op. cit.; BERNARD WOLFMAN, *Tax Expenditures: From Idea to Ideology*, 99 Harv. L. Rev. 491 (1985) (reviewing SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit.); EDWARD A. ZELINSKY, *Efficiency and Income Taxes: The Rehabilitation of Tax Incentives*, 64 Tex. L. Rev. 973, 1026–33 (1986) [hereinafter ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*]; ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit.; EDWARD A. ZELINSKY, *Qualified Plans and Identifying Tax Expenditures: A Rejoinder to Professor Stein*, 9 Am. J. Tax Pol'y 257 (1991); EDWARD A. ZELINSKY, *Tax Policy v. Revenue Policy: Qualified Plans, Tax Expenditures, and the Flat, Plan Level Tax*, 13 Va. Tax Rev. 591 (1994); EDWARD A. ZELINSKY, *The Tax Reform Act of 1986: A Response to Professor Yorio and His Vision of the Future of the Internal Revenue Code*, 55 Fordham L. Rev. 885, 889–94 (1987) [hereinafter ZELINSKY, *Response*]; EDWARD A. ZELINSKY, *The Tax Treatment of Qualified Plans: A Classic Defense of the Status Quo*, 66 N.C. L. Rev. 315 (1988).

¹² See Pub. L. No. 93-344, § 601, 88 Stat. 297, 323 (1974).

¹³ See, e.g., STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 110TH CONG., *Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2007-2011*, at 1 n.2 (Joint Comm. Print 2007) [hereinafter STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*].

expenditures as Surrey had hoped it would¹⁴, TEA continues to play a major role in tax policy debates to the chagrin of its detractors¹⁵.

Even though TEA is familiar to most tax lawyers and scholars, we will provide a necessary illustration in Part II of this article. This discussion will set the stage for the analysis that follows and also provide a device for structuring that analysis.

The persistence of TEA in a hostile environment suggests that it has meaningful substance regardless of the criticism it receives. In Part III of this article, we will undertake to show that TEA is both a logical consequence of, and a device for implementing, the principle of ability-to-pay, the Schanz-Haig-Simons definition of income, and the tax policy principle of neutrality.

In Part IV, we will expand on Surrey's point that the tax expenditure characterization does not make an income tax provision bad per se. Instead, affixing the tax expenditure label triggers a requirement that the provision in question must be recast and examined as a direct expenditure analogue and then must go through a cost/benefit analysis. Indeed, we regard TEA's principal purpose and justification to be its role as a triggering mechanism for mandatory recasting and cost/benefit analysis¹⁶. Under this form of scrutiny,

¹⁴ See GAO, Federal Commitment, op. cit., pp. 19–42; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-06-1028T, *Individual Income Tax Policy: Streamlining, Simplification, and Additional Reforms Are Desirable 9–10 (Aug. 2006)*, available at <http://www.gao.gov/new.items/d061028t.pdf>; U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE, GAO/GGD/AIMD-94-122, *Tax Policy: Tax Expenditures Deserve More Scrutiny* 33–35, 50 (June 1994). Although the total amount of tax expenditures has not been reduced, their composition in recent years has shifted away from benefits for businesses and towards benefits for individuals. See STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., pp. 43–44; TODER, op. cit., p. 362.

¹⁵ See, e.g., PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Simple, Fair, & Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System* 27, 53, 57 (2005) [hereinafter PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*], available at <http://www.taxreformpanel.gov/final-report> (utilizing TEA in the development of tax reform proposals); GRIFFITH, op. cit., p. 349 (stating that TEA «has had a significant impact on the formulation of tax policy»); JOANN M. WEINER, *Tax Expenditures and the Federal Budget*, 118 *Tax Notes* 586 (Feb. 4, 2008); see also WITTE, op. cit., p. 269 (discussing the influence of TEA on the tax policymaking process); SHAVIRO, op. cit., p. 187 («At least 14 countries release tax expenditure data . . . »). One critic of TEA, Professor Edward Zelinsky, has described the influence of TEA in the following way: Few academic doctrines can claim the intellectual and political success of tax expenditure analysis. In roughly a generation's time, Professor Surrey's procedural and substantive critique of tax subsidies has become entrenched in the law school curriculum and in legal scholarship. More impressively, the tax expenditure concept has been enshrined in federal law and become part of the daily discourse of the national budget process. Zelinsky, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., p. 1165 (footnotes omitted).

¹⁶ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 5–6.

tax policymakers first ask whether the tax expenditure in question would pass muster if it were proposed as an equivalent direct expenditure program¹⁷. For a tax expenditure that survives this inquiry, the next questions are whether it yields net benefits and, if so, whether the benefits could be better achieved through a direct expenditure program. A tax provision that successfully endures this analytical approach gets a passing grade even though it bears the tax expenditure label. Of course, many, perhaps most, tax expenditures will receive failing marks when scrutinized in this fashion — but this is due to their inherent weaknesses and not because TEA amounts to a rule of automatic disqualification.

One of Surrey's objectives in advocating TEA was to force recognition of both the revenue costs of individual tax expenditures and the aggregate revenue cost of all tax expenditures¹⁸. Critics have contended that flaws in the revenue estimation process make TEA useless for this purpose. In Part IV, we will argue that these criticisms are overbroad. Our central theme in this article, however, is that even if these and certain other objections are valid, TEA is an important tool for identifying tax provisions that should be subjected to recasting and to cost/benefit scrutiny. We will also address other criticisms of TEA in Part IV and argue that these objections are either misguided, deal with marginal matters, or are outside the realm of practical tax policy concerns.

In Part V, we will provide a brief explanation of the evaluative method that we believe should be applied to tax expenditures. In Part VI, we will examine several important features of the U.S. international income tax system — deferral, cross-crediting, and the export sales source rule. In our judgment, all of these features involve tax expenditures that receive failing marks under the recasting and cost/benefit analysis explained in Part V. Part VII will summarize our overall conclusions.

II. A Simple, but Necessary, Illustration

At its core, TEA is the essence of simplicity. We can illustrate the basic idea by considering a simplified version of a longstanding TEA target¹⁹: the

¹⁷ See SURREY, *PATHWAYS*, op. cit., pp. 36–40

¹⁸ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 6, 25, 233.

¹⁹ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 83–84.

section 103 exclusion for interest on public purpose state and municipal government bonds²⁰.

Assume that the U.S. federal income tax has only one rate, 35%, bonds issued by corporations are paying 10% per annum taxable interest, and interest received on state and local government bonds is excluded from gross income. An investor who buys a corporate bond paying 10% interest before tax will have only 6.5% interest after paying a 35% income tax²¹. As a result, tax-free state and local government bonds that pay only 6.5% interest will be competitive with 10% corporate bonds of equal quality and governmental issuers of the tax-free bonds will be able to borrow at a cost that is 35% less²² than the borrowing cost of corporations.

At this point, it is useful to note that the purchasers of the tax-exempt bonds in this example are said to pay a 35% *implicit tax*²³ because that is the percentage difference between the 6.5% exempt interest they will receive and the 10% before-tax interest that they would have received if there had been no interest tax exemption and they had purchased bonds paying taxable interest²⁴. This 35% implicit tax is identical to both (1) the 35% interest savings garnered by the state and local governments as a result of being able to issue bonds that pay 6.5% exempt interest instead of 10% taxable interest, and (2) the federal government's loss of the 35% tax that would have been collected if there had been no tax exemption for the interest and the purchasers of the exempt state and local government bonds had instead invested in bonds paying 10% taxable interest. In other words,

²⁰ See I.R.C. § 103.

²¹ $10\% \times (1 - 0.35) = 6.5\%$.

²² $(0.10 - 0.065) \div 0.10 = 0.35$.

²³ $10\% - 6.5\% \div 10\% = 35\%$. See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints for Basic Tax Reform* 84 (Jan. 17, 1977) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*], available at <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/blueprints>; SLEMRD & BAKIJA, op. cit., p. 75. For general explanations of the implicit tax concept, see MYRON S. SCHOLES, MARK A. WOLFSON, MERLE ERICKSON, EDWARD L. MAYDEW & TERRY SHEVLIN, *Taxes and Business Strategy* 121–22, 125–27 (3d ed. 2005); HARRY WATSON, *Implicit Taxes*, in *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy* 185 (Joseph J. Cordes, Robert D. Ebel & Jane G. Gravelle eds., 2d ed. 2005) [hereinafter ENCYCLOPEDIA]. For an article that argues that consideration of the effects of implicit taxes should pay a greater role in federal income tax policy analysis and a response to that article, see CHARLOTTE CRANE, *Some Explicit Thinking About Implicit Taxes*, 52 SMU L. Rev. 339 (1999); DAVID A. WEISBACH, *Implications of Implicit Taxes*, 52 SMU L. Rev. 373 (1999) (responding to Professor Crane's article).

²⁴ $(0.10 - 0.065) \div 0.10 = 0.35$. See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., at 84; SLEMRD & BAKIJA, op. cit., pp. 75, 230; BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 418.

the state and local government bond issuers, the 35% bracket investors in the exempt-interest bonds, and the federal government are all in the same positions they would occupy if the investors had paid a 35% federal tax on receipts of 10% interest and the federal government had then sent checks to the state and local government issuers equal to 35% of their 10% interest cost²⁵. Accordingly, the exemption can be viewed as equivalent to the government acting as a conduit by taking 35% of the 10% bond interest from the recipients and transferring it through the appropriations process to the state and local government issuers of the bonds²⁶.

An exemption for interest paid on state and local government bonds, however, *unlike a deduction for business expenses*, is not a required feature of a normatively correct income tax base²⁷. Consequently, the only reason the federal government functions as a conduit here is because Congress *elected* to give up the 35% explicit tax on interest paid to investors in the state and local government bonds. For that reason, the constructive transfer to state and local governments in this example was not made by the investors; it was actually funded by the federal government with revenue forgone at the direction of Congress. As a result, TEA labels the interest exclusion in this example a tax expenditure²⁸, i.e., a federal government outlay made through the income tax

²⁵ See SCHOLLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, *op. cit.*, p. 126 («To whom is the implicit tax paid? In our tax-exempt municipal bond example, it is paid to the issuers of the tax-exempt securities. The issuing municipalities receive an implicit subsidy by way of a lower cost of capital.»); CALVIN H. JOHNSON, *A Thermometer for the Tax System: The Overall Health of the Tax System as Measured by Implicit Tax*, 56 SMU L. Rev. 13, 16 (2003) [hereinafter JOHNSON, *Thermometer*]. As stated by Professor Walter Blum: «There is thus a constructive receipt by the government. Lastly, this imputed [tax] revenue is assumed to be spent by the government Such a constructive expenditure is the other side of a constructive receipt.» Walter J. BLUM, *Book Review*, 1 J. CORP. TAX'N 486 (1975) [hereinafter BLUM, *Book Review*].

²⁶ See SCHOLLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, *op. cit.*, p. 126 («This taxing scheme, which uses implicit taxes to subsidize municipal spending programs, is similar to an alternative scheme in which all bonds (including municipal bonds) are fully taxable at the federal level and the federal government remits the tax collected on municipal bonds to each issuing authority.»). Tax aficionados know that in the real world, the progressive rates of the federal income tax cause the benefit realized by the state and local government bond issuers to be substantially less than the federal government's loss of tax revenue. We have avoided that problem in this example by stipulating that the income tax has only one rate — 35%. In Part IV.A, this article discusses the effect of progressive rates on the exemption for interest paid on state and local government public purpose bonds.

²⁷ See PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, *op. cit.*, p. 124; 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, *op. cit.*, p. 135; U.S.

²⁸ See, e.g., STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, *op. cit.*, pp. 5, 24–35; OFFICE OF MGMT. & BUDGET, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Budget of the United States*

regime instead of through the federal government's cash expenditure system. TEA then requires that this exclusion/tax exemption be recast into the form of an equivalent direct expenditure as illustrated above²⁹. If the equivalent direct expenditure is not unacceptable *per se*, it should next be subjected to cost/benefit analysis³⁰.

The Bush administration's Office of Management and Budget (OMB) recently criticized TEA for failing to accept the fact that tax expenditure programs and direct expenditure programs often function very differently. OMB's argument was stated as follows: «Although tax expenditures can often be thought of as tax subsidies, they are frequently unlike any of the subsidies found on the spending side of the budget. The differences can be so great that comparing the two types of subsidy is like comparing apples with oranges³¹.»

Government, Fiscal Year 2008, Analytical Perspectives 287 (2007) [hereinafter 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES]; OFFICE OF MGMT. & BUDGET, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Budget of the United States, Fiscal Year 2007, Analytical Perspectives 287* (2006) [hereinafter 2007 ANALYTICAL PERSPECTIVES].

²⁹ Professors David Weisbach and Jacob Nussim have argued that for this purpose, a tax expenditure should be compared with the direct expenditure program that is most likely to be adopted to accomplish the tax expenditure's goals rather than with a direct expenditure program that precisely mimics the features of the tax expenditure. See WEISBACH & NUSSIM, *op. cit.*, at 982. We disagree because it is important to know whether a direct expenditure program would be acceptable if it possessed all the significant features of a particular tax expenditure. If the direct expenditure program would not be acceptable on these terms, then it becomes critical to ask why the objections would be cured by implementing the program as a tax expenditure. This important question will go unanswered, and a fundamental benefit of TEA will be lost, unless tax expenditures are compared with direct expenditure programs having the same major characteristics as the respective tax expenditures.

³⁰ In hindsight, the entire exercise seems so obvious that when this article was presented in draft form at a faculty research colloquium, an audience member was amazed to learn that TEA was not common knowledge in the United States before Surrey's work. With respect to the earlier development of TEA in Germany, see HARRY A. SHANNON III, *The Tax Expenditure Concept in the United States and Germany: A Comparison*, 33 *Tax Notes* 201 (Oct. 13, 1986). For a cataloguing of tax expenditures in five other countries, see P. R. MCDANIEL & S. S. SURREY, *International Aspects of Tax Expenditures: A Comparative Study* (1985).

For discussions of tax expenditures in countries that are members of the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), see OECD, *A Review of Issues and Country Practices* (1984); OECD, *Tax Expenditures: Recent Experiences* (1996). For a paper discussing more recent work by the OECD on tax expenditures, see D. J. KRAAN, *Off-budget and Tax Expenditures*, 4 *OECD J. BUDGETING* 121 (2004). For a discussion of the application of TEA to lesser developed countries' tax systems, see LOTFI MAKTOUF & STANLEY S. SURREY, *Tax Expenditure Analysis and Tax and Budgetary Reform in Less Developed Countries*, 15 *Law & Pol'y Int'l Bus.* 739 (1983). TREAS. DEP'T, *Blueprints*, *op. cit.*, p. 84; SHAVIRO, *op. cit.*, pp. 209–10.

³¹ See Letter of James D. Foster, Associate Director of Economic Policy, Office of Management

We agree that tax expenditures and direct expenditure programs often look different with respect to the rigor of their eligibility criteria, application procedures, and administrative management. The likely explanation for these differences, however, is that the cash outlay feature of direct expenditure programs causes a demand for higher levels of justification, targeting, and management than apply to government spending hidden in the tax system³². It is difficult, however, to find a rational basis for applying lower standards of program design, management, and scrutiny to tax expenditures. By forcing recognition of the economic equivalence of tax expenditures and direct expenditures, TEA also forces an examination of whether the looser eligibility, application, and management/administrative approaches that often characterize tax expenditure programs are justifiable. Stated more broadly, TEA is an important tool for spotlighting hidden government spending and subjecting it to a more rigorous analysis than it would otherwise receive.

III. Is TEA More Than Rhetoric?

If tax policy tools, such as TEA, are to have normative force, they must possess a principled basis. Otherwise, their power depends entirely on their effectiveness as rhetoric in the world of raw politics³³. This is an important point because TEA is sometimes discussed as if it were merely an unprincipled rhetorical device, cunningly created to serve the political agenda of those who oppose subsidies and incentives delivered through

and Budget 2 (Sept. 2, 2005) [hereinafter Foster Letter], in GAO, *Federal Commitment*, op. cit., p. 83.

³² For speculation as to why this is the case, see POH ENG HIN, *Fisca Misperceptions Associated with Tax Expenditure Spending: The Case of Pronatalist Tax Incentives in Singapore*, 5 *Journal of Tax Res.* 5, 10 (2007), available at <http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/>; CALVIN H. JOHNSON, *Tax Incentives Are Always the Wrong Way to Go*, 111 *Tax Notes* 90, 92 (Apr. 3, 2006) [hereinafter JOHNSON, *Wrong Way*]; SHAVIRO, op. cit., p. 220; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 970. But see ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., pp. 1179–80.

³³ As Professor Daniel Goldberg has observed regarding the tax system generally: Without a theoretical standard based upon fundamental principles of taxation uniformly applied, the system will be cast loose from its moorings. No provisions would have a stronger claim based on principle than any other provision motivated by a specific identified perceived benefit. Under such a system, future tax legislation will become simply a test of political power. DANIEL S. GOLDBERG, *The U.S. Consumption Tax: Evolution, Not Revolution*, 57 *Tax Law.* 1, 29 (2003).

the tax system³⁴. Closer examination, however, shows that this criticism is incorrect because TEA is actually grounded in three fundamental tax policy principles — ability-to-pay, the Schanz-Haig-Simons definition of income, and neutrality.

A. Ability-to-Pay and SHS

In Part II, we concluded that the state and local governmental bond interest exclusion is a federal government outlay made through the tax system. This conclusion is valid, however, only if the interest paid on state and local government bonds properly belongs in the income tax base — i.e., some norm requires all interest receipts to be treated as income — so that the interest exclusion is elective and deviant on the part of Congress. Surrey peremptorily declared that the proper baseline for this purpose is the Schanz-Haig-Simons definition of income³⁵, modified to incorporate widely accepted business accounting standards and the generally accepted structure of an income tax³⁶. In our view, however, an understanding of TEA's normative baseline requires a brief explanation of a more fundamental concept — the principle of ability-to-pay.

The parameters of a normatively correct income tax base are usually determined by applying an array of widely accepted tax policy criteria³⁷, one of the most important of which is the proposition that the income tax burden should be allocated among resident taxpayers in relation to their taxpaying capacities, often referred to as the principle of ability-to-pay³⁸.

³⁴ See KAHN & LEHMAN, op. cit., p. 1663 (asserting that tax expenditure budgets «create only an illusion of value-free scientific precision in a heavily politicized domain»); SHAVIRO, op. cit., p. 188 (characterizing TEA as «a mere fiscal language innovation»). But see MARTIN FELDSTEIN, *A Contribution to the Theory of Tax Expenditures: The Case of Charitable Giving*, in *Economics of Taxation*, op. cit., at 102 (critic of TEA making clear that «rejection of the presumption that all tax expenditures are bad implies no criticism of the valuable idea of the 'tax expenditure budget'»).

³⁵ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 3–4.

³⁶ See id. at 4; THURONYI, op. cit., pp. 1164–65.

³⁷ See DODGE, FLEMING & GEIER, op. cit., pp. 117–50.

³⁸ See *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*, League of Nations Doc. E.F.S. 73.F.19., p. 18 (1923), reprinted in 4 STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, *Legislative History of United States Tax Conventions* 4003, 4022 (1962); U.S. TREAS. DEPT, *Blueprints*, op. cit., pp. 1, 24; MICHAEL J. GRAETZ & DEBORAH H. SCHENK, *Federal Income Taxation* 27, 37–38 (5th ed. 2005); WILLIAM A. KLEIN, JOSEPH BANKMAN & DANIEL N. SHAVIRO, *Federal Income Taxation* 6–7 (13th ed.

Indeed, it is fair to regard this longstanding concept³⁹ as the major fairness

2003); RICHARD A. MUSGRAVE & PEGGY B. MUSGRAVE, *Public Finance in Theory and Practice* 232–40 (4th ed. 1984); STEPHEN G. UTZ, *Tax Policy* 31–32, 41 (1993); ROBERT A. GREEN, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises*, 79 *Cornell L. Rev.* 18, 29 (1993); MARTIN J. McMAHON, JR. & ALICE G. ABREU, *Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation*, 4 *Fla. Tax Rev.* 1, 72–80 (1998); ROBERT L. PALMER, *Toward Unilateral Coherence in Determining Jurisdiction to Tax Income*, 30 *Harv. Int'l L.J.* 1, 9–10 (1989); DONALD PHARES, *Tax Equity Analysis*, in *ENCYCLOPEDIA*, op. cit., at 399; SNEED, op. cit., pp. 574–80; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis Methodology, OTA Paper No. 85*, p. 6 (1999) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*], available at <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/ota85.pdf>. For a discussion of the use of fairness considerations in defining income, see VICTOR THURONYI, *The Concept of Income*, 46 *Tax L. Rev.* 45 (1990).

Countries rely on a benefits theory to tax income earned within their borders by foreign persons. See STEPHEN E. SHAY, J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *The David R. Tillinghast Lecture — “What’s Source Got to Do With It?” Source Rules and U.S. International Taxation*, 56 *Tax L. Rev.* 81, 90–106 (2002) [hereinafter SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*].

Ability-to-pay is a foundational principle in the income tax systems of many countries in addition to the United States. See HENRY ORDOWER, *Horizontal and Vertical Equity in Taxation as Constitutional Principles: Germany and the United States Contrasted*, 7 *Fla. Tax Rev.* 259, 304 (2006); FRANS VANISTENDAEL, *Legal Framework for Taxation*, in *Tax Law Design and Drafting* 15, 22–23 (Victor Thuronyi ed., 1996). The ability-to-pay principle has even been made a constitutional limitation on the power to tax in Italy, Spain, and Germany. See *id.*; see also Basic Facts About the United Nations, The United Nations: Organization, <http://www.un.org/aboutun/basicfacts/unorg.htm> («The fundamental criterion on which the scale of assessments is based is the capacity of countries to pay.»).

³⁹ The ability-to-pay principle has a lengthy intellectual history. Adam Smith endorsed it as a foundational tax norm although, failing to understand that it differed from the benefit principle, he conflated the two. See RICHARD A. MUSGRAVE, *Fairness in Taxation*, in *ENCYCLOPEDIA*, op. cit., p. 135. Smith’s statement was: «The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state.» ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations* 371 (4th ed. 1850). Kant also recognized the ability-to-pay principle as a norm of taxation.

Like Smith, he conflated it with the benefit principle but he also clearly acknowledged the redistributive implications of ability-to-pay. Kant’s statement was: The general will of the people has united itself into a society which is to maintain itself perpetually; and for this end it has submitted itself to the internal authority of the state in order to maintain those members of the society who are unable to maintain themselves. For reasons of state the government is therefore authorized to constrain the wealthy to provide the means of sustenance to those who are unable to provide for even their most necessary natural needs. The wealthy have acquired an obligation to the commonwealth, since they owe their existence to an act of submitting to its protection and care, which they need in order to live; on this obligation the state now bases its right to contribute what is theirs to maintaining their fellow citizens. This can be done either by imposing a tax on the property or commerce of citizens, or by establishing funds and using the interest from them, not for the needs of the state (for it is rich), but for the needs of the people. It will do this by way of coercion (since we are speaking here only of the *right* of

norm in the U.S. federal income tax system⁴⁰.

Nevertheless, the ability-to-pay concept has drawn sharp criticism because its meaning can be controversial at the margins. For example, commentators often refine the ability-to-pay fairness concept by subdividing it into a horizontal equity component (taxpayers with equal incomes should pay equal amounts of tax) and a vertical equity component (taxpayers with unequal incomes should pay amounts of tax which are sufficiently unequal to fairly reflect the differences in their incomes)⁴¹. Other commentators, however, have criticized these refinements by asserting that horizontal equity has no significance as a tax policy norm separate from vertical equity or that neither horizontal nor vertical equity has any content that is independent of more general notions regarding fundamental fairness⁴². There

the state against the people), by public taxation, not merely by *voluntary* contributions, some of which are made for gain (such as lotteries, which produce more poor people and more danger to public property than there would otherwise be, and which should therefore not be permitted). IMMANUEL KANT, *The Metaphysics of Morals* 101 (Mary Gregor ed., 1996) (emphasis in original). More recent commentators on taxation have recognized that the ability-to-pay and benefit principles are separate norms. See, e.g., LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *The Myth of Ownership* 16–30 (2002); DEBORAH A. GEIER, *Time to Bring Back the Benefit Norm?*, 102 *Tax Notes* 1155 (Mar. 1, 2004); SAGIT LEVINER, *From Deontology to Practical Application: The Vision of a Good Society and the Tax System*, 26 *Va. Tax Rev.* 405, 423–30 (2006).

Ultimately, the decision to use ability-to-pay as a foundational principle of a tax system is based on a societal decision that other approaches are inferior. See generally REUVEN S. AVI-YONAH, *The Three Goals of Taxation*, 60 *Tax L. Rev.* 1, 14–15 (2006) [hereinafter AVI-YONAH, *Three Goals*].

⁴⁰ See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, *supra* note 23, p. 1; STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10. Regarding the history of the rise of the ability-to-pay concept as a foundational principle in U.S. tax policy, see RICHARD J. JOSEPH, *The Origins of the American Income Tax: The Revenue Act of 1894 and Its Aftermath* 89–90, 95–96 (2004); AJAY K. MEHROTA, *Envisioning the Modern American Fiscal State: Progressive Era Economists and the Intellectual Foundations of the U.S. Income Tax*, 52 *UCLA L. Rev.* 1793 (2005); DENNIS J. VENTRY, JR., *Equity versus Efficiency and the U.S. Tax System in Historical Perspective*, in *Tax Justice: The Ongoing Debate* 25 (Joseph J. Thorndike & Dennis J. Ventry, Jr. eds., 2002).

⁴¹ See DAVID F. BRADFORD, *Untangling the Income Tax* 150–53 (1986); JOSEPH M. DODGE, *The Logic of Tax* 88 (1989); GRAETZ & SCHENK, op. cit., at 27–28; WILLIAM A. KLEIN, *Policy Analysis of the Federal Income Tax* 7 (1976); ERIC M. ZOLT, *The Uneasy Case for Uniform Taxation*, 16 *Va. Tax Rev.* 39, 86–98 (1996).

⁴² See generally LOUIS KAPLOW, *A Note on Horizontal Equity*, 1 *Fla. Tax Rev.* 191 (1992); LOUIS KAPLOW, *Horizontal Equity: Measures in Search of a Principle*, 42 *Nat'l Tax J.* 139 (1989); PAUL R. MCDANIEL & JAMES R. REPETTI, *Horizontal and Vertical Equity: The Musgrave/Kaplow Exchange*, 1 *Fla. Tax Rev.* 607 (1993); RICHARD A. MUSGRAVE, *Horizontal Equity: A Further Note*, 1 *Fla. Tax Rev.* 354 (1993); RICHARD A. MUSGRAVE, *Horizontal Equity, Once More*, 43 *Nat'l Tax J.* 113 (1990). But see JOSEPH M. DODGE, *Theories of Tax Justice: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability-to-Pay Principles*, 58 *Tax L. Rev.* 399, 458–59 (2005) [hereinafter DODGE, *Theories*].

has also been disagreement regarding certain nuances of the ability-to-pay concept, such as the proper handling of psychic income, leisure, underachievement, and various personal characteristics of taxpayers⁴³. Finally, ability-to-pay analysis has been criticized for focusing on taxation without considering the distributional effects of government expenditures⁴⁴ and for using the prevailing distribution of income as the measure of taxpaying capacity without inquiring into whether that income distribution is itself fair⁴⁵. As noted, these points have caused some commentators to dismiss ability-to-pay as unhelpful⁴⁶.

In our view, these attacks greatly undervalue the importance of the ability-to-pay principle in establishing the general structure and content of the tax base. This utility plus the intuitive appeal⁴⁷ of the ability-to-pay

⁴³ See STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 105TH CONG., *Report Relating to the Impact on Individuals and Families of Replacing the Federal Income Tax* 107–17 (Joint Comm. Print 1997); ANTHONY C. INFANTI, *Tax Equity*, 55 Buff. L. Rev. 1191 (2008) [hereinafter INFANTI, *Tax Equity*]; ZOLT, *op. cit.*, pp. 89–101; see also BARBARA H. FRIED, *The Puzzling Case for Proportionate Taxation*, 2 Chapman L. Rev. 157, 182–83 (1999) [hereinafter FRIED, *Puzzling Case*]. These strike us as peripheral matters.

⁴⁴ See MURPHY & NAGEL, *op. cit.*, pp. 24–25, 30, 184; FRIED, *Puzzling Case*, *op. cit.*, p. 182. In our view, an unfairly distributed tax burden is problematic even in the unlikely case in which tax inequity is completely corrected by redistributive spending. See also DODGE, *Theories*, *op. cit.*, pp. 451–52, 456–57.

⁴⁵ See MURPHY & NAGEL, *op. cit.*, pp. 28–30; FRIED, *Puzzling Case*, *op. cit.*, p. 182. This criticism overlooks the fact that the ability-to-pay concept is a tax burden distribution norm, not an income distribution norm. To demand that the ability-to-pay concept provide a normative basis for both tax burden distribution and income distribution is to demand too much. A separate income distribution norm is required. See also DODGE, *Theories*, *op. cit.*, p. 454 («The point of the ability-to-pay principle is precisely that a tax base keyed to market outcomes is the only rational foundation for a system of redistribution that would alter such outcomes. Existing distributions . . . have no normative status whatsoever under the objective ability-to-pay tax justice norm.»).

⁴⁶ See, e.g., LOUIS EISENSTEIN, *The Ideologies of Taxation* 56 (1961) («To speak forcefully of ability to pay is merely to indulge in evasive rhetoric.»); MURPHY & NAGEL, *op. cit.*, p. 30 («The vague idea of ‘ability to pay’ will not help us when we move to the different question of what distributive [aims] a just government should have.»); SLEMRD & BAKIJA, *op. cit.*, p. 64 («On the compelling questions of the day, however — such as whether millionaires ought to pay 70 percent, 50 percent, or 30 percent of their income in tax or whether poor families should pay anything at all — the ability-to-pay principle has nothing concrete to offer.»); ALVIN WARREN, *Would a Consumption Tax Be Fairer Than an Income Tax?*, 89 Yale L.J. 1081, 1092–93 (1980) («Such definitions reduce to statements that society should appropriately tax what it should appropriately tax.»).

⁴⁷ Regarding the intuitive appeal of the ability-to-pay principle, Professor Joseph Dodge has observed: [T]he ability-to-pay principle can be constructed from a [preference-neutral] Rawls-type contractarian method: A person in ignorance of his or her material station in life (and moderately risk-averse) would opt to be forced to contribute to government according to the

principle has caused it to persist as a major parameter of tax policy⁴⁸. Thus, a prominent tax economist has recently referred to the horizontal equity component of ability-to-pay as «perhaps the queen of all principles affecting government policy.»⁴⁹

More importantly, the preceding controversies and criticisms have been made effectively irrelevant by the development of a U.S. tax policy consensus under which ability-to-pay means that taxpayers with larger net incomes in a given year should generally pay more tax (calculated with progressive rates) than those who have smaller net incomes in the same year⁵⁰,

ability-to-pay principle (so long, of course, as everybody else is subject to the same taxing principle). DODGE, *Theories*, op. cit., p. 460. Consistent with this view, William Safire, the conservative New York Times political editor, said: «Most of us accept as ‘fair’ this principle: the poor should pay nothing, the middlers something, the rich the highest percentage.» WILLIAM SAFIRE, *The 25% Solution*, N.Y. Times, Apr. 20, 1995, at A23, quoted in MICHAEL J. GRAETZ, *The U.S. Income Tax: What It Is, How It Got That Way, and Where We Go from Here* 11 (1999). Professor Richard Schmalbeck reached the same conclusion as Safire. RICHARD L. SCHMALBECK, *Race and the Federal Income Tax: Has a Disparate Impact Case Been Made?*, 76 N.C.L. Rev. 1817, 1820 (1998).

⁴⁸ See U.S. TREAS. DEP’T, *Blueprints*, op. cit., p. 1; STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10.

⁴⁹ See STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10 («Horizontal equity . . . asserts that those with equal ability to pay should pay equal taxes. . . . Horizontal equity is perhaps the queen of all principles affecting government policy . . . »); see also GENE STEUERLE, *A Consensus Base for Tax Reform*, 113 Tax Notes 371 (Oct. 23, 2006) [hereinafter STEUERLE, *Consensus*].

⁵⁰ See, e.g., *Testimony of Robert J. Carroll, Deputy Assistant Secretary (Tax Analysis), United States Department of the Treasury, Before the S. Finance Comm., 109th Cong. 3* (Sept. 20, 2006) [hereinafter CARROLL TESTIMONY], available at <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/carrolltestimony%209.20.06.pdf> («The tax system should be appropriately progressive.»); PRESIDENT’S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 49 («All members of the Panel endorsed the goal of a progressive tax structure.»); THOMAS L. HUNGERFORD, *Tax Expenditures: Good, Bad or Ugly?*, 113 Tax Notes 325, 329 (Oct. 23, 2006) («About two-thirds of Americans ‘believe that people with high incomes should pay a larger share of their income in taxes than those with lower income.’»); THEODORE P. SETO & SANDI L. BUHAI, *Tax and Disability: Ability-to-Pay and the Taxation of Difference*, 154 U. Pa. L. Rev. 1053, 1057 (2006) («Standard tax theory largely ignores differences — other than differences in ‘income’ — in the ability of taxpayers to pay taxes.»). On a related point, the Pew Research Center for the People and the Press has conducted a series of national polls of adult Americans showing that from 1994 to 2007, agreement with the statement that it is the government’s responsibility “to take care of people who can’t take care of themselves” has increased from 57% to 69% and agreement that the government should assist the needy even if doing so causes an increase in government debt has risen from 41% to 54%. See PEW RESEARCH CENTER FOR THE PEOPLE & THE PRESS, *Trends in Political Values and Core Attitudes: 1987-2007* (Mar. 22, 2007), available at <http://people-press.org/reports/pdf/312.pdf>. For an article that analyzes the moral, economic, and administrative effects of a progressive rate structure, see JOSEPH BANKMAN & THOMAS GRIFFITH, *Social Welfare*

and that when comparing net incomes for this purpose, the realization principle is applied⁵¹, an objective, market-based standard is used,⁵² and items that cannot be feasibly measured (e.g., leisure, psychic income, and forgone opportunities) are omitted⁵³. The emergence of this consensus has made the ability-to-pay principle a workable concept despite uncertainties and controversies at the margins⁵⁴.

Integrally related to ability-to-pay is the widely accepted Schanz-Haig-Simons (SHS) definition of income which provides that an individual's income is the sum of his or her consumption and change in wealth during the taxable period, usually a year⁵⁵. Under this definition, both amounts that are consumed and amounts that are saved are included in the tax base⁵⁶.

and the Rate Structure: A New Look at Progressive Taxation, 75 Cal. L. Rev. 1905(1987).

⁵¹ See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., pp. 46–47; WILLIAM D. ANDREWS, *A Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax*, 87 Harv. L. Rev. 1113, 1141–48 (1974) [hereinafter ANDREWS, *Cash Flow Personal Income Tax*]; CHRISTOPHER H. HANNA, *Tax Theories and Tax Reform*, 59 SMU L. Rev. 435, 437–38 (2006); RONALD A. PEARLMAN, *A Tax Reform Caveat: In the Real World, There Is No Perfect Tax System*, in Toward Fundamental Tax Reform 106, 108–09 (Alan J. Auerbach & Kevin A. Hassett eds., 2005) [hereinafter PEARLMAN, *No Perfect Tax System*]; DEBORAH H. SCHENK, *A Positive Account of the Realization Principle*, 57 Tax L. Rev. 355, 396 (2004).

⁵² See HENRY C. SIMONS, *Personal Income Taxation* 51 (1938); DODGE, *Theories*, op. cit., p. 449; see also KLEIN, op. cit., p. 7 («On balance, the case for objectivity . . . has carried the day with respect to the tax system. But, again, it is useful to keep in mind . . . that by opting for objectivity, we have simultaneously decided to settle for a less-than-perfect measure of ability.»).

⁵³ See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., pp. 3, 159–62; 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 14–15, 37–42; WALTER J. BLUM & HARRY KALVEN, JR., *The Uneasy Case for Progressive Taxation* 64 (1953); BRADFORD, op. cit., pp. 16–19, 155–56; KLEIN, BANKMAN & SHAVIRO, op. cit., pp. 6–7; DODGE, *Theories*, op. cit., pp. 449–50; VADA WATERS LINDSEY, *The Widening Gap Under the Internal Revenue Code: The Need for Renewed Progressivity*, 5 Fla. Tax Rev. 1, 3, 7–8, 39–40 (2001); HERBERT A. STEIN, *What's Wrong with the Federal Tax System*, in COMMITTEE ON WAYS AND MEANS, *Tax Revision Compendium* 107, 110–14 (Comm. Print 1959); see also PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., pp. 30 (Treasury Department calculates ability-to-pay in terms of «wages and salaries, business or farm net income, taxable and tax-exempt interest, dividends, rental income, realized capital gains, cash transfers from the government, and retirement benefits»).

⁵⁴ For recent vigorous defenses of the ability-to-pay principle, see DODGE, *Theories*, op. cit., pp. 449–61; SETO & BUHAI, op. cit.

⁵⁵ See SLEMEROD & BAKIJA, op. cit., p. 28; HANNA, op. cit., p. 436 («The Haig-Simons definition of income is generally considered by most tax scholars to be the ideal definition of income.»).

⁵⁶ The most famous statement of the Schanz-Haig-Simons (SHS) formula is: Personal income may be defined as the algebraic sum of (1) the market value of rights exercised in consumption and (2) the change in the value of the store of property rights between the beginning and end of the period in question. In other words, it is merely the result obtained by adding consumption during the period to “wealth” at the end of the period and then subtracting “wealth” at the

Obviously, this is a way of describing an individual's taxpaying ability⁵⁷. Thus, SHS is generally understood to be based on the ability-to-pay principle and as a formula for implementing that principle⁵⁸.

Not surprisingly, the theoretical criticisms leveled at the ability-to-pay principle with regard to the lack of clarity at the margins or the failure to include certain items⁵⁹ have also been directed at SHS. Because the U.S. tax policy consensus accepts ability-to-pay as a workable concept despite these objections, that same consensus has also embraced SHS as a practical policy guide⁶⁰.

To be sure, the SHS concept has not prevented the income tax from acquiring a mass of incoherent special pleading provisions⁶¹. Moreover, SHS is not the exclusive criterion of good tax policy. It must be weighed against

beginning. . . . Moreover, this gain may be measured and defined most easily by positing a dual objective or purpose, consumption and accumulation, each of which may be estimated in a common unit by appeal to market prices. SIMONS, *op. cit.*, p. 50.

⁵⁷ Indeed, Simons characterized the SHS definition as a «measure of the individual's prosperity.» SIMONS, *op. cit.*, p. 206; see also WARREN, *op. cit.*, pp. 1085–86 («The arithmetical process of the Haig-Simons definition should not, however, obscure the nature of the aggregate tax base, which is the product of the society's private capital and labor for the accounting period. The Haig-Simons calculation simply identifies how much of that product has ended up in each taxable unit.»).

⁵⁸ SHS is principally based on the ability-to-pay concept. See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, *op. cit.*, p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*, *op. cit.*, p. 7; WILLIAM D. ANDREWS, *Personal Deductions in an Ideal Income Tax*, 86 Harv. L. Rev. 309, 326–29 (1972) [hereinafter *ANDREWS, Personal Deductions*]; DODGE, *Theories*, *op. cit.*, p. 450; see also JOSEPH M. DODGE, *What's Wrong with Carryover Basis Under H.R. 8*, 91 Tax Notes 961, 971 (May 7, 2001) (suggesting that the assignment-of-income doctrine, a core principle of the U.S. federal income tax, may be based on the ability-to-pay concept). Consistent with the principle of ability-to-pay, the consumption element of SHS is measured in objective, market-based terms. See DANIEL SHAVIRO, *The Man Who Lost Too Much: Zarin v. Commissioner and the Measurement of Taxable Consumption*, 45 Tax L. Rev. 215, 223–24 (1990).

⁵⁹ See *supra* text accompanying notes 42–46; see also INFANTI, *Tax Equity*, *op. cit.*

⁶⁰ See SLEMRD & BAKIJA, *op. cit.*, p. 30 («As long as we are operating an income tax, it is important to understand how the tax system's definition of income compares to the 'true' measure of income.»); HANNA, *op. cit.*, pp. 448–49; STANLEY A. KOPPELMAN, *Personal Deductions Under an Ideal Income Tax*, 43 Tax L. Rev. 679, 683 (1988) («The SHS definition has become the generally accepted foundation for modern day, normative analysis of the meaning of income as a base for personal taxation.»). But see BORIS I. BITTKER, *A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform*, 80 Harv. L. Rev. 925 (1967); DOUGLAS A. KAHN, *Accelerated Depreciation — Tax Expenditure or Proper Allowance for Measuring Net Income?*, 78 Mich. L. Rev. 1, 3–10 (1979).

⁶¹ See SLEMRD & BAKIJA, *op. cit.*, at 31–53; STEUERLE, *Consensus*, *op. cit.*, p. 372 («What has essentially happened to the tax policy process in recent decades is that it has increasingly adopted many of the bad habits of the expenditure policy process.»).

other considerations such as enforceability, administrability, economic efficiency, simplification, revenue yield, and governmental effectiveness. Nevertheless, the SHS definition does provide a principled structure that is useful for testing the efficacy of tax provisions and opposing bad tax policy.

The interesting point to be made here, however, is that because SHS derives from the ability-to-pay principle and because Surrey explicitly used SHS as the first step in constructing his TEA income baseline⁶², TEA must also be rooted in the ability-to-pay concept. Consequently, it is puzzling to find that Surrey rejected ability-to-pay as a justification for TEA⁶³. The apparent explanation is that Surrey wanted the deductions for medical expenses and charitable contributions to be classified as tax expenditures⁶⁴ and he saw this objective as threatened by the fact that some commentators regard these items as reflecting decreased ability-to-pay and, therefore, properly removed from the SHS baseline⁶⁵. Surrey's concern has diminished in practical importance with respect to medical expense deductions because the applicable 7.5% of adjusted gross income floor⁶⁶ and the narrowing of the statutory definition of qualifying medical expenses have made them available only to a small group of taxpayers⁶⁷.

More fundamentally, regardless of Surrey's reason for resisting a linkage between ability-to-pay and TEA, his position is not well-founded because income is the generally recognized measure of ability-to-pay⁶⁸ and SHS, which Surrey saw as the first step in defining the TEA baseline, is generally recognized as the theoretically correct definition of income⁶⁹. Consequent-

⁶² See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 3–4, 186–87; see also GOLDBERG, op. cit., p. 26 («The basic premise of this view rests on the current tax system being an income tax and income for these purposes being defined, consistent with the generally accepted Haig-Simons definition, as personal consumption plus increase in wealth . . .»). The Surrey baseline did, however, include modifications of and supplements to the SHS definition. See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 186–92.

⁶³ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 188, 284–85 n.12.

⁶⁴ *Id.* at 205–06.

⁶⁵ See SURREY, *Pathways*, op. cit., at 21; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 188, 205, 284–85 n.12.

⁶⁶ See I.R.C. § 213(a).

⁶⁷ Of the individuals who filed income tax returns for 2004, only 7.2% claimed medical expense deductions. See MICHAEL PARISI & SCOTT HOLLENBECK, *Individual Income Tax Returns, 2004*, in Internal Revenue Service, SOI Bull., Fall 2006, at 8, 11 (2006), available at <http://www.irs.gov/pub/irs-soi/04indtr.pdf>.

⁶⁸ See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*, op. cit., pp. 6–7; RICHARD A. MUSGRAVE, *Fairness in Taxation*, in Encyclopedia, op. cit., p. 136.

⁶⁹ See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*,

ly, TEA should be regarded as a necessary extension of the ability-to-pay principle in spite of Surrey's objection.

The linkage between ability-to-pay and TEA can be illustrated by again considering the example in Part II regarding tax-exempt interest. Interest paid on bonds issued by state and local governments confers ability-to-pay on the interest recipients just as effectively as taxable interest paid on corporate bonds. Thus, the ability-to-pay principle dictates that interest on state and local government bonds belongs in the tax base and that Congress's exclusion of that interest is an elective deviation from the ability-to-pay standard⁷⁰. Once that analytical bridge is crossed, the conclusion that the interest exclusion results in forgone revenue is inescapable⁷¹. This conclusion requires an analytical tool to account for and evaluate the consequences of the forgone revenue in terms reflecting the interest savings of the bond issuers. The application of TEA to the example in Part II shows that the forgone revenue is effectively transferred by the federal government to the bond issuers with the same impact as a cash grant. More generally, the Part II example illustrates that TEA functions as a necessary consequence of, and adjunct to, the ability-to-pay principle with respect to all provisions that deliver subsidies or incentives by carving out (through deductions, exclusions, credits, or deferral provisions) items that properly belong in the base of an ability-to-pay-grounded income tax.

op. cit., p. 7; SLEMIER & BAKIJA, op. cit., p. 28; ANDREWS, *Personal Deductions*, op. cit., pp. 326–29; HANNA, op. cit., p. 436. Professor Thomas Griffith has criticized Surrey's TEA model on the grounds that it lacks any normative foundation because it adopts the SHS definition of income as the baseline without providing sufficient justification for doing so. See GRIFFITH, op. cit., pp. 363–66. As indicated in the text above, we believe that the ability-to-pay principle provides that justification.

⁷⁰ See PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 124 (stating that the exemption for state and local bond interest is «an incentive for investment in public infrastructure . . . similar to preferences for home ownership, charitable giving, and health coverage . . . »); 1 U.S. TREAS. DEPT, *Tax Reform*, op. cit., p. 135 («The exemption of this interest is inconsistent with a comprehensive income tax.»); U.S. TREAS. DEPT, *Blueprints*, op. cit., p. 84 («The annual receipt or accrual of interest on State and local obligations unquestionably increases the taxpayer's opportunity to consume, add to wealth, or make gifts. It is, therefore, properly regarded as a source of income.»); ANDREWS, *Personal Deductions*, op. cit., pp. 376–77; SHAVIRO, op. cit., p. 210 («The contrast between the tax treatment of municipal bond interest and other interest makes no sense in purely distributional terms.»).

⁷¹ See PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 13 («A tax expenditure is a tax incentive . . . Many of these tax incentives could have been structured as a direct government spending program. Either way, it costs the government money to provide benefits, which must be financed with higher taxes elsewhere.»).

B. Neutrality

A second major tax policy principle is that, to the greatest extent possible, tax provisions should achieve neutrality — i.e., taxpayer behavior should be altered as little as possible from what it would be in the absence of a particular tax provision⁷². Incentives and subsidies, including tax expenditures, enhance the after-tax economic returns from affected activities and cause taxpayers to engage in those activities to a greater extent than would otherwise be the case, interfering with the free market's allocation of resources⁷³. The late Professor Walter Blum stated this point as follows:

A more classical line of attack on special dispensations under the income tax is that they cause a misallocation of economic resources. By taxing (and thus penalizing) certain activities less than others the preferential provisions — so the argument goes — cause more resources to flow into these endeavors than would be attracted if the tax system were perfectly neutral, and as a result scarce resources are utilized in less productive combinations. I concur in the soundness of this reasoning⁷⁴.

Accordingly, the interest exclusion in the example in Part II distorted free market choices by causing more capital to flow into state and municipal bonds than would otherwise have been the case.

Before aspects of the tax system that are not neutral can be evaluated and addressed, however, they must first be identified; a focused analytical tool is highly useful for that purpose. TEA serves this end with respect to incentives and subsidies delivered through income tax provisions. Stated differently, TEA is a device for identifying features of the tax system which cause taxpayers to pursue certain activities more extensively than they otherwise would⁷⁵. Thus, a legitimate concern for neutrality in the tax system drives the use of TEA as a tool of sound tax policy.

⁷² See U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 13; SLEMROD & BAKIJA, op. cit., pp. 131–35.

⁷³ See *Carroll Testimony*, op. cit., p. 3; GAO, *Federal Commitment*, op. cit., pp. 49–50; PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., pp. 70–72; SLEMROD & BAKIJA, op. cit., p. 218; TODER, op. cit., p. 362.

⁷⁴ BLUM, *Preferential Provisions*, op. cit., p. 82; see also *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend Taxation of Individuals in the Internal Market*, p. 18, COM (2003) 810 final (Dec. 19, 2003); SULLIVAN, *Tax Incentives*, op. cit., p. 23.

⁷⁵ See SHAVIRO, op. cit., p. 204

IV. Other criticisms of TEA

A. Do Implicit Taxes Nullify Concerns Regarding Tax Expenditures?

To the extent that a tax expenditure causes investors to move more capital into an activity or economic sector than would otherwise be the case, the before-tax rate of return in the respective activity or sector will fall from what it would have been in the absence of the tax expenditure. As explained in Part II, this decline is characterized as an implicit tax borne by investors who chase the tax expenditure benefit.⁷⁶ TEA opponents sometimes make the suggestion that implicit taxes substantially mitigate objections to tax expenditures⁷⁷.

1. Distortion

According to the implicit tax argument the implicit tax will occur with respect to any form of investment favoured by a tax expenditure, only to the extent that tax expenditures distort choices by causing more capital to flow to the favoured activities or investments than would be the case without a tax expenditure⁷⁸. As a result, implicit tax reasoning does not negate, and indeed confirms, the validity of the neutrality objection to tax expenditures.

2. Capture

The implicit tax argument is seriously impaired if the tax expenditure benefit does not move primarily to its target, i.e., if the tax expenditure is captured to a significant extent by non-targets. The available evidences indicates that such capture is a common occurrence. Thus, the implicit tax

⁷⁶ See SLEMROD & BAKIJA, op. cit., pp. 75, 230; BORIS I. BITTKER, *Tax Shelters and Tax Capitalization, or Does the Early Bird Get A Free Lunch?*, 28 Nat'l Tax J. 416 (1975); see also SUSAN ACKERMAN & DAVID OTT, *An Analysis of the Revenue Effects of Proposed Substitutes for Tax Exemption of State and Local Bonds*, 23 Nat'l Tax J. 397 (1970); BORIS I. BITTKER, *Equity, Efficiency, and Income Tax Theory: Do Misallocations Drive Out Inequities?*, 16 San Diego L. Rev. 735 (1979) [hereinafter BITTKER, *Do Misallocations Drive Out Inequities?*]

⁷⁷ See BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 418.

⁷⁸ See U.S. TREAS. DEP'T, *Background paper*, op. cit., p. 7 (stating that the expansion of economic activities favored by tax incentives «may occur at the expense of other economic activities, and the value of what is lost can exceed the value of what is gained, reducing the overall value of society's output of goods and services»).

concept does not eliminate the horizontal inequities of tax expenditures and its failure to do so results in substantial waste.

B. Is TEA Relevant to the Formation of Government Policy?

1. The Relevance, or Not, of a Normative Tax Base

As noted above, TEA depends on identifying a normative tax base and, for this purpose, Surrey used the SHS definition of income with various adjustments and supplements⁷⁹. This aspect of TEA has spawned sharp controversies over whether particular income tax provisions are (1) elements of SHS and, therefore, not tax expenditures, or (2) departures from SHS and, consequently, tax expenditures⁸⁰. Recently, Professors David Weisbach and Jacob Nussim, expanding on earlier work by Professor Michael McIntyre⁸¹, have argued that the question of whether a particular tax provision deviates from a correctly defined income tax base is an unnecessary inquiry and a distraction from what should be the controlling issue regarding tax expenditures⁸². According to them, the controlling question is whether particular subsidies and incentives are best operated through the tax system or through some other means such as a direct expenditure program administered by a non-tax agency⁸³.

We believe that the Weisbach and Nussim argument misinterprets and undervalues TEA's use of a baseline definition of income. TEA's focus on determining whether particular provisions are or are not necessary ingredients

⁷⁹ See SURREY & MCDANIEL, *Tax expenditures*, op. cit., pp. 186–94.

⁸⁰ See generally BARTLETT, *The End*, op. cit.; BITTKER, *Accounting*, op. cit.; BORIS I. BITTKER, *Income Tax Deductions, Credits, and Subsidies for Personal Expenditures*, 16 J.L. & Econ. 193 (1973) [hereinafter BITTKER, *Personal Expenditures*]; KAHN & LEHMAN, op. cit.

⁸¹ Professor Michael McIntyre has argued that instead of attempting to determine which tax provisions are parts of the normative income tax base and which are subsidies or incentives that deviate from the norm, policymakers should listen to the defenders of various tax provisions and apply TEA only to the extent of claims that the tax provisions in question will produce spending-like benefits. See MCINTYRE, op. cit., pp. 94–99. This approach will be useful in many cases but it can probably be circumvented by substituting rhetoric couched in terms of removing tax barriers, deterrents, and discrimination in place of rhetoric phrased in the language of subsidies and incentives. See generally EISENSTEIN, op. cit., pp. 57–88.

⁸² See WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 977 («This focus on definitions distracts from the underlying substantive arguments surrounding tax expenditures.»).

⁸³ Id. Pp. 973–76. These commentators frankly admit that this is a difficult and complex question to answer. See id. pp. 992–1023.

in defining an SHS income tax base is not about fidelity to an academic abstraction⁸⁴. On the contrary, it is about first identifying tax provisions that are subsidies or incentives, because they are not features that define the contents of an ability-to-pay tax base (i.e., TEA is concerned with the transparency of government programs) and then subjecting those subsidies and incentives to rigorous scrutiny.

2. *Recasting Tax Expenditures as Direct Expenditures*

A major problem we see with Weisbach's and Nussim's argument is that it ignores the usefulness of TEA in deciding whether a particular tax expenditure is even a credible programmatic option that merits serious consideration. They seem to regard this as irrelevant because it sheds no light on what for them is a substantially more important question: assuming that the government has decided to adopt a wasteful and inequitable subsidy for state and local government borrowers, is the subsidy best delivered through a tax expenditure or a direct expenditure? Moreover, their approach to answering this question seems to depend entirely on weighing the benefits of overall governmental simplification and coordination that arise from integrating government programs into the tax system against the benefits of specialization that result from focusing the tax system on revenue collection and assigning other government programs to expert non-tax bureaucracies.

As suggested above, however, this focus overlooks TEA's key implication that in considering whether to operate a spending regime through the tax system, we should first recast the tax expenditure as an analogous direct expenditure program and then ask whether this direct expenditure is acceptable.⁸⁵ If the answer is negative, then an equivalent tax expenditure program should be

⁸⁴ In this respect, we agree with the following statement by one TEA critic: «Fidelity to a definition is not the sole test of a good tax system. Its revenue yield, simplicity, and other characteristics are also important» BITTKER, *Personal Expenditures*, op. cit., p. 213. It is our position that TEA is only one test, albeit an important test, for evaluating the soundness of provisions within a tax system.

⁸⁵ See SURREY, *Pathways*, op. cit., pp. 35–39 («Before we analyze the tax expenditure program, we must first translate the tax language into expenditure results.»); SURREY & MCDANIEL, *Tax expenditures*, op. cit., pp. 80–82; GOLDBERG, op. cit., p. 26 («Tax expenditure analysis converts special tax provisions and tax incentive provisions, whether in the form of exclusions, deductions or credits, into their economically equivalent spending provisions. In that manner, those provisions can be analyzed and evaluated more clearly than if buried in the tax code.»).

viewed with skepticism. The next question would be whether the simplification and coordination gains that might result from putting the program into the tax system — and this is the focus of Weisbach's and Nussim's analysis — would be large enough to transform an appalling direct expenditure program into an acceptable tax provision. The answer is likely no⁸⁶ but Weisbach and Nussim seem to regard the inquiry as unimportant.⁸⁷ Instead, they apparently view the issue of simplification and coordination gains as determinative when we believe that it should be only one factor in a broader analysis.

3. The Suspect Status of Tax Expenditures and the Need for Compulsory Identification

We see a second difficulty with Weisbach's and Nussim's contention that they can skip over the question of whether a tax provision is or is not an element of a normatively correct income definition and move directly to deciding if a contemplated subsidy or incentive can best be delivered as a tax expenditure or as a direct expenditure. They argue that the only important question is which of these approaches provides the best delivery mechanism.⁸⁸

Weisbach and Nussim state that in framing their analysis «we generally will discuss only comparisons between direct grants and tax subsidies.»⁸⁹. The broader significance of this point is that base-defining tax deductions and exclusions are not subsidies or incentives to any extent and are therefore privileged under Weisbach's and Nussim's form of analysis because base-defining provisions do not have to compete against direct expenditure alternatives. Likewise, base-defining deductions and exclusions are excused from the high level of scrutiny that TEA imposes on subsidies and incentives and are also privileged to that extent.

⁸⁶ See SURREY, *Pathways*, op. cit., p. 37 («Almost any of these tax expenditures is seen as woefully unfair or inefficient when cast as a direct expenditure program.»). If a tax expenditure is unfair, inefficient, or both as a direct expenditure program, it is difficult to see how transforming it into a tax expenditure makes it a worthy government program.

⁸⁷ See WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 957 («The decision to implement a 'nontax' program through the 'tax system' has little or nothing to do with tax policy. Instead, the tax expenditure decision, . . . or the decision to combine tax and spending programs, is solely a matter of institutional design.»).

⁸⁸ Id. at 963–64.

⁸⁹ Id. at 964.

With respect to TEA, this status of privilege has troubled two other commentators who are critics of TEA, Professors Douglas Kahn and Jeffrey Lehman, because it means that under TEA, Code provisions are subject to radically different burdens of justification depending on whether they are components of the normative tax base or deviations and, therefore, tax expenditures. Kahn and Lehman object to this disparate treatment and seem to suggest that all Code provisions should face the same level of scrutiny. There seems to be little practical interest in eliminating the burden of proof difference between normative base-defining provisions and tax expenditures by subjecting the former to the same degree of scrutiny as the latter. This likely reflects an intuitive judgment that if a Code provision effectively transfers federal money to private beneficiaries, it requires a higher level of justification than a provision that is a necessary element of a normatively correct tax base.⁹⁰

For this and other reasons, it remains and it is likely to remain the case that normative base-defining provisions occupy a comparatively privileged position under TEA because they are self-justifying and that this would also be true if the Weisbach and Nussim approach were adopted. By contrast, tax subsidies and incentives that are not elements in defining the normative tax base are «presumptively suspect»⁹¹ and required to endure heightened scrutiny under both TEA⁹² and, to a lesser extent, the Weisbach and Nussim approach.

This conclusion leads us back to Professors Weisbach and Nussim and their suggestion that the question of whether a tax subsidy or incentive is a deviation from the normative tax base is irrelevant. Advocates of tax incentives and subsidies know that the rigorous scrutiny required by TEA is often toxic to their interests and they would immediately recognize that even the

⁹⁰ See LEONARD E. BURMAN, *Is the Tax Expenditure Concept Still Relevant?*, 56 Nat'l Tax J. 613, 614 (2003) («The purpose of the tax expenditure estimates is to subject spending programs administered through the tax code to the same Congressional scrutiny and control as direct expenditures.»); SULLIVAN, *Tax Incentives*, op. cit., p. 26 («If, however, lobbyist-legislator-advocates claim that tax breaks provide a tax incentive, the tax break must be held to a higher standard: Does the tax incentive help the economy? . . . [It does] if its economic benefits outweigh its economic costs.»).

⁹¹ See GOLDBERG, op. cit., p. 26. As aptly stated by one leading tax economist: «The burden of proof, in effect, always remains with the advocates for discrimination.» STEUERLE, *Consensus*, op. cit., p. 371.

⁹² See WEISBACH & NUSSIM, op. cit., at 974 n.49 («Following the goal of Surrey's work, the principal consequence of categorizing a program as a tax expenditure is the application of regular government budgetary analysis and scrutiny.»).

lower bar imposed by the Weisbach and Nussim approach presents a risk that their pet provisions might go down. Thus, in the present world of TEA, taxpayers have resisted having tax subsidies that benefit them identified as departures from the normative baseline⁹³ and they would continue to do so if the Weisbach and Nussim approach were adopted. Consequently, something is needed to compel identification of deviations from the normative tax base and force them to undergo examination.

Both our and Surrey's version of TEA provides the necessary device through the principle that departures from the normative income baseline are tax expenditures. The Weisbach and Nussim approach, by contrast, disavows the use of any such device and provides no guidance for situations in which taxpayers argue that particular provisions that look like tax subsidies and incentives are actually elements of the normative tax base.⁹⁴

4. *Narrow Versus Broad Cost/Benefit Analysis*

We have previously suggested that the Weisbach and Nussim approach to cost/benefit analysis has an additional problem — although it is rigorously reasoned, it is also very narrow.

By contrast, TEA provides a cost/benefit framework within which to answer the question on which Professors Weisbach and Nussim are focused (simplification and coordination versus specialization)⁹⁵ but that also requires a broader inquiry that includes critical issues, such as distributional fairness, distortive effects, and general effectiveness,⁹⁶ in addition to coordination, governmental simplification, and specialization.

⁹³ See SUGIN, *op. cit.*, pp. 417–18.

⁹⁴ This same criticism applies to Victor Thuronyi's proposal to replace TEA with a concept of "substitutable tax provisions." See THURONYI, *op. cit.*. Weisbach and Nussim stipulate that recognizing «the functional equivalence of putting a program in the tax system or somewhere else» is a «key insight.» WEISBACH & NUSSIM, *op. cit.*, p. 958. They do not, however, seem to see a need for demanding recognition of this equivalence when a select group of taxpayers, Treasury, and/or Congress would prefer to ignore it.

⁹⁵ Professors Weisbach and Nussim provide a thoughtful demonstration of how cost/benefit analysis applies to their focus issue by discussing the possibility of integrating the food stamp program into the income tax system. See WEISBACH & NUSSIM, *op. cit.*, pp. 997–1023; see also TODER, *op. cit.*, pp. 368–69.

⁹⁶ See PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, *op. cit.*, p. 83 («The Panel believes that . . . tax preferences should be treated like any direct spending program, and should be evaluated by policymakers based on objective criteria, such as their cost, the distribution of their benefits, overall effectiveness, and the appropriateness of administering

5. *When Only a Tax Expenditure Can Be Enacted*

In certain circumstances, tax expenditures can be used to accomplish worthy governmental objectives that could not otherwise be done through the legislative system.⁹⁷ The implication is that TEA is badly flawed in this setting because it is an obstacle to the accomplishment of desirable goals when a tax expenditure is the only feasible alternative for enacting the governmental program.⁹⁸

This argument is not grounds for excusing the tax expenditure from rigorous cost/benefit analysis; the fact that a tax expenditure is the only politically acceptable possibility is a relevant consideration in determining whether to house the program in the tax system or the direct expenditure system. This consideration, however, should not be conclusive.

6. *Conclusion*

According to Professors Weisbach and Nussim, TEA is faulty because «the theory ultimately falls back on tax policy for recommendations.»⁹⁹

In our view, this is only partially correct as a description and it is not well-founded as a criticism. TEA does, indeed, rely on tax policy to determine whether recasting and cost/benefit analysis should be invoked but we conclude that tax policy is appropriate for this purpose. Moreover, the cost/benefit analysis envisioned by TEA is not a pure tax policy exercise. It involves the integration/specialization tradeoffs that concern Weisbach and Nussim and other nontax-system issues (such as whether to have a program at all) as well as tax system concerns (such as fairness and complexity within

them through the tax system.»).

⁹⁷ See generally EUGENE STEUERLE, *Summers on Social Tax Expenditures: where he's wrong ... or at least incomplete*, 89 Tax Notes 1639 (December 18, 2000) [hereinafter SUMMERS on social tax expenditures II]; MARTINA SULLIVAN, *Tax Expenditure Budget, now more than ever*, 86 Tax Notes 1187 (Feb. 28, 2000) [hereinafter SULLIVAN].

⁹⁸ At the Tax Foundation's November 16, 2000 national conference, then Treasury Secretary Lawrence H. Summers praised the Clinton administration's education tax credits and stated that the tax policy community is «a tad theological in resisting bringing tax expenditures into the system.» CHRISTOPHER BERGIN, *Summers Says It's Important to Promote "Values" Through the Code*, 89 Tax Notes 994, 994 (Nov. 20, 2000); see also WIEDENBECK, *Paternalism and Income tax Reform*, 33 U.Kan.L.Rev.675, (1985) (defending tax expenditures on the ground that they accomplish worthy governmental objectives that could not be accomplished through explicit direct expenditure programs due to public perceptions/political concerns).

⁹⁹ WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 958.

the tax system).¹⁰⁰ In other words, TEA makes tax policy concerns only one element, but an appropriate and important element, in this mix.

C. *Is TEA a Rule of Automatic Disqualification or Acceptance?*

Some critics of TEA have argued that it functions as a rule of automatic, or nearly automatic, disqualification for all Code provisions labelled as tax expenditures.¹⁰¹ This supposed feature of TEA is said to give undue weight to the definition of tax expenditure, particularly in cases where experts disagree over whether provisions are or are not deviations from the normative baseline.

Our view is that TEA does not automatically disqualify a tax expenditure program but, instead, triggers appropriately heightened scrutiny and a serious cost/benefit analysis of the program.¹⁰² The failure of many tax expenditures to pass muster under the analysis that we advocate is due to their inherent weakness and not to an automatic effect of TEA. It should also be noted that a provision that escapes the tax expenditure label because it fits within the SHS definition of income is not automatically acceptable. Such a provision must still be examined in the light of other tax policy criteria, including enforceability, administrability, economic efficiency, simplification, and revenue yield.

D. *Hidden Agenda?*

Some have suggested that Surrey's advocacy of TEA was a pretext to advance his agenda of a broad-based progressive income tax¹⁰³. The validity of this suggestion is uncertain with respect to progression because Surrey, although concerned about progressive rates being undermined¹⁰⁴ by tax expenditures that disproportionately benefit upper-income taxpayers¹⁰⁵,

¹⁰⁰ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 5–6.

¹⁰¹ See BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 414; BORIS I. BITTKER, *Income Tax "Loopholes" and Political Rhetoric*, 71 Mich. L. Rev. 1099, 1113 (1973); BLUM, *Book Review*, op. cit., p. 490; KAHN & LEHMAN, op. cit., pp. 1662–63; SHAVIRO, op. cit., pp. 201–02; THURONYI, op. cit., p. 1165; WEISBACH & NUSSIM, op. cit..

¹⁰² See SUGIN, op. cit., pp. 416–26.

¹⁰³ See BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 414; SHAVIRO, op. cit., pp. 189, 201–02, 204–05 («TEA seems to be viewed in many circles as logically dubious special pleading in support of a particular policy agenda.»).

¹⁰⁴ See SURREY, *Pathways*, op. cit., at 68–72; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 103, 108–11.

¹⁰⁵ I.e., tax expenditures structured as deductions, exclusions, exemptions, and deferral of

did not consider the tax expenditure concept as applying to the personal exemptions or to those rate brackets that are below the highest rate in the individual rate tables¹⁰⁶. Moreover, if the point concerning a broad base is meant as criticism, it is a curious reproach in view of the widespread agreement that the base broadening produced by eliminating tax expenditures is desirable because it mitigates the distortive effects of an income tax, particularly if at least some of the revenue produced by an enlarged tax base is used to finance tax rate reduction¹⁰⁷. From this standpoint, if TEA is a clandestine device for promoting base broadening, then it is a salutary tool for pursuing a widely shared tax policy goal.

E. Does TEA Overreach?

TEA has been criticized on a number of grounds for overreaching. We now examine that critique of TEA.

income recognition. See TODER, *op. cit.*, p. 366.

¹⁰⁶ See SURREY, *Pathways*, *op. cit.*, p. 13; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, *op. cit.*, pp. 185–86, 191–92, 220. For a discussion of this point. Surrey did, however, regard the rate brackets below the top corporate rate as tax expenditures. See SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, *op. cit.*, pp. 220–22.

¹⁰⁷ See STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 109TH CONG., *Macroeconomic Analysis of a Proposal to Broaden the Individual Income Tax Base and Lower Individual Income Tax Rates* 16 (Joint Comm. Print 2006); U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, *op. cit.*, pp. 7–11, 25; U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, *op. cit.*, p. 2; 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, *op. cit.*, pp. 13–14; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-06-1028T, *Individual Income Tax Policy: Streamlining Simplification and Additional Reforms Are Desirable* 21–22 (Aug. 2006); *Carroll Testimony*, *op. cit.*, p. 3; ALAN J. AUERBACH & KEVIN A. HASSET, *Introduction*, in *Toward Fundamental Tax Reform* 1, 2 (Alan J. Auerbach & Kevin J. Hassett eds., 2005); BRUCE BARTLETT, *Agenda for Tax Reform*, 105 *Tax Notes* 1531, 1532–33 (Dec. 13, 2004) [hereinafter BARTLETT, *Agenda*]; HEIDI GLENN, *Business Leaders Would Give Up Tax Breaks for Lower Rates*, 116 *Tax Notes* 324 (July 30, 2007); DOUGLAS HOLTZ-EAKIN, *The case for a consumption tax*, at 113 *Tax Notes*, 323, 375 (Oct. 23, 2006); PEARLMAN, *No Perfect Tax System*, *op. cit.*, p. 113; JOSEPH A. PECHMAN, *Erosion of the Individual Income Tax*, 10 *NAT'L TAX J.* 1, 2 (1957); JOEL SLEMROD, *My Beautiful Tax Reform*, in *Toward Fundamental Tax Reform* 135, 144 (Alan J. Auerbach & Kevin Hassett eds., 2005) [hereinafter SLEMROD, *Beautiful Reform*]; MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: Beyond the Conventional Wisdom: Rate Cuts Beat Expensing*, 118 *Tax Notes* 456 (Jan. 28, 2008); SULLIVAN, *Tax Incentives*, *op. cit.*, p. 23; TODER, *op. cit.*, p. 362; Weisbach & Nussim, *op. cit.*, p. 967–68; see also CORDIA SCOTT, *U.S. Must Broaden Tax Base, OECD Survey Says*, 103 *Tax Notes* 295 (Apr. 19, 2004) (stating that base broadening is desirable to produce additional revenue for federal deficit reduction).

1. Does TEA Imply That the Government Owns All of Your Income?

TEA has been the target of a rhetorical flourish created more for political speeches and writings than for thoughtful policy analysis.¹⁰⁸ According to this rhetoric, when TEA proponents characterize narrowly drawn tax reductions¹⁰⁹ as the equivalent of direct government expenditures, the proponents are implicitly arguing that the government's taxing power gives it a normative claim to all income earned by U.S. residents and, therefore, that all exclusions, deductions, credits, and tax rates that reduce income taxation below 100% are transfers of largesse from the Treasury to the tax reduction beneficiaries.¹¹⁰ This argument, however, cannot withstand scrutiny. TEA, cannot be interpreted as implying that the taxing power makes the federal government the owner of all income earned by U.S. residents unless TEA can be fairly understood as asserting that Congress has a normative obligation to adopt a generally applicable income tax and that 100% is the normatively correct rate for such a tax.¹¹¹ TEA does not, however, require the enactment of an income tax¹¹² and it does not, in fact, prescribe any particular level of generally applicable income taxation as normatively correct.¹¹³ Indeed, some critics have charged that TEA is logically flawed because it does not take a normative position with respect to the generally applicable rate or rates under an income tax on individuals. TEA regards the adoption of taxes and the setting of generally applicable rates of tax as policy matters properly controlled by Congress and TEA functions within the boundaries set by Congress's choices on those points, whatever they

¹⁰⁸ See THURONYI, *op. cit.*, p. 1178 («Politicians commonly attack the tax expenditure concept for assuming that our money belongs to the government and that the government is doing us a favor by not taxing it.»).

¹⁰⁹ These are tax reductions that are limited to particular activities, income sources, or taxpayers. See authorities cited *op. cit.*.

¹¹⁰ See, e.g., STAFF OF JOINT ECON. COMM., 106TH CONG., *Tax Expenditure: a Review and Analysis* 9 (Comm. Print 1999) [hereinafter STAFF OF JOINT ECON. COMM., *Review*]; BARTLETT, *The End*, *op. cit.*, p. 419; THURONYI, *op. cit.*, p. 1178; *The \$91 Billion Loophole*, Wall St. J., Mar. 20, 1975, p. 22; see also HEIDI GLENN, *Bush Administration Questions Value of Tax Expenditures List*, 91 Tax Notes 535 (Apr. 23, 2001) [hereinafter GLENN, *Questions*]; ANTHONY C. INFANTI, *A Tax Crit Identity Crisis? Or Tax Expenditure Analysis, Deconstruction, and the Rethinking of a Collective Identity*, 26 Whittier L. Rev. 707, 740–41 (2005); ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*, *op. cit.*, p. 979. One commentator has characterized this argument against TEA as “peculiar.” See BURMAN, *op. cit.*, p. 620.

¹¹¹ See SHAVIRO, *op. cit.*, p. 204.

¹¹² There is a strong normative case in favor of an income tax, but it rests on the ability-to-pay concept, coupled with the valuation difficulties associated with wealth taxes, and not on TEA.

¹¹³ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, *op. cit.*, pp. 61, 191–92.

might be.¹¹⁴ In other words, once a decision is made to have a tax on income, the ability-to-pay concept and other principles set normative parameters for the tax base, but the choice of a general rate, or table of general rates, applied to the tax base is largely free of normative constraints.¹¹⁵ Thus, if Congress elected a generally applicable U.S. federal income tax rate of only 1%, TEA would have nothing to say about that rate choice but, in that setting, TEA would apply the tax expenditure label to provisions of the tax statute that imposed a less than 1% rate on discrete classes of income.¹¹⁶ The larger point, however, is that because TEA does not advocate the adoption of any particular form or general level of taxation, it cannot fairly be characterized as implying that the congressional taxing power makes the federal government the owner of all income generated by U.S. residents.

2. Are Tax Expenditures Indistinguishable from Tax Cuts?

A second possible version of the charge that TEA overreaches is the assertion that TEA has no meaningful analytical power because there is no mathematical difference between a tax incentive or subsidy that lowers *X*'s tax bill by one dollar and tax relief for *X* in the form of a one dollar tax cut. The preceding tax cut/tax expenditure equivalency argument glosses over the fact that not all tax reductions are the same. For example, assume that the U.S. income tax has a single rate of 35% and *no exclusion for interest paid on state and local government bonds*. A reduction in the general rate from 35% to 30% would not be a tax expenditure because the reduction would not create preferential treatment for any particular activity or income source.¹¹⁷ Thus, it would simply be a tax cut. The creation of an exclusion for state and local government bond interest, however, would be a tax expenditure, not a mere tax cut, because it would preferentially carve out a class of income that is normatively includable in the base of an income tax. The late Professor Boris Bittker objected to the preceding distinction between a general rate reduction and a targeted preferential rate reduction. In short,

¹¹⁴ See SURREY, *Pathways* op. cit., p. 17; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 191–92.

¹¹⁵ As stated by one commentator: «Only the political process can ultimately decide such issues when there is a range of 'reasonable' compromises, as when basic principles by themselves do not really tell us how stimulative, progressive, or revenue-raising a tax system should be.» STEUERLE, *Consensus*, op. cit., p. 372

¹¹⁶ See SHAVIRO, op. cit., p. 204.

¹¹⁷ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., p. 191–92.

Bittker thought that the problem of deciding which rate cuts are, and are not, tax expenditures is unsolvable.¹¹⁸ Bittker's argument is a reasonable objection with respect to the aspect of TEA on which he was focused. To be specific, Bittker's analysis of general and targeted tax cuts was addressed to Surrey's hope that tax expenditures could be summed up and reflected in an accounting of total federal government outlays.¹¹⁹ Bittker's point was that an acceptably accurate total of tax expenditures is impossible if we cannot decide whether a tax cut is a tax expenditure or not.¹²⁰ In our view, Bittker's argument, though logically correct, is overstated.

Our primary concern is TEA's role in triggering a substantially higher level of scrutiny than applies to provisions that are elements of the SHS baseline.¹²¹ For that purpose, an accurate dollar total of tax expenditures is not important. Instead, the critical objective is to ensure that tax provisions with a subsidy or incentive element are carefully examined to see if they are justifiable. Thus, an investment credit and a rate cut that the context shows is to particular *activities* or income *sources* (as distinguished from particular income *classes*) should be subjected to TEA scrutiny, and we ought not to abandon that aspect of TEA even if we have difficulty in deciding whether Bittker's hypothetical rate cut that is directed at an economic class is actually a tax expenditure.

3. Should There Be a Special Dispensation for C Corporations?

Critics sometimes suggest that even if TEA is valid, its advocates overreach when they apply it to tax subsidies and incentives enjoyed with respect to the income of C corporations. This view rests on the fact that C corporation profits are subject to an entity-level tax in addition to the tax paid by shareholders on dividend income. This double tax regime is said to create penalty-like excess taxation of C corporation earnings that amounts to a negative tax expenditure or tax penalty for conducting business in the C corporation form of business enterprise. Thus, so the argument goes, tax subsidies and incentives granted to C corporations, or to shareholders with

¹¹⁸ See BITTKER, *Accounting*, op. cit., p. 252.

¹¹⁹ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 6, 25, 226; SURREY, *Full Accounting*, op. cit., p. 578; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 973.

¹²⁰ See BITTKER, *Accounting*, op. cit., p. 252.

¹²¹ In other words, we agree with Professor Shaviro's view that TEA is an important tax policy tool as well as a budget management tool. See SHAVIRO, op. cit., p. 218–19.

respect to C corporation dividends, merely mitigate a negative tax expenditure (the double tax regime) and do not result in a net transfer to the corporate beneficiaries.¹²²

Surrey responded to this point by arguing that once Congress has made a policy determination to impose a double tax regime on C corporations, double taxation is the normative baseline and tax subsidies and incentives in the form of preferential reductions in either the corporate income tax or the shareholder tax are deviations from that baseline and, therefore, tax expenditures.¹²³ This response is a variation of the argument used above to rebut the government owns- all-your-income canard and it strikes us as correct. Consequently, such corporate tax expenditures should be subject to recasting and rigorous cost/benefit analysis just the same as other tax expenditures.

F. Tax Norms Versus Social Values

Professors Kahn and Lehman have pointed out that although certain Code provisions deviate from the normative income tax base, some of these departures reflect non-tax societal norms. They have then argued that it is unacceptable to use TEA as a vehicle through which tax norms trump these and other value judgments of the American public.¹²⁴

We believe that this view misconstrues the role of TEA, which does not prohibit value-based departures from the normative definition of income. Instead, TEA requires that the costs and benefits of such departures be forthrightly acknowledged and weighed so that society will make informed decisions about the degree to which it wishes non-tax norms to trump tax norms and vice versa.

In any event, this criticism of TEA is largely irrelevant with respect to the international tax provisions that we examine below in Part VI of this article because those provisions are not manifestations of any value judgments by the American public. They are largely manifestations of successful lobbying

¹²² See 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 314, which stated: «The reduction or elimination of individual level tax on income from investment in corporate equities might not be a tax expenditure relative to a comprehensive income baseline because the income is taxed first at the corporate level. A similar line of reasoning suggests that in the case of corporations, expensing of R&E or accelerated depreciation are not tax expenditures because they offset the corporate tax penalty». See also BARTLETT, *The End*, op. cit., pp. 417, 419; SULLIVAN, *Tax Incentives*, op. cit., p. 24.

¹²³ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 4, 215.

¹²⁴ See, KAHN & LEHMAN, op. cit., p. 1662.

efforts by a relatively small but powerful group of multinational corporate taxpayers and their sophisticated tax advisers.

G. Zero Taxation as a Possible Norm

One could argue that the proper policy baseline is a world with no taxation so that subsidies and incentives in the form of reduced taxation or outright exemptions effectively bring us towards, or back to, the baseline and should not be characterized as tax expenditures.

Zero taxation is not a realistic policy choice in our complex and dangerous world. For this reason, a no-tax baseline is not a meaningful alternative and it should play no part in any serious critique of TEA.

H. Consumption Taxation as the Norm

A substantial number of leading commentators has expressed the belief that a normatively correct tax regime would exclude savings from the tax base or, alternatively, would include saved amounts in the tax base but exempt all returns thereon.¹²⁵

Surrey's muscular version of TEA rejected consumption as the normative tax base and took as its baseline the SHS definition of income,¹²⁶ which treats all amounts that are saved as income inclusions along with amounts which are consumed.¹²⁷

¹²⁵ See, e.g., JOSEPH BANKMAN & DAVID A. WEISBACH, *The Superiority of an Ideal Consumption Tax over an Ideal Income Tax*, 58 Stan. L. Rev. 1413 (2006); EDWARD J. McCAFFERY, *A New Understanding of Tax*, 103 Mich. L. Rev. 807 (2005) [hereinafter McCAFFERY, *New Understanding*]; DANIEL N. SHAVIRO, *Replacing the Income Tax with a Progressive Consumption Tax*, 103 Tax Notes 91 (Apr. 5, 2004). Regarding the views of the economics profession on this question, compare BARTLETT, *Agenda*, op. cit., at 1532 («Most economists now favor a consumption-based tax system.»), with ROBERT WHAPLES, *Do Economists Agree on Anything? Yes!*, 3 Economists' Voice 9 (2006), available at <http://www.bepress.com/ev/vol3/iss9/art1> (reporting on a 2005 survey of randomly selected members of the American Economics Association in which the mean average response to the question of whether the United States should replace the income tax with an equivalent consumption tax was in the range of "neutral" to "disagree").

¹²⁶ See SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 3–4; see also GOLDBERG, op. cit., p. 26.

¹²⁷ See SIMONS, op. cit., p. 50.

The vigorous debate regarding the SHS income tax base versus the consumption tax base has generated a vast literature without coming even close to resolving the dispute.¹²⁸

For purposes of this article, we simply note that consumption *with a general exclusion for savings* has not been adopted as the baseline for the federal income tax and is unlikely to be adopted within the foreseeable future.¹²⁹ Consequently, we will proceed to discuss TEA in the light of the SHS baseline.

I. Not So Fast! Hasn't Our Hybrid Income/Consumption Tax Evolved into Primarily a Consumption Tax?

TEA critics contend that although the federal income tax is not a full-bore consumption tax, it has so many important consumption tax features that it is at least a hybrid income/consumption tax.¹³⁰ Accordingly, so the argument goes, it is unrealistic to use income tax concepts as the baseline for identifying deviations and classifying them as tax expenditures.¹³¹ The implication of this contention is either that there is no feasible baseline¹³² with the result that TEA must be discarded or that the proper baseline is consumption taxation so that all existing tax expenditures that create consumption tax results are no longer tax expenditures.¹³³

The consumption tax features of our current income tax system, however, are more constrained than the preceding argument suggests.

Moreover, most of the income tax system's currently existing consumption tax features were adopted to effectuate discrete federal objectives, and

¹²⁸ See, e.g., SLEMMOD & BAKIJA, *op. cit.*, pp. 233–71; ANDREWS, *Cash Flow Personal Income Tax*, *op. cit.*; WILLIAM D. ANDREWS, *Fairness and the Personal Income Tax: A Reply to Professor Warren*, 88 Harv. L. Rev. 947 (1975); J. CLIFTON FLEMING, JR., *Replacing the Federal Income Tax with a Postpaid Consumption Tax: Preliminary Thoughts Regarding a Government Matching Program for Wealthy Investors and a New Tax Policy Lens*, 59 SMU L. Rev. 617 (2006) [hereinafter FLEMING, *Postpaid Consumption Tax*]; BARBARA H. FRIED, *Fairness and the Consumption Tax*, 44 STAN. L. REV. 961 (1992); MCCAFFERY, *New Understanding*, *op. cit.*; ALVIN C. WARREN, JR., *Fairness and a Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax*, 88 Harv. L. Rev. 931 (1975); WARREN, *op. cit.*.

¹²⁹ See HARRY WATSON, *Implicit Taxes*, in *Encyclopedia*, *op. cit.*, p. 185.

¹³⁰ See PAUL H. O'NEILL & ROBERT A. LUTZ, *Unlimited Savings Allowance (USA) Tax System*, 66 Tax Notes 1485 (Mar. 10, 1995) [hereinafter *USA System*].

¹³¹ See *id.* p. 1564.

¹³² See FLEMING, *Postpaid Consumption Tax*, *op. cit.*, pp. 620–28; *USA System*, *op. cit.*, p. 1564.

¹³³ See *USA System*, *op. cit.*, p. 1564.

their consumption tax effects are secondary consequences of those other objectives.

For these reasons, there is a strong case for characterizing the current federal income tax as an SHS tax levy with targeted tax expenditures and concessions to administrative necessity, rather than as a hybrid income/consumption tax.

This treatment becomes compelling when we consider that tax expenditures structured on the basis of consumption tax principles will “work” only if the baseline income tax is an SHS levy.

The better conclusion is that the federal income tax is an SHS tax with targeted tax expenditures (subject to the understanding that a practical SHS tax operates with a realization principle).¹³⁴ Most importantly, this conclusion supports using an SHS baseline for TEA purposes and legitimizes inquiries into whether the consumption tax features of the present income tax are tax expenditures and, if so, whether they can survive recasting and cost/benefit scrutiny.

J. Indeterminacy

Other critics have argued that uncertainties regarding both the SHS baseline and the items that should be included in the tax expenditure list give TEA a degree of conceptual indeterminacy that substantially limits its usefulness as a policy tool.¹³⁵ These critics also argue that the conceptual validity of TEA is thrown into question by the practice of omitting certain items from the tax expenditure list even though they represent departures from the SHS baseline.¹³⁶

The most important point to be made here, however, is that regardless of the debates over the precise scope of the SHS income definition and the inclusion, or not, of certain items in the catalogue of tax expenditures, the government agencies that annually create tax expenditure lists have achieved a remarkable degree of consensus. This demonstrates that such

¹³⁴ See HANNA, *op. cit.*, p. 449 («The United States tax system is primarily an income tax system but has elements of a consumption tax system.»). See generally AVI-YONAH, *Three Goals*, *op. cit.*, at 24–25 (arguing that targeted savings and investment incentives that operate by conferring consumption tax treatment are effective only within an income tax system).

¹³⁵ See generally BARTLETT, *The End*, *op. cit.*; KAHN & LEHMAN, *op. cit.*

¹³⁶ See BARTLETT, *The End*, *op. cit.*, pp. 415–16; BITTKER, *Accounting*, *op. cit.*, p. 250. For a list of such items, see 2007 ANALYTICAL PERSPECTIVES, *op. cit.*, p. 320.

definitional disputes are largely at the margins and that TEA has a settled core that makes it a useful analytical tool,¹³⁷ notwithstanding the intense criticism that it has endured.

K. Inaccuracy

One of Surrey's reasons for promoting TEA was to facilitate disclosure of the full cost of the federal government by producing estimates of revenue losses from tax expenditures that could be added to the totals of direct congressional appropriations.¹³⁸ Critics have argued that TEA cannot fulfill this role because the repeal of one or more tax expenditures would produce both positive and negative secondary revenue effects that are hard to quantify and make estimates of tax expenditure revenue losses inherently uncertain.

In our view, the imprecision in TEA cost estimates does not significantly undercut the effectiveness of TEA as an analytical tool of tax policy.

L. What Professor Bittker Actually Concluded

Professor Boris Bittker was one of the earliest and most thoughtful skeptics regarding TEA¹³⁹ and more recent critics have relied on his work.¹⁴⁰ Consequently, it is interesting to recall that his bottom-line verdict on TEA was the following:

¹³⁷ See BURMAN, *op. cit.*, pp. 618, 626; ROIN, *op. cit.*, pp. 605–08, 610–14; SUGIN, *op. cit.*, pp. 416–19; LINDA SUGIN, *What Is Happening to the Tax Expenditure Budget?*, 104 *Tax Notes* 763 (July 5, 2004). Surprising support came from the Bush administration's OMB, which stated: The information in the tax expenditure tables can be useful to policymakers and the public. Potentially, it indicates how the current tax code deviates from an ideal tax system. . . . Despite the conceptual limitations, the tables of tax expenditures have provided tax reformers with information about where the tax code deviates from a defined baseline and about tax preferences that ought to be limited or even eliminated to improve the tax code. FOSTER LETTER, *op. cit.*, in GAO, *FEDERAL COMMITMENT*, *op. cit.*, p. 84; see also CHARLES DAVENPORT, *Tax Expenditure Analysis as a Tool for Policymakers*, 11 *Tax Notes* 1051, 1052 (Oct. 6, 1980) («The only people who think there is a serious definitional problem are academics.»); McIntyre, *op. cit.*, pp. 94–101 (arguing that the difficulties of defining tax expenditures can be obviated by treating as tax expenditures all tax provisions that are justified on subsidy or incentive grounds); SURREY & MCDANIEL, *Current Developments*, *op. cit.*, at 228 (arguing on similar grounds).

¹³⁸ See SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, *op. cit.*, p. 6, 25, 226.

¹³⁹ See, e.g., BITTKER, *Accounting*, *op. cit.*; BITTKER, *Personal Expenditures* *op. cit.*.

¹⁴⁰ See STAFF OF JOINT ECON. COMM., *Review*, *op. cit.*, p. 6; BARTLETT, *The End*, *op. cit.*, pp. 414–15; KAHN & LEHMAN, *op. cit.*, at 1663 n.8; see also SHAVIRO, *op. cit.*, p. 205.

Would it be useful, then, to have a more limited accounting, one that confined itself to estimating the cost of departures from the Haig-Simons definition, without attempting to account for the “cost” of such structural provisions as the joint return, rate schedules, taxable periods, tax exemptions, and other aspects of existing law for which that definition provides no normative model? Yes, in my opinion: like the revenue estimates that usually accompany the Treasury’s recommendations for statutory changes, such calculations could provide information that would be helpful in applying our political, economic, and ethical criteria in making policy judgments about the income tax system. Assuming a consistent use of the Haig-Simons definition, moreover, these estimates would help to *show whether the departures of existing law are skewed in a particular direction, and whether some departures counterbalance rather than reinforce the others* — matters of much importance for the person who acknowledges that some departures are unavoidable, but who wants nevertheless to approach as closely as possible to the Haig-Simons ideal. Finally, such a set of estimates would *permit statutory provisions that depart from the Haig-Simons definition to be judged on their merits*, free of the criticism that the non-disclosure of their cost automatically makes them inferior to subsidies as devices for achieving their objectives, since these instances of “back-door spending,” if disclosed, would be no more surreptitious than «front door spending.»¹⁴¹

These comments are consistent with our view that TEA’s most important function is to trigger rigorous scrutiny of tax provisions that depart from the SHS baseline and that its imperfections do not justify abandoning its benefits. The defects of TEA are real, but TEA can nevertheless continue to serve an important function in tax policy analysis. If anything, the growth of tax expenditure programs during the past three decades¹⁴² makes TEA even more important in today’s policy world.

¹⁴¹ BITTKER, *Accounting*, op. cit., pp. 260–61 (emphasis added); see also SHAVIRO, op. cit., p. 203. Another TEA critic, Professor Zelinsky, has also acknowledged the positive influence of TEA on the tax policymaking process: «Despite my reservations about the classification of items as normative or subsidizing, I believe that on balance, the tax expenditure budget has improved the quality of tax discussion and policymaking, forcing greater scrutiny of the Code and proposals to change it.» ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., p. 1168 n.14; see also ZELINSKY, *Response*, op. cit., pp. 893–94 («Professor Surrey and his followers have performed a service of inestimable value by demonstrating the equivalence between direct and tax expenditures, exposing the fallacy that tax expenditures are costless, establishing annual accounting of tax expenditures, and highlighting the possible inequities and inefficiencies of such expenditures.»).

¹⁴² See GAO, *Federal Commitment*, op. cit., pp. 19–23.

M. The Limited Success of TEA

Although the President's annual budget and the annual report of tax expenditures by the Joint Committee on Taxation provide comprehensive lists of tax expenditures, there is, regrettably, no institutionalized structure for regularly and comprehensively submitting tax incentives and subsidies to recasting and cost/benefit analysis.¹⁴³ Instead, TEA is usually employed *ad hoc* in response to proposals for new tax expenditures (both to review the new proposals and to determine if existing tax expenditures should be repealed to pay for the new ones) and in response to broader tax reform programs.¹⁴⁴ Various commentators have suggested governmental arrangements and methods that would ensure more regular cost/benefit review of tax expenditures¹⁴⁵ and we hope that those suggestions will be fully explored and will bear fruit. Such suggestions are not, however, within the scope of this article. Rather, our principal point is that even with the limitations resulting from its present *ad hoc* application, TEA is a valuable tax policy tool that has had a positive influence on the tax legislative process.¹⁴⁶

Nevertheless, TEA has met with less than complete success. Tax expenditures, whether defective or well-conceived, have continued to grow in number¹⁴⁷ and Professor Surrey's hope «that tax expenditures once identified [would] be converted into direct expenditures or repealed altogether, has made little if any headway.»¹⁴⁸ However, the complaints lodged against TEA by advocates of tax incentives and subsidies¹⁴⁹ suggest that TEA has had a restraining effect and that without its presence tax expenditure growth would

¹⁴³ See *id.* pp. 58–71; BURMAN, *op. cit.*, pp. 622–26; FOSTER LETTER, *op. cit.*, p. 4, in GAO, *Federal Commitment*, *op. cit.*, p. 85; HUNGERFORD, *op. cit.*, p. 328.

¹⁴⁴ See FOSTER LETTER, *op. cit.*, p. 4, in GAO, *FEDERAL COMMITMENT*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁵ See, e.g., GAO, *Federal Commitment*, *op. cit.*, pp. 73–74; MARY L. HEEN, *Reinventing Tax Expenditure Reform: Improving Government Program Oversight Under the Government Performance and Results Act*, 35 Wake Forest L. Rev. 751 (2000).

¹⁴⁶ See BURMAN, *op. cit.*, p. 626; ROIN, *op. cit.*, pp. 605–08, 610–13; SUGIN, *op. cit.*, pp. 416–17.

¹⁴⁷ See GAO, *Federal Commitment*, *op. cit.*, pp. 19–23.

¹⁴⁸ SHAVIRO, *op. cit.*, p. 187 (citations omitted). One TEA critic, Professor Zelinsky, has suggested that one reason that TEA has been unsuccessful in eliminating tax expenditures is a framing effect phenomenon, under which support for a government program varies depending on whether it is framed as a direct program or tax subsidy. See EDWARD A. ZELINSKY, *Do Tax Expenditures Create Framing Effects? Volunteer Firefighters, Property Tax Exemptions, and the Paradox of Tax Expenditure Analysis*, 24 Va. Tax Rev. 797 (2005).

¹⁴⁹ See STAFF OF JOINT ECON. COMM., *Review*, *op. cit.*, p. 6; BARTLETT, *The End*, *op. cit.*, p. 420.

have been even more robust. Moreover, TEA continues to provide both a tool for asking the right questions about tax incentives and subsidies and a goad to the Treasury Department and Congress to do so. TEA helps promote transparency and accountability in the process of enacting government programs through the tax system and makes it more difficult for politicians to hide what they are really doing in terms of government spending. In short, given the continuing pressures on the Executive Branch and Congress to use tax expenditures in lieu of direct expenditure programs as a way to lessen political accountability for such actions, TEA or something very much like it is as important as it ever was.¹⁵⁰

V. Cost/Benefit Analysis

As has been noted many times in this article, the appropriate labeling of a tax provision as a tax expenditure (i.e., properly classifying a statutory provision as a tax expenditure) does not call for automatic rejection of the provision. Instead, it calls for a cost/benefit analysis¹⁵¹. Because tax expenditures are so varied, this cost/benefit analysis will usually have to be done on a case-by-case basis; a mandatory template seems inadvisable. Nevertheless, the following questions will be relevant in most cases¹⁵²:

¹⁵⁰ See also ROBERT J. PERONI, *Tax Reform interrupted: the Chaotic State of Tax Policy*, in 2003, 35 McGeorge L. Rev. 277, 317 (2004).

¹⁵¹ SURREY, *Pathways*, op. cit., at viii; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 25–27; SHAVIRO, op. cit., pp. 209, 221. Professor Surrey argued that tax expenditures had certain characteristics that usually made them inferior to direct expenditures as a method for implementing government programs. See SURREY, *Pathways*, op. cit., pp. 134–54; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 102–17. These characteristics are not automatic disqualifiers. Instead, they should be woven into questions 2 and 3 of the cost/benefit analysis listed *infra* text accompanying notes 302–04. For critiques contending that some of Surrey's points regarding the general inferiority of tax expenditures are overstated, see ROIN, op. cit., p. 612; TODER, op. cit., pp. 366–68; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., pp. 978–79; ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*, op. cit., pp. 1026–33; ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., pp. 1194–1207.

¹⁵² These questions, however, may need to be modified in appropriate cases. For example, question 1 would have to be modified in a case where an argument can be made in favor of having a government program but interpretation of the relevant constitutional case law would allow an indirect tax subsidy to be used but not a direct expenditure program (e.g., the charitable deduction under section 170 for gifts to religious organizations). In such a case, question 1 would be modified to ask whether the direct program analogue would be acceptable, assuming that such a program was constitutionally permissible. For more detailed approaches to structuring

1. Is the tax expenditure an acceptable governmental program when recast as an analogous direct expenditure program?
2. If the answer to the preceding question is yes, do the benefits of the tax expenditure outweigh its costs, including its undesirable effects and its costs of administration?¹⁵³
3. If the answers to both of the preceding questions are yes, can the tax expenditure's benefits, nevertheless, be better achieved through a direct expenditure program?¹⁵⁴

If the answer to the third question is that a direct expenditure program is a better delivery mechanism for achieving the benefits of the program, then the tax provision in question should be retained only if other tax policy criteria support its retention. If the answer to the third question is negative (i.e., a direct expenditure provision would not be a superior method for achieving the benefits of the program), then the provision withstands

the cost/benefit analysis of a tax expenditure provision, see PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 83; THE CENTURY FOUNDATION WORKING GROUP ON TAX EXPENDITURES, *Bad Breaks All Around* (2002); SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 112–17; GENE STEUERLE, *Summers on Social Tax Expenditures: Where He's Right*, 89 *Tax Notes* 1481 (Dec. 11, 2000); STEUERLE, *Summers on Social Tax Expenditures II*, op. cit., p. 1639; SULLIVAN, *Tax Incentives*, op. cit., pp. 21–26. For discussions of the reasons why most tax expenditures fail under cost/benefit scrutiny, see SHAVIRO, op. cit., p. 202; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., pp. 973, 978.

¹⁵³ The costs of a tax expenditure should include the costs of administering the program through the tax system but there is no specific information available regarding the administrative costs of tax expenditures. See GAO, *Federal Commitment*, op. cit., p. 54; TODER, op. cit., p. 365. This information failure could make the costs of a tax expenditure program erroneously appear to be lower than the costs of an analogous direct expenditure program when, in fact, they are not lower. This problem obviously is most serious when the tax expenditure program being evaluated is particularly complex (as is true of most international tax provisions) so that the government is forced to incur substantial administrative costs to implement/enforce it.

¹⁵⁴ Professor Anne Alstott has noted that tax system-based governmental programs have certain inherent institutional limitations that need to be taken into account in answering this question: «less accurate targeting, less responsiveness to changing needs, and vulnerability to noncompliance.» ANNE L. ALSTOTT, *The Earned Income Tax Credit and the Limitations of Tax-Based Welfare Reform*, 108 *Harv. L. Rev.* 533, 589 (1995) (analyzing the earned income tax credit in section 32 as a mechanism for effecting welfare reform). By contrast, one TEA critic, Professor Zelinsky, takes the position that in many cases tax subsidies are preferable to their direct expenditure program analogues because «the committees and agencies that design and administer tax subsidies are less prone to capture by clientele groups, conform more closely to pluralist norms, and are better positioned to make decisions informed by expertise than their direct expenditure counterparts.» ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., p. 1194. Professor Zelinsky also defends many tax subsidies on economic efficiency grounds. See ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*, op. cit. .

scrutiny under TEA and is a good candidate for retention in the federal income tax system.

Different policy analysts may reach different conclusions based on this analysis. To take one example, a number of commentators have argued that the charitable contribution deduction in section 170 is an example of a tax expenditure provision that is an acceptable governmental program, the benefits of which exceed its costs (including, most particularly, its effects on tax administration and tax compliance), and which is superior to its direct governmental program analogue¹⁵⁵. Yet, other commentators have taken the position that the charitable contribution deduction is an inefficient tax expenditure and that a program of direct grants for charities (at least, nonreligious charities) would be more effective¹⁵⁶. This latter point of view has generally prevailed among the tax policy commentators but not with the U.S. Congress, which to date has been unwilling to repeal (or even substantially reduce) the charitable contribution tax subsidy. Although tax reform proponents are not pleased with this outcome, the debate has at least focused on the right questions and TEA has been a major factor in achieving that focus.

¹⁵⁵ See, e.g., RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 529 (7th ed. 2007) (concluding that the charitable contribution deduction may be more efficient in promoting charitable giving than a direct governmental program of charitable grants); FELDSTEIN, *op. cit.*, p. 99 (same; making use of extension of Ramsey theory of optimal commodity taxation in assessing the efficiency of the charitable contribution deduction); see also ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, *op. cit.*, pp. 1192–94 (arguing that in the charitable area, «there is less danger of religious interests' capturing tax institutions than direct expenditure agencies»). For an analysis of nonprofit tax policies as a tax expenditure program of providing foreign aid, see DAVID E. POZEN, Comment, *Tax Expenditures as Foreign Aid*, 116 *Yale L.J.* 869 (2007).

Some commentators have argued that the charitable contribution deduction is a base-defining provision rather than a subsidy. See ANDREWS, *Personal Deductions*, *op. cit.*, pp. 344–46. Under this view, the charitable contribution deduction would not even be subject to TEA. For a spirited critique of the Andrews theory for not treating the charitable contribution deduction as a subsidy, see MARK P. GERGEN, *The Case for a Charitable Contributions Deduction*, 74 *Va. L. Rev.* 1393, 1414–26 (1988).

¹⁵⁶ See, e.g., E.C. LASHBROOKE, JR., *An Economic and Constitutional Case for Repeal of the I.R.C. Section 170 Deduction for Charitable Contributions to Religious Organizations*, 27 *Duq. L. Rev.* 695 (1989); PAUL R. MCDANIEL, *Federal Matching Grants for Charitable Contributions: A Substitute for the Income Tax Deduction*, 27 *Tax L. Rev.* 377 (1972); YORIO, *Tax Reform Act of 1986*, *op. cit.*, pp. 422–23.

The Service is reportedly undertaking a study to determine whether it would make sense to replace the charitable contribution deduction in the Code with a direct government program in the form of a government match of charitable contributions. See DUSTIN STAMPER, *IRS Studying Bold Policy Replacement for Charitable Deduction*, 2007 *TNT* 115-7 (June 14, 2007).

VI. TEA and the U.S. International Income Tax Regime

In our judgment, Parts I through IV of this article have shown that regardless of its imperfections, TEA is a useful and powerful tool of tax policy analysis and that TEA is as important today as it was when it first achieved prominence in the United States in the 1960s. TEA, however, has been under-utilized in international taxation, which has grown in significance as cross-border transactions have become a more important part of the U.S. and world economies¹⁵⁷. As is true of the domestic tax area discussed earlier in this article, TEA can help focus tax policy analysts on the right questions in evaluating the efficacy of the international tax provisions in the Code and it is unfortunate that TEA has played such a small role in the international tax reform debates to date. One major objective of this article is to help remedy this deficiency. Accordingly, in this Part of the article, we apply TEA to three important elements of the U.S. system for taxing income derived by U.S. persons from business or investment activities conducted abroad — deferral of U.S. tax on income earned through a foreign corporation, cross-crediting, and the export sales source rule.

A. Deferral of U.S. Tax on Income Earned Through a Foreign Corporation

Under the current U.S. international tax rules, foreign-source income earned by a U.S. person directly, through an unincorporated branch, or through an entity taxed on a pass-through basis (i.e., a partnership or limited liability company that is treated as a partnership for U.S. tax purposes under the U.S. entity classification rules)¹⁵⁸ pays current U.S. tax on that income, subject to a direct foreign tax credit for creditable foreign taxes imposed on such income¹⁵⁹. By contrast, foreign-source income earned by

¹⁵⁷ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21ST Century 2* (Dec. 2007) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T., *Competitiveness Report*]; U.S. COMMERCE DEP'T, BUREAU OF ECON. ANALYSIS, *Transactional Tables: U.S. International Transactions in Goods and Services and U.S. International Transactions*, 85 Survey of Current Business D-64, D-65 (May 2005); U.S. COMMERCE DEP'T, BUREAU OF ECON. ANALYSIS, *Transactional Tables: U.S. International Transactions in Goods and Services and U.S. International Transactions*, 84 Survey of Current Business D-62, D-63 (Oct. 2004).

¹⁵⁸ See Treas. Reg. §§ 301.7701-2 (2007), -3 (2006). The entity classification rules of current law are often referred to as the “check-the-box” rules. For a discussion of these rules, see ROBERT J. PERONI, STEVEN A. BANK & GLENN E. COVEN, *Cases and Materials on Taxation of Business Enterprises* 40–48, 817–21 (3d ed. 2006).

¹⁵⁹ See, e.g., GUSTAFSON, PERONI & PUGH, *op. cit.*, at 34, 276, 443–44; 1 KUNTZ & PERONI,

a U.S. person through a foreign subsidiary corporation generally is not subject to U.S. tax until the income is repatriated through a distribution to the U.S. person or upon sale by the U.S. person of the foreign subsidiary's stock (i.e., the tax is "deferred")¹⁶⁰, unless one of the anti-deferral regimes in the Code applies¹⁶¹. Thus, the U.S. person obtains the benefit of deferral of the U.S. tax, which substantially reduces the effective rate of that tax. In fact, if the period of deferral is long enough, the present value of the future U.S. tax approaches zero and deferral becomes equivalent to exemption of tax on the foreign corporation's income¹⁶². Consequently, deferral has many of the same distortive effects on taxpayer behavior as would outright exemption of the foreign-source income from U.S. tax¹⁶³.

op. cit., B3.01; SCHOLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 288–90. For a detailed policy study by the Treasury Department on the deferral issue, see U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit.. For an earlier Treasury study on international tax reform, which included a significant discussion of the deferral issue, see U.S. TREAS. DEP'T, *International Tax Reform: An Interim Report 7–17*, 41–53 (Jan. 1993) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*].

¹⁶⁰ See, e.g., ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 171–72; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 34, 276, 443–44; 1 ISENBERGH, op. cit., 1.12; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., B3.01; SCHOLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 288–90; see also AULT & BRADFORD, op. cit., pp. 12, 27–28.

¹⁶¹ The two most important anti-deferral regimes are the Subpart F provisions that apply to a "controlled foreign corporation" (CFC), I.R.C. §§ 951–964, and the rules that apply to a "passive foreign investment company," I.R.C. §§ 1291–1298. See 3 BORIS I. BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts* chs. 69, 70 (rev. 3d ed. 2005); 3 ISENBERGH, op. cit., chs. 70–77, 80; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., chs. B2, B3. In our view, these anti-deferral regimes do not do enough to curtail the deferral subsidy, particularly in the light of the legislative changes made to them since 1996 that further reduce their effectiveness. See, e.g., ROBERT J. PERONI, *Deferral of U.S. Tax on International Income: End It, Don't Mend It — Why Should We Be Stuck in the Middle with Subpart F?*, 79 Tex. L. Rev. 1609, 1612 (2001) [hereinafter PERONI, *End It, Don't Mend It*]; PERONI, FLEMING, & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 488–92.

¹⁶² See, e.g., REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law* 124 (2007) [hereinafter AVI-YONAH, *International Tax as International Law*]; VITO TANZI, *Taxation in an Integrating World* 78 (1995); REUVEN S. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harv. L. Rev. 1573, 1593 n.70 (2000); FLEMING, PERONI & SHAY, *Fairness in International Taxation*, op. cit., pp. 339–40; DANIEL J. FRISCH, *The Economics of International Taxation: Some Old and New Approaches*, 47 Tax Notes 581, 584 (Apr.30, 1990); MICHAEL J. GRAETZ & MICHAEL M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L.J. 1021, 1065 (1997). For a recent article discussing U.S. companies that use deferral and other tax preferences to reduce their taxes to very low effective rates, see NANETTE BYRNES, *The Taxman Barely Cometh*, BUS. WK., Dec. 3, 2007, p. 56.

¹⁶³ See, e.g., GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 443–44.

This deferral subsidy encourages U.S. persons to shift their operations and investments abroad to low-tax foreign countries¹⁶⁴, even if their pre-tax returns on the investments in such foreign countries are below those on comparable investments in the United States¹⁶⁵. This deferral subsidy also serves as a barrier to repatriation of the U.S. person's share of the foreign corporation's foreign-source income because it encourages U.S. persons to favor retention of the earnings by the foreign corporation¹⁶⁶. The empirical

¹⁶⁴ See *id.*; MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: U.S. Multinationals Move More Profits to Tax Havens*, 102 Tax Notes 690 (Feb. 9, 2004); see also ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom*, 110 Tax Notes 979 (Feb. 27, 2006) (concluding that empirical analysis shows that aggressive tax planning strategies, which take advantage of deferral and the check-the-box entity classification regulations, played a greater role in the decline in the effective tax rates on the foreign income of U.S. multinationals during the period after 1996); DAVID HARRIS, RANDALL MORCK, JOEL SLEMROD & BERNARD YEUNG, *Income Shifting in U.S. Multinational Corporations*, in *Studies in International Taxation* 278 (Alberto Giovannini, R. Glenn Hubbard & Joel Slemrod eds., 1993) (empirical study reporting «cross-firm regression results that are consistent with the notion that multinational firms shift income from high-tax locations to the United States and from the United States to low tax locations»).

¹⁶⁵ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 7 («The combined benefits of the deferral of U.S. tax and the lower foreign corporate-level tax could cause a U.S. multinational corporation to prefer foreign investments with pretax returns substantially below those of otherwise comparable domestic investments.»); GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 444; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 987; PERONI, *End It, Don't Mend It*, op. cit., pp. 1613–14; ROBERT J. PERONI, *The Proper Approach for Taxing the Income of Foreign Controlled Corporations*, 26 Brook. J. Int'l L. 1579, 1583–84 (2001) [hereinafter PERONI, *The Proper Approach*]; see also J. CLIFTON FLEMING, JR., ROBERT J. PERONI & STEPHEN E. SHAY, *Deferral: Consider Ending It, Instead of Expanding It*, 86 Tax Notes 837, 837–38 (Feb. 7, 2000) [hereinafter FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 468–69. But see CHARLES I. KINGSON, *The Coherence of International Taxation*, 81 COLUM. L. REV. 1151, 1269–70 (1981) [hereinafter KINGSON, *Coherence*] (suggesting that deferral as a substantive tax policy issue has become less important as the problem of exporting jobs in the manufacturing sector has allegedly peaked and the supposedly less mobile trade and service industries become increasingly responsible for job creation in the United States).

¹⁶⁶ J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *Eviscerating the Foreign Tax Credit Limitations and Cutting the Repatriation Tax — What's ETI Repeal Got To Do With It?*, 104 Tax Notes 1393, 1406 (Sept. 20, 2004) [hereinafter FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*]. Thus, the U.S. tax is viewed as a barrier to repatriations and leads to what many commentators call the “lockout phenomenon,” i.e., foreign-source earnings that would otherwise be repatriated to the United States are locked out of the United States by the prospect of a U.S. income tax upon repatriation. See *id.* In 2004, Congress enacted a temporary relief measure in the form of a dividends-received deduction in section 965, which was intended to encourage repatriations of deferred earnings. See American Jobs Creation Act of 2004, Pub. L. No. 108-357, § 422, 118 Stat. 1418, 1514–19 (2004). For a tax policy critique of the section 965 deduction on fairness

studies, however, are inconclusive on the extent of the effect of repatriation taxes on location decisions of U.S. corporations¹⁶⁷.

To determine whether the deferral subsidy represents a departure from a normative baseline and, therefore, is a tax expenditure provision, we must first identify a baseline. In this context, we can articulate the baseline in three alternative ways.

The general principle of ability-to-pay. The principle that the income tax burden should be allocated among taxpayers in relation to their taxpaying abilities — the ability-to-pay principle — is the fundamental fairness norm underlying the U.S. federal income tax system. U.S. persons' foreign-source income confers ability-to-pay¹⁶⁸ but deferral allows U.S. persons to avoid current U.S. taxation with respect to foreign-source income earned through a foreign corporation. Thus, even though the U.S. income tax system has incorporated some significant features of a consumption tax base by exempting certain types of savings from current taxation, the deferral subsidy is a departure from the general ability-to-pay baseline¹⁶⁹.

and economic efficiency grounds, see FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, *supra*. For a critique of the section 965 deduction as a tax amnesty program, see CRAIG M. BOISE, *Breaking Open Offshore Piggybanks: Deferral and the Utility of Amnesty*, 14 Geo. Mason L. Rev. 667 (2007).

¹⁶⁷ See DAVID L. BRUMBAUGH, *Tax Exemption for Repatriated Foreign Earnings: Proposals and Analysis* 7 (Cong. Res. Service, Oct. 22, 2003); HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Taxing International Business Income: Dividend Exemption Versus the Current System* (2001) [hereinafter GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*]; ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Repatriation Taxes, Repatriation Strategies and Multinational Financial Policy*, 87 J. Pub. Econ. 73 (2003) [hereinafter ALTSHULER & GRUBERT, *Repatriation Taxes*]; ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Where Will They Go if We Go Territorial? Dividend Exemption and the Foreign Location Decisions of U.S. Multinational Corporations*, 54 Nat'l Tax J. 787 (2001); MIHIR A. DESAI, C. FRITZ FOLEY & JAMES R. HINES, JR., *Repatriation Taxes and Dividend Distortions*, 54 Nat'l Tax J. 829 (2001); FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, *op. cit.*, p. 1410. Moreover, a 2007 Treasury background paper stated that «comparisons of the behavior of corporations with and without excess foreign tax credits suggest that the repatriation tax must not be imposing a significant burden.» U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, *op. cit.*, p. 51.

One major reason for this is the various techniques that U.S. corporations can use to avoid the repatriation tax on dividends while still having cash flow to the U.S. parent corporation. *Id.*; see, e.g., ALTSHULER & GRUBERT, *Repatriation Taxes*, *op. cit.*, p. 74; FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, *op. cit.*, p. 1410.

¹⁶⁸ See, e.g., AULT & BRADFORD, *op. cit.*, p. 27 (U.S. system of taxing the worldwide income of its citizens and residents «reflects the conception of income as a measure of ability to pay»).

¹⁶⁹ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Fairness in International Taxation*, *op. cit.*, pp. 353–54; PERONI, *Back to the Future*, *op. cit.*, pp. 981–82; see also TANZI, *op. cit.*, pp. 77–78 (stating that residence-based taxation of international income is superior to source-based taxation on both allocative and equity grounds).

The anti-deferral tax concept supporting the imposition of the corporate income tax. The corporate income tax serves a critical anti-deferral function, although it is admittedly a crude, second-best anti-deferral mechanism. Without the corporate income tax, C corporation shareholders would be able to completely defer taxation of business income earned through the corporation until they withdrew the earnings from the corporation (or sold their stock); the corporate income tax attempts to prevent that from happening by imposing a current income tax on a C corporation's net earnings. Because deferral of U.S. tax on foreign-source income earned through a foreign C corporation owned by U.S. persons allows avoidance of current imposition of the corporate income tax, deferral undercuts the anti-deferral function of the corporate tax system and, thus, is a departure from the corporate income tax baseline.

The general current business taxation regime. The general approach of the U.S. income tax system is to impose current tax on business income earned by a U.S. person, whether that income is earned through an unincorporated branch, a sole proprietorship, a flow-through entity (i.e., a partnership, a limited liability company taxed as a partnership for federal income tax purposes, or an S corporation), or an entity taxed as a C corporation for federal income tax purposes¹⁷⁰. Deferral with respect to foreign-source income earned by U.S. persons through a foreign corporation is a deviation from this general approach. Thus, the deferral privilege is a significant departure from the current taxation of business income that generally prevails within the present income tax system¹⁷¹. This departure creates a preference for foreign-source income and encourages taxpayers to shift business and investment activities from the United States to low-tax foreign countries¹⁷².

¹⁷⁰ See I.R.C. §§ 1, 11, 61(a)(1), (a)(2), 63, 702, 1366; ELISABETH A. OWENS, *The Foreign Tax Credit* 3 (1961) («The source or nature of income, whether it is from one type of business or another, earned or unearned, from a foreign or domestic source, is largely immaterial in the basic tax structure.»).

¹⁷¹ See, e.g., ALL, *International Tax Study*, op. cit., pp. 171–72.

¹⁷² See, e.g., JANE G. GRAVELLE, *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, 72 Tax Notes 1165, 1166–67 (Aug. 26, 1996); DONALD J. ROUSSLANG, *Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income*, 53 Nat'l Tax J. 589 (2000); see also MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: A Challenge to Conventional International Tax Wisdom*, 113 Tax Notes 951, 959–60 (Dec. 6, 2006) [hereinafter SULLIVAN, *A Challenge*] (deferral helps contribute to the phenomenon of “runaway plants,” but the magnitude of the problem is relatively small). Regarding the responsiveness of host country taxes on location of U.S. multinational investment, see HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?*, 53 Nat'l Tax J. 825 (2000) (empirical study of the international operations

Stated differently, deferral is the equivalent of imposing postpaid consumption tax treatment (i.e., allowing a deduction at time of investment and imposing taxation on liquidation of the investment) with respect to the income of a controlled foreign corporation (CFC) invested in the CFC's business operations¹⁷³. Thus, deferral effectively provides an *exemption* from U.S. tax with respect to earnings on CFC income invested in the CFC's business operations¹⁷⁴. This effective exemption via deferral is a subsidy delivered through the tax system¹⁷⁵ and, therefore, is properly characterized as a tax expenditure. The Staff of the Joint Committee on Taxation and the Office of Management and Budget/Treasury have both consistently treated deferral as a tax expenditure and have attempted to quantify the cost of this tax subsidy¹⁷⁶.

Some proponents of deferral argue that deferral is not a tax expenditure¹⁷⁷. As noted earlier in this article, they base this argument in part on the

of more than 500 U.S. companies in sixty potential foreign locations showing that average effective tax rates of host countries «have a significant effect on the amount of capital that U.S. MNCs [U.S. multinational corporations] have in a given location» and suggesting that almost one out of every five dollars invested abroad by U.S. corporations is drawn to its investment location because of low host country taxes); ROSANNE ALTSHULER, HARRY GRUBERT & T. SCOTT NEWLON, *Has U.S. Investment Become More Sensitive to Tax Rates?* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 6383, 1998) (providing further empirical support for proposition that foreign investment by U.S. multinational corporations is sensitive to host country tax rates).

¹⁷³ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., pp. 844–45; PERONI, FLEMING, & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 466–68. This point is illustrated in the example *infra* Part VI.C.

¹⁷⁴ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 467–68; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 45 (stating that deferral «substantially lowers the effective rate of tax» on active business income earned through a foreign subsidiary «and moves the U.S. tax system towards a territorial system»); GRAETZ & O'HEAR, op. cit., pp. 1064–65.

¹⁷⁵ With respect to measuring the amount of the subsidy, see SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 228–30.

¹⁷⁶ See, e.g., STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, op. cit., p. 24 (estimating the total revenue cost for fiscal years 2007–2011 from the deferral of active financing income as \$5.7 billion); 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 287 (estimating the total revenue cost for fiscal years 2008–2012 from the deferral of U.S. income tax on the income of CFCs as \$73.35 billion and from the U.S. income tax on the active income of CFCs as \$34.6 billion and from the deferral of deferred taxes for financial firms from certain income earned abroad as \$3.55 billion).

¹⁷⁷ See BARTLETT, *The End*, op. cit., pp. 416–17 (arguing that deferral is not a tax expenditure); see also NORMAN TURE, *Taxing Foreign Source Income: The Economic and Equity Issues* 8–12 (Tax Foundation 1976) (arguing that deferral is not a tax subsidy).

proposition that deferral follows from a decision to treat corporations and shareholders as separate taxpayers and, therefore, is not a deviation from the normative baseline for properly measuring net income. As explained above, however, this view is inconsistent with (1) the principle of ability-to-pay, (2) the anti-deferral tax concept supporting the imposition of the corporate income tax, and (3) the general current business taxation regime.

Other proponents of deferral argue that even if deferral is a tax subsidy, it survives a cost/benefit analysis because it remedies a competitiveness problem that U.S. multinationals experience when they engage in international business transactions in low-tax foreign countries¹⁷⁸. This claim, however, is typically made with little or no empirical support for the existence of a competitiveness problem¹⁷⁹ and largely on the basis of limited

¹⁷⁸ See, e.g., ERNST & YOUNG, *The Competitive Burden: Tax Treatment of U.S. Multinationals* 2 (Tax Foundation 1991) (focusing on the tax systems of Germany, Japan, the Netherlands, and the United States and concluding that «the United States subjects the foreign operations of its multinationals to the severest tax constraints and the heaviest tax burden of any of the four countries studied»); GARY CLYDE HUFBAUER, *U.S. Taxation of International Income: Blueprint for Reform* 49–55 (1992); 1 NFTC, *Report and Analysis*, op. cit., p. 3, 5; SOL PICCIOTTO, *International Business Taxation* 114 (1992); WILLIAM P. MCCLURE & HERMAN B. BOUMA, *The Taxation of Foreign Income from 1909 to 1989: How a Tilted Playing Field Developed*, 43 Tax Notes 1379 (June 12, 1989); PETER MERRILL & CAROL DUNAHOO, *'Runaway Plant' Legislation: Rhetoric and Reality*, 72 Tax Notes 221, 226 (July 8, 1996); see also H.R. REP. NO. 108-548, pt. 1, p. 209 (2004) (discussing competitiveness concerns as a rationale for repealing in 2004 the anti-deferral rules in section 954 relating to foreign base company shipping income); U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 3 (discussing how deferral and exemption both support the objective of competitiveness, but conflict with the objective of neutrality using traditional economic analysis); U.S. TREAS. DEP'T, *Competitiveness Report*, op. cit., pp. 85–86 (discussing competitiveness concerns as a rationale for weakening the Subpart F anti-deferral rules); HERBERT STEIN, *Tax Policy in the Twenty-First Century* 82–83 (Herbert Stein ed., 1988); ROSANNE ALTSHULER, *Recent Developments in the Debate on Deferral*, 87 Tax Notes 255, 258–60 (Apr. 10, 2000) (summarizing the arguments in favor of capital import neutrality and deferral); GRAETZ & O'HEAR, op. cit., p. 1109 («The compromises between conflicting principles in the international tax area] have made the tax law governing international transactions subject to routine complaints of competitive disadvantage by U.S. companies depending on where they are competing and against whom.»). For an international tax economist who argues that deferral enhances the economic efficiency of the home country under certain circumstances, see JAMES R. HINES, JR., *The Case Against Deferral: A Differential Reconsideration*, 52 Nat'l Tax J. 385(1999).

¹⁷⁹ See U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., p. 56 («The United States, as a general matter, is agreed by almost any measure to be one of the most competitive countries in the world.»), 57 («The available data simply do not provide a reliable basis for evaluating whether subpart F has affected multinational competitiveness to any significant extent.»); SULLIVAN, *Incentives*, op. cit., pp. 23–25; TIMOTHY AEPPEL, *Overseas Profits Help U.S. Firms Through Tumult*, Wall St. J., Aug. 9, 2007, p. 1 (discussing that U.S. corporations continue to experience growth in foreign-source

anecdotal support or unsupported assertions¹⁸⁰. Therefore, this competitiveness claim appears to be overstated at best¹⁸¹. Moreover, there is little

profits); MARC CHAMPION, *U.S. Ranked Most Competitive; Oil-Rich Nations Show Promise*, Wall. St. J., Nov. 1, 2007, p. A4 (2007 World Economic Forum report characterized the U.S. economy as the most competitive in the world); see also MITCHELL A. KANE, *Ownership Neutrality, Ownership Distortions, and International Tax Welfare Benchmarks*, 26 Va. Tax Rev. 53, 64–65 (2006); RICHARD C. PUGH, *The Deferral Principle and U.S. Investment in Developing Countries*, in *United States Taxation and Developing Countries* 267, 280 (Robert Hellawell ed., 1980) (stating that «one faces a relative scarcity of detailed empirical analysis» in assessing the claims of advocates and opponents of deferral). But cf. STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 109TH CONG., *Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures* 189 (Joint Comm. Print 2005) [hereinafter STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, OPTIONS], available at <http://house.gov/jct/s-2-05.pdf> (opining that the current U.S. international tax system “arguably” impairs the competitiveness of U.S. multinationals “in some cases”); U.S. TREAS. DEPT, *Background Paper*, op. cit., p. 43 («The United States likely experiences some reduction of both foreign direct investment and its corporate tax base due to its above-average CIT [corporate income tax] rate.»). For a skeptical economic efficiency critique of the competitiveness arguments for the deferral subsidy, see GRAVELLE, op. cit., p. 1168.

¹⁸⁰ For an example of a report that, though well-written, provides only limited anecdotal support for its claims, see 1 NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *The NFTC Foreign Income Project: International Tax Policy for the 21st Century — Part One: A Reconsideration of Subpart F* 102–10 (2001), available at <http://www.nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=162>. For critiques of this report, see REUVEN S. AVI-YONAH, *Competition and Competitiveness: Review of the NFTC Subpart F Report*, 83 Tax Notes 582 (Apr. 26, 1999); FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit.. For a defense of this report by one of its authors and a leading proponent of the competitiveness-based arguments for allowing deferral, see PETER R. MERRILL, *A Response to Professor Avi-Yonah on Subpart F*, 83 Tax Notes 1802 (June 14, 1999).

¹⁸¹ See, e.g., TIMO VIHAKENTTA, *Tax Incentives in Developing Countries and International Taxation* 64 (1991); GRAVELLE, op. cit., p. 1168; see also PAUL R. MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture: Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the U.S.?*, 62 The Record 70, 71 n. 4 (2007) [hereinafter MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture*] (rejecting competitiveness as a tax policy criterion «(1) because it has no substantive tax policy content (it seems largely to be a rhetorical slogan for U.S. multinationals that want tax cuts) and (2) [the author has] . . . found no empirical studies that show U.S. companies are at a competitive disadvantage vis-à-vis their foreign competitors»); PAUL R. MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the U.S.?*, 8 Fla. Tax Rev. 283, 285 n.3 (2007) [hereinafter MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide*] (same); MICHAEL J. MCINTYRE, *Guidelines for Taxing International Capital Flows; The Legal Perspective*, 46 Nat'l Tax J. 315, 321 (1993) (opining that capital import neutrality is «a spending principle, not a tax principle»); JOEL SLEMROD, *Competitive Advantage and the Optimal Tax Treatment of the Foreign-Source Income of Multinationals: The Case of the United States and Japan*, 9 Am. J. Tax Pol'y 113 (1991); cf. MICHAEL S. KIRSCH, *Taxing Citizens in a Global Economy*, 82 N.Y.U. L. Rev. 443, 517–19 (2007) (maintaining that changes in the global economy weaken, rather than strengthen, competitiveness arguments for the foreign earned income exclusion in section 911).

factual support for the idea that deferral is actually effective in enhancing the competitiveness of U.S. multinationals¹⁸².

At the end of the day, deferral is a distortive governmental subsidy yielding dubious benefits. Consequently, deferral fails under cost/benefit analysis as a program for providing U.S. corporations with government assistance to make them competitive in the global economy. This conclusion is bolstered by the fact that certain anomalies in the U.S. deferral subsidy cause its claimed benefits to be only loosely coordinated with the supposed justifications for providing this tax subsidy¹⁸³.

First, the benefit of the deferral subsidy increases to the degree that repatriation of CFC foreign earnings is delayed. This means that U.S. taxpayers who can afford to postpone repatriation indefinitely receive a much larger governmental subsidy than those who must repatriate foreign earnings at an earlier time. Stated differently, the size of the subsidy is determined significantly by the length of the deferral period instead of the degree of foreign competition. The policy reasons advanced in favor of deferral do not support this result¹⁸⁴.

Second, the deferral subsidy encourages retention and reinvestment of foreign earnings by the CFC even though the CFC's U.S. shareholders might be able to invest its earnings at higher before-tax rates of return than are obtainable by the CFC. The tax subsidy for deferral, thus, encourages economically inefficient behavior by the CFC and its U.S. shareholders¹⁸⁵. It is highly

¹⁸² With regard to the effectiveness of deferral in enhancing competitiveness, see 2007 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 301 («Measuring the effectiveness of these provisions raises challenging issues.»); *International Task Force Report*, op. cit., 242, p. 680 («There is little or no empirical evidence supporting the benefits of deferral as a justification for the competitiveness concerns raised by the availability of deferral for foreign but not domestic income.»). But see HUFBAUER, op. cit. . There is empirical support for the proposition that investment by U.S. multinational corporations in low-tax foreign countries is less beneficial to U.S. competitiveness than investment by U.S. multinational corporations in high-tax foreign countries. See SULLIVAN, *A Challenge*, op. cit., pp. 956–57. Because deferral encourages U.S. persons to shift business and investment activities to low-tax foreign countries, deferral may in fact harm, rather than benefit, U.S. competitiveness.

¹⁸³ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁸⁴ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁸⁵ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

doubtful that Congress would purposely enact a government program that has this negative behavioral effect.

Third, the deferral subsidy is fully available without regard to whether the U.S. shareholder investing in the CFC has little competition in the country in which the foreign income is earned or faces intense competition in that country¹⁸⁶. The deferral subsidy is available even if the U.S. shareholder investing in the CFC faces competition primarily from individuals and corporations resident in foreign countries that impose heavier tax burdens than does the United States. Moreover, the deferral subsidy is fully forthcoming even if the U.S. taxpayer's principal competitors in a particular foreign country are other U.S. taxpayers. In other words, the deferral subsidy is available without regard to whether, or the degree to which, the U.S. taxpayer receiving the subsidy is actually facing a competitiveness problem¹⁸⁷. Thus, the deferral subsidy is not tailored in any significant way to remedy the alleged competitiveness problems that have been advanced as justification for the subsidy. This failure to properly target the deferral subsidy is a problem shared by many other domestic and international tax expenditure provisions.

Fourth, the deferral subsidy is available even with respect to foreign subsidiaries of U.S. multinationals that produce goods for sale in the United States (sometimes referred to as the "runaway plant" problem)¹⁸⁸. In this case, the deferral subsidy creates a competitive advantage for such foreign subsidiaries over purely domestic competitors that sell the same goods in the United States. This feature is even less defensible than other aspects of the subsidy¹⁸⁹ and fails to serve either fairness or efficiency concerns. Any sensible reform of the U.S. international tax rules should at a minimum eliminate this element of the deferral subsidy. Fifth, the deferral subsidy is fully available regardless of the extent to which it actually ameliorates other alleged defects in the U.S. international tax rules, such as the supposed over-restrictiveness of the foreign tax credit limitation and the interest expense allocation rules, which are said by deferral advocates to help create a

¹⁸⁶ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁸⁷ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁸⁸ See, e.g., FRISCH, op. cit., p. 585.

¹⁸⁹ See *id.* at 585. Attempts to fix this defect in the U.S. international tax rules have been unsuccessful over the years.

competitiveness problem for U.S. multinational corporations¹⁹⁰. This argument in favor of deferral was difficult to sustain even before the American Jobs Creation Act of 2004 eviscerated the foreign tax credit limitations in section 904(d) and changed the interest allocation rules in a way favorable to U.S. multinational corporations (the latter change effective for tax years ending after 2008)¹⁹¹. Whatever strength this argument in favor of the deferral subsidy ever had has been dissipated by this 2004 legislation. In fact, in many cases, the effective U.S. tax rate on foreign-source business income is quite low or even negative¹⁹², so no competitiveness problem can be shown to exist.

Thus, as is true of most tax expenditure provisions in the federal income tax system, the deferral subsidy provides more governmental relief than is nec-

¹⁹⁰ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 846; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 469–70.

¹⁹¹ See FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit. . For another spirited critique of the international tax provisions in the 2004 legislation, see CHARLES I. KINGSON, *The Great American Jobs Act Capers*, 58 Tax L. Rev. 327 (2005). For a contrary view that characterizes the international tax component of the 2004 legislation as consisting of «mostly justified simplification measures,» see REUVEN S. AVI-YONAH, *The Silver Lining: The International Tax Provisions of the American Jobs Creation Act — A Reconsideration*, 59 Bull. for Int'l Fiscal Documentation 27 (2005); REUVEN S. AVI-YONAH, *All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation*, 25 Va. Tax Rev. 313, 334 (2005). 15, p. 104 (noting that under the current U.S. international tax system, some U.S. multinationals are taxed at a lower rate on their foreign-source income than they would be under an explicit exemption system and that some other multinationals are taxed at a negative rate on their foreign-source income); *International Task Force Report*, op. cit., pp. 655–56 («The effective rate of U.S. and foreign income taxation of foreign income is understood to be materially lower than the effective rate on domestic income.»).

¹⁹² See, e.g., ROSANNE ALTSHULER & T. SCOTT NEWLON, *The Effects of U.S. Tax Policy on the Income Repatriation Patterns of U.S. Multinational Corporations*, in *Studies in International Taxation* 77, 90–92 (Alberto Giovannini, R. Glenn Hubbard & Joel Slemrod eds., 1993) (finding that the average U.S. tax rate on the foreign-source income of a large sample of U.S. multinational corporations was only 3.4% in 1986); HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Taxing Multinationals in a World with Portfolio Flows and R&D: Is Capital Export Neutrality Obsolete?*, 2 Int'l Tax & Pub. Fin. 439, 451–52 (1995) [hereinafter GRUBERT & MUTTI, *Taxing Multinationals*] (using 1990 tax return data, the authors calculated a residual effective U.S. tax rate of about 2.7% on active foreign-source income and an effective tax rate of only about 1.9% if the deferred income of foreign subsidiaries is taken into account; the authors calculated a *negative* effective tax rate of about 2.6% if certain misclassifications of U.S.-source income as foreign-source income under current law are taken into account); STEPHEN E. SHAY, *Exploring Alternatives to Subpart F*, 82 Taxes 29, 38 (Mar. 2004); MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: Data Shows Dramatic Shift of Profits to Tax Havens*, 104 Tax Notes 1190 (Sept. 13, 2004) («The profits of foreign subsidiaries of U.S. corporations in 18 tax havens soared from \$88 billion in 1999 to \$149 billion in 2002.»); see also PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit.

essary to achieve its claimed objectives and, therefore, is quite wasteful. Congress would not likely enact a direct governmental program having this effect.

Sixth, the availability of, and amount of benefit received from, the deferral subsidy is unrelated to whether the subsidy furthers a specific foreign policy or economic assistance objective of the United States by encouraging the taxpayer to operate in the low-tax foreign country¹⁹³. Thus, deferral is a poorly targeted tax incentive program, which may work at cross-purposes with other tax and nontax U.S. governmental policies.

In sum, TEA demonstrates that deferral is a costly and ineffective tax subsidy — namely, a tax expenditure which cannot pass muster under any serious cost/benefit scrutiny. Accordingly, as we and another co-author have argued in a series of articles, the deferral subsidy should be eliminated by taxing U.S. shareholders currently on their pro rata shares of a CFC's net income, whether or not distributed, and allowing them a foreign tax credit for any foreign income taxes imposed on such income (subject to a properly designed foreign tax credit limitation)¹⁹⁴. Repealing deferral in the way we propose in these articles would enhance the competitiveness of U.S. multinationals by removing the distortions of economic behavior occasioned by the current deferral subsidy, combined with the incoherent Subpart F and passive foreign investment company anti-deferral regimes. U.S. multinationals would then be free to make locational decisions and earnings repatriation decisions based on the highest and best use of the funds involved¹⁹⁵. If, despite this change, the effect of U.S. taxation on the

¹⁹³ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 846; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁹⁴ See FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 850; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 989–92; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 523–24. For Treasury Department discussions of various alternatives to the current Subpart F regime, see U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., p. 86–95; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 41–53. For other commentary recommending termination of the deferral privilege, see REUVEN S. AVI-YONAH, *To End Deferral As We Know It: Simplification Potential of Check-the-Box*, 74 *Tax Notes* 219 (Jan. 13, 1997); ASIM BHANSALI, Note, *Globalizing Consolidated Taxation of United States Multinationals*, 74 *Tex. L. Rev.* 1401 (1996); GREEN, op. cit., pp. 74–80; JOSEPH ISENBERGH, *Perspectives on the Deferral of U.S. Taxation of the Earnings of Foreign Corporations*, 66 *Taxes* 1062 (1988); STEPHEN E. SHAY, *Revisiting U.S. Anti-Deferral Rules*, 74 *Taxes* 1042 (1996). For a critique of proposals to end deferral, see REUVEN S. AVI-YONAH, *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 *Tex. L. Rev.* 1301, 1329 (1996) [hereinafter AVI-YONAH, *Structure of International Taxation*].

¹⁹⁵ See also EDWARD D. KLEINBARD, *Throw Territorial Taxation from the Train*, 114 *Tax Notes* 547 (Feb. 5, 2007) [hereinafter KLEINBARD, *Territorial Taxation*] (making a similar claim with respect to his full-inclusion “business enterprise income tax” proposal). Kleinbard’s business enterprise

competitiveness of U.S. multinational corporations in the global economy is demonstrated to be an actual and serious problem, the first remedy that should be tried is an across-the-board reduction in the corporate tax rates in section 11, not a distortive regime that effectively exempts only one type of income (foreign-source business income) from U.S. income tax¹⁹⁶.

B. Cross-Crediting

To mitigate international double taxation and attempt to prevent such double taxation from discouraging economically efficient cross-border transactions¹⁹⁷, the United States grants U.S. citizens, resident aliens, and domestic corporations a foreign tax credit¹⁹⁸. The foreign tax credit is in the form of a dollar-for-dollar offset of qualifying foreign taxes against the taxpayer's pre-credit U.S. tax liability, but has long been subject to limitations of various types. Under the overall limitation in section 904(a), the taxpayer's foreign tax credit for the year is limited to the taxpayer's pre-foreign tax credit U.S. tax liability on the taxpayer's foreign-source taxable income (i.e., foreign source gross income minus the allowable deductions that are allocable and apportionable to such income)¹⁹⁹. The purpose of the overall limitation is to prevent the foreign tax credit from offsetting U.S. tax liability on U.S.-source taxable income²⁰⁰. Under current law, section 904(d)

income tax proposal first appeared in print in bare-bones outline form in 2005. See EDWARD D. KLEINBARD, *The Business Enterprise Income Tax: A Prospectus*, 106 Tax Notes 97 (Jan. 3, 2005).

¹⁹⁶ See STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 106TH CONG., *Overview of Present-Law Rules and Economic Issues in International Taxation* 57 (Joint Comm. Print 1999) («A policy that reduces all tax rates (applied to domestic and foreign source income equally) is superior to a policy of equal revenue cost that reduces tax rates only on foreign source income. With a broad reduction in rates, there is a comparable increase in the rate of saving with no distortion of the allocation of capital.»); MICHAEL J. GRAETZ, *100 Million Unnecessary Returns: A Simple, Fair, and Competitive Tax Plan for the United States* 123 (2008) («In my view, the most important corporate tax change Congress could enact — both to stimulate our domestic economy and to increase the competitiveness of U.S. companies throughout the world — would be to lower our corporate tax rate substantially.»); SULLIVAN, *A Challenge*, op. cit., p. 959; see also PERONI, *End It, Don't Mend It*, op. cit., p. 1619; PERONI, *The Proper Approach*, op. cit., p. 1592. For the reasons discussed earlier in this article, see supra text accompanying notes 189–209, such an across-the-board tax cut would not constitute a tax expenditure program and would not have to undergo TEA.

¹⁹⁷ See, e.g., GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 277; OWENS, op. cit., pp. 2–3.

¹⁹⁸ See I.R.C. §§ 901–903.

¹⁹⁹ I.R.C. § 904(a).

²⁰⁰ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 3–4, 18; U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 45; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 372; OWENS, op.

breaks down this overall limitation into two categories, or “baskets,” which prevent the excess foreign tax credits from one basket of foreign-source taxable income from being offset (cross credited) against the U.S. residual tax liability on low-taxed foreign-source taxable income in the other basket²⁰¹. Note, however, that a taxpayer may freely cross credit the foreign tax credits generated on high-taxed foreign income against the U.S. residual tax on low-taxed foreign income within the same limitation category or basket²⁰².

Proponents of cross-crediting typically argue that the U.S. tax system should allow liberal cross-crediting because such cross-crediting enhances the competitiveness of U.S. multinational corporations in the global economy²⁰³. These claims, however, suffer from many of the same defects as do the competitiveness arguments in support of the deferral subsidy discussed above, including, most importantly, a paucity of empirical support for such claims²⁰⁴.

To determine whether cross-crediting represents a departure from a normative baseline and, therefore, a tax expenditure provision, we must first identify a baseline. In this context, we can articulate the baseline in

cit., p. 198. The foreign tax credit limitations in section 904, including the overall limitation, conflict with a strict application of efficiency objectives because these limitations may discourage U.S. persons from investing in high-tax foreign countries. See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 18; AULT & BRADFORD, op. cit., p. 40. However, concern with preservation of the U.S. tax base from inappropriate erosion overrides these efficiency objectives and, accordingly, Congress has imposed some form of limitation on the foreign tax credit since 1921. See *id.* Stated differently, allowing an unlimited foreign tax credit would amount to a U.S. tax subsidy of high-tax foreign countries and «would encourage foreign countries to impose discriminatorily higher taxes on U.S. persons.» PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 978; see FRISCH, op. cit., p. 583; CHARLES I. KINGSON, *The Foreign Tax Credit and Its Critics*, 9 Am. J. Tax Pol'y 1, 56 (1991) [hereinafter KINGSON, *Foreign Tax Credit*]. Moreover, the fundamental purpose of the foreign tax credit is to mitigate international double taxation and this is accomplished if a foreign tax credit is allowed to the extent of the pre-credit U.S. tax on the U.S. taxpayer's foreign-source income. See, e.g., AULT & ARNOLD, op. cit., p. 362.

²⁰¹ See GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 34, 377–87; 2 ISENBERGH, op. cit., ch. 57; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., B4.16.

²⁰² See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 18; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., at 373–75, 383–85; SCHOLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 318–22; AULT & BRADFORD, op. cit., p. 18.

²⁰³ See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 22; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 375–76; 1 NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *The NFTC Foreign Income Tax Project: International Tax Policy for the 21st Century — Part Two: Relief of International Double Taxation* 301–09 (2001) [hereinafter NFTC, *Relief of International Double Taxation*], available at http://www.nftc.org/default/tax/fip/NFTC1a%20Part%20Volume1_part2Chap1-5.pdf.

²⁰⁴ See *supra* text accompanying notes 332–47

two alternative ways — a per-item (i.e., per-transaction) foreign tax credit limitation or a per-country foreign tax credit limitation.

Per-item foreign tax credit limitation. Because the income tax system is based on transactions and the fundamental purpose of the foreign tax credit is to mitigate international double taxation, a theoretically pure foreign tax credit limitation would be applied on an item-by-item (i.e., transaction-by-transaction) basis²⁰⁵. An item-by-item foreign tax credit limitation would ensure that a taxpayer's foreign tax credit is limited to the actual amount of foreign income tax imposed on the taxpayer's foreign-source income and would greatly minimize, if not completely eliminate, the subsidy aspects of the foreign tax credit²⁰⁶. Any foreign tax credit limitation other than the per-item approach allows some degree of cross-crediting, which in effect subsidizes a U.S. taxpayer's business and investment activities in low-tax foreign countries²⁰⁷. A per-item approach has not been adopted, however, because it would impose substantial administrative costs on both taxpayers and the government that would exceed its benefits²⁰⁸. Nevertheless, because such an approach represents the limitation that most fully implements the mitigation of double taxation purpose underlying the foreign tax credit, it is appropriate to use the per-item limitation as a benchmark for determining whether cross-crediting is a tax expenditure.

²⁰⁵ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *The President's Tax Proposals to the Congress for Fairness, Growth, and Simplicity* 386 (1985) [hereinafter U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*], available at <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/tax-reform/pres85index.shtml> («Double taxation would be fully relieved if income derived from each separate transaction were treated separately for credit purposes and the U.S. tax were offset by a credit for the foreign tax paid with respect to that income.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., at 318–21 («It is believed that an item-by-item approach provides the correct theoretical starting point for considering the credit limitation»); PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 996; see also AULT & ARNOLD, op. cit., p. 362; KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., p. 17. But see McCLURE & BOUMA, op. cit., p. 1403 n.192.

²⁰⁶ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–88; ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 318–19.

²⁰⁷ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–87 («Any departure from a transactional approach to crediting foreign tax will permit some averaging of foreign taxes and will therefore involve some surrender of the residual tax imposed by the United States on foreign income that is taxed by foreign countries at rates below the U.S. rate.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 318–19.

²⁰⁸ See U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 388 («The technical complexity of such a system would make it unworkable.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 319–20; YARIV BRAUNER, *An International Tax Regime in Crystallization*, 56 Tax L. Rev. 259, 286 (2003).

Per-country foreign tax credit limitation. A per-country limitation allows a U.S. taxpayer to credit foreign taxes only to the extent of the pre-foreign tax credit U.S. tax liability on the taxpayer's income from sources within a particular foreign country²⁰⁹. This approach, therefore, does not allow the taxpayer to cross credit or average high foreign taxes above the top U.S. tax rate on foreign-source income earned in one foreign country against the taxpayer's residual U.S. tax liability on foreign-source income earned in a different low-tax or no-tax foreign country²¹⁰. Instead, the per-country limitation restricts a U.S. taxpayer's cross-crediting opportunities to high-taxed and low-taxed foreign-source income within the same foreign country. As a practical matter, this approximates the theoretically correct per-item result because tax haven countries will rarely impose tax in excess of the U.S. rate on any significant amount of income and, consequently, cross-crediting opportunities will be minimal. Accordingly, unlike the overall limitation or even a multi-basket foreign tax credit limitation, the per-country limitation eliminates double taxation without creating a significant incentive for U.S. taxpayers to shift investments from the United States to low-tax countries²¹¹. Thus, the per-country limitation promotes economic efficiency²¹².

The cross-crediting allowed by the current two-basket system in revised section 904(d) (which was enacted in 2004 and became effective in 2007) is a clear departure from either the per-item or per-country baseline²¹³.

²⁰⁹ See 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 360–63; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 385–96; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 995–96; ROBERT J. PERONI, J. CLIFTON FLEMING, JR. & STEPHEN E. SHAY, *Reform and Simplification of the U.S. Foreign Tax Credit Rules*, 101 Tax Notes 103, 121 (Oct. 6, 2003) [hereinafter PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*]; see also ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 321, 323–26; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 376–77. For critiques of the per-country foreign tax credit limitation, see ALAN W. GRANWELL, *Calculating the Foreign Tax Credit Limitation on a Per Country Basis*, 28 Tax Notes 567 (July 29, 1985); JOHN P. STEINES, JR., *Foreign Tax Credit Reform: A Response to Peroni*, et al., 101 Tax Notes 134 (Oct. 6, 2003); DAVID R. TILLINGHAST, *International Tax Simplification*, 8 Am. J. Tax Pol'y 187, 216–17 (1990).

²¹⁰ See, e.g., OWENS, op. cit., pp. 198–200.

²¹¹ See 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 360–61, 363; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–88, 394–95; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 995–96; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., at 121; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., p. 153.

²¹² ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 323; FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., p. 1405. But see 1 NFTC, *Relief of International Double Taxation*, op. cit., pp. 296–97.

²¹³ Even the nine-basket system enacted as part of the Tax Reform Act of 1986 allowed a good deal of cross-crediting and therefore was a clear departure from either baseline because one of

Thus, cross-crediting operates as a subsidy for foreign investment by allowing a U.S. person to credit foreign taxes higher than the U.S. rate on some types of foreign-source income against the U.S. residual tax on other types of low- or zero-taxed foreign-source income, which is the equivalent of the U.S. government giving the U.S. person a grant in the amount of the U.S. residual tax eliminated²¹⁴. Moreover, cross-crediting enhances the benefit of the deferral subsidy by eliminating or reducing the U.S. residual tax on a CFC's foreign-source income when the income is eventually repatriated²¹⁵. To the extent that the U.S. residual tax is eliminated, the U.S. system of worldwide taxation with deferral is converted into a "self-help" elective exemption system, which is more generous to taxpayers than a properly designed, nonelective exemption system for taxing foreign business income²¹⁶.

the baskets in that system, the general or residual basket, contained a significant majority of the foreign-source income earned by U.S. persons. See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 20 (stating that «approximately 75 percent of all foreign source income falls within the general limitation category» of former section 904(d)(1)(I), before its amendment in 2004). For the authors' critique of the foreign tax credit limitation changes made by the American Jobs Creation Act of 2004, see generally FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit. .

²¹⁴ As we have discussed in an earlier article, cross-crediting remains a serious problem notwithstanding the nominal worldwide decline in corporate tax rates. See FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., pp. 1403–04; see also SIMEON DJANKOV, TIM GANSER, CARALEE MCLEISH, RITA RAMALHO & ANDREI SHLEIFER, *The Effect of Corporate Taxes on Investment and Entrepreneurship* (2007), available at <http://www.nber.org/confer/2007/pef07/shleifer.pdf> (graph entitled "Effective Corporate Tax Rate on Business Density," which identifies approximately twenty countries with effective corporate tax rates higher than that of the United States). For a contrary view arguing that probably cross-crediting or averaging should be ignored by U.S. tax policymakers and an overall foreign tax credit limitation should be adopted, see AVI-YONAH, *International Tax as International Law*, op. cit., pp. 158–62.

²¹⁵ See, e.g., STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 108TH CONG., *The Impact of International Tax Reform: Background and Selected Issues Relating to U.S. International Tax Rules and the Competitiveness of U.S. Businesses* 64 (Joint Comm. Print 2006) («Because excess foreign tax credits cannot be carried forward indefinitely, deferral expands the opportunity for cross-crediting (if effective foreign tax rates vary across years or across jurisdictions) by not deeming high foreign taxes to be paid until a year when the U.S. taxpayer chooses also to repatriate low-taxed foreign source income.»); JAMES R. HINES, JR. & R. GLENN HUBBARD, *Coming Home to America: Dividend Repatriations by U.S. Multinationals*, in *Taxation in the Global Economy* 161, 178 (Assaf Razin & Joel Slemrod eds., 1990) («The combination of the credit system and deferral can diminish substantially the revenue raised by the United States from the taxation of overseas operations of U.S. multinationals.»); see also KINGSON, *Coherence*, op. cit., at 1270 («Ending deferral without changing the overall foreign tax credit limitation might have only limited revenue impact . . . »).

²¹⁶ See GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit., pp. 12–13, 27–28, 42; PERONI, *The Proper Approach*, op. cit., p. 1586; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., p. 153; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Competitiveness Report*, op. cit., p. 57 (describing how

and which is inconsistent with the ability-to-pay and SHS principles underlying an income tax system.

The cross-crediting subsidy does not survive a cost/benefit analysis because it has the inefficient effect of encouraging U.S. persons with high-taxed foreign-source income to shift some of their business and investment activities to low-tax foreign countries even if the pre-tax return in those countries is lower than in the United States²¹⁷. Congress would not likely enact an equivalent direct expenditure program that provided government grants to encourage U.S. taxpayers to shift their business and investment activities in this way.

C. Example Illustrating the Effects of Deferral and Cross-Crediting

These points concerning the effects of deferral and cross-crediting as tax subsidy programs can be illustrated with the following example. USCo is a U.S. domestic corporation that is about to build a new manufacturing plant and is debating whether to locate this facility in the United States or in Country X, a tax haven with no business profits tax, no withholding tax regime, and no branch profits tax²¹⁸. USCo pays U.S. federal income tax at a 35% rate. Regardless of where USCo's new plant is situated, it will produce a \$1 million before-tax profit in Year 1 that will be reinvested at a 10% rate of return in the new manufacturing operation and then extracted and repatriated to USCo at the end of Year 2. The interest and discount rates are 10% per annum.

The following columns show the results of four different scenarios. To be specific, in column (1), the new factory is located in the United States and current law applies²¹⁹. In column (2), the new factory is Country X

the current U.S. international tax system allows U.S. multinational corporations to engage in "self-help territoriality").

²¹⁷ See, e.g., AULT & BRADFORD, *op. cit.*, pp. 40–41; JAMES KVAAL, *Removing Tax Subsidies for Foreign Investment*, 111 Tax Notes 1299 (June 12, 2006). But see 1 NFTC, *Relief of International Double Taxation*, *op. cit.*

²¹⁸ The example expressly assumes that Country X is a tax haven. Accordingly, if these taxes were imposed by Country X, they would have a very low rate and would be fully eliminated through foreign tax credits against USCo's U.S. income tax liability. Thus, all these taxes would likely be inconsequential and, to simplify this example, we assume that Country X does not impose them.

²¹⁹ Column (1) also shows the results if USCo located the factory in Country X and made the investment through a Country X subsidiary, but U.S. tax law were changed to (i) end deferral completely and (ii) effectively prevent cross-crediting.

property of USCo's wholly owned Country X subsidiary and the United States employs a worldwide income tax system with deferral but with effective barriers to cross-crediting. In column (3), the facts are the same as for column (2) except that USCo is allowed to eliminate U.S. tax on repatriated Country X income by cross crediting high foreign taxes on manufacturing income earned in Countries Y and Z, two developed foreign countries with income tax systems that have applicable tax rates above the top U.S. rate. In column (4), the new factory is located in Country X and the United States employs an exemption (territorial) tax system for foreign-source active business income²²⁰.

²²⁰ For the authors' tax policy critique of two similar proposed U.S. exemption systems, see J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial) Tax System*, 109 Tax Notes 1557 (Dec. 19, 2005) [hereinafter FLEMING & PERONI, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption System*] (critiquing proposals by the Staff of the Joint Committee on Taxation, STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *Options*, op. cit., pp. 186–97, and by President Bush's Advisory Panel on Federal Tax Reform, PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., pp. 105, 132–35). For other commentary on these two exemption proposals, see LAWRENCE LOKKEN, *Territorial Taxation: Why Some U.S. Multinationals May Be Less Than Enthusiastic About the Idea (And Some Ideas They Really Dislike)*, 59 SMU L. Rev. 751 (2006); MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture*, op. cit.; MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide*, op. cit.; PETER MERRILL, OREN PENN, HANS-MARTIN ECKSTEIN, DAVID GROSMAN & MARTIJN VAN KESSEL, *Restructuring Foreign-Source-Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience*, 111 Tax Notes 799 (May 15, 2006); JAMES R. REPETTI, *Will U.S. Investment Go Abroad in a Territorial Tax: A Critique of the President's Advisory Panel on Tax Reform*, 8 Fla. Tax Rev. 303 (2007); GEORGE K. YIN, *Reforming the Taxation of Foreign Direct Investment by U.S. Taxpayers*, 118 Tax Notes 173 (Jan. 7, 2008). For other critiques of exemption proposals for taxing foreign-source income, see U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 383; HUGH J. AULT, *Commentary*, 9 Am. J. Tax Pol'y 61 (1991); KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., pp. 52–55; KLEINBARD, *Territorial Taxation*, op. cit. . For commentary generally supporting one form or another of an exemption system for taxing international income, see GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit.; TERRENCE R. CHORVAT, *Ending the Taxation of Foreign Business Income*, 42 Ariz. L. Rev. 835 (2000); MICHAEL J. GRAETZ & PAUL W. OOSTERHUIS, *Structuring an Exemption System for Foreign Income of U.S. Corporations*, 54 Nat'l Tax J. 771 (2001) (taking the position that enactment of an exemption system would provide significant opportunities for simplification of U.S. international income tax law); KVAAL, op. cit., (arguing for a partial exemption system); H. DAVID ROSENBLUM, *From the Bottom Up: Taxing the Income of Foreign Controlled Corporations*, 26 Brook. J. Int'l L. 1525, 1544 (2001); KLAUS VOGEL, *World-wide vs. Source Taxation of Income — A Review and Reevaluation of Arguments*, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* 117 (1990). For an earlier Treasury report that compares a modified exemption system with a current inclusion regime as alternative tax reform proposals, see U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 41–53.

	Column (1) U.S. Location, Current Law	Column (2) Country X CFC, Worldwide Taxation with Deferral, But No Cross-Crediting	Column (3) Same as Column (2), But with Cross-Crediting	Column (4) Country X Location, U.S. Exemption Sys- tem
Year 1 Net Profit	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000
Year 1 U.S. Tax @ 35%	- 350,000	-0 [*]	-0-	-0-
Invested in Year 2 @ 10%	\$ 650,000	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000
Year 2 Return	+ 65,000	+ 100,000	+ 100,000	+ 100,000
Year 2 35% U.S. Tax on Year 2 Return	- 22,750	-0-	-0-	-0-
Distribution to USCo Headquarters	\$ 692,250	\$1,100,000	\$1,100,000	\$1,100,000
Dividend Tax @ 35%	-0 ^{**}	-385,000	-0 ^{***}	-0 ^{****}
After-Tax Net to USCo	\$ 692,250	\$ 715,000	\$1,100,000	\$1,100,000

* The Country X income is income from manufacturing within Country X and, therefore, Subpart F does not apply a Year 1 U.S. tax, regardless of whether or how much foreign tax is imposed on such income and regardless of whether the manufactured products are sold to related parties or to customers in other countries. and 2. See I.R.C. § 959. See I.R.C. § 954(d). Thus, Subpart F does nothing to prevent deferral in this example; consequently, the \$350,000 tax in column (1) is deferred in columns (2) and (3), and eliminated by exemption in column (4) and the investments in those columns are scaled up from \$650,000 to \$1,000,000.

** There is no U.S. dividend tax in this column because the distribution to U.S. headquarters is either an intracorporate payment from a U.S. branch or a distribution by a wholly owned U.S. subsidiary that is not taxable under either the consolidated return rules or section 243(a)(3). Alternatively, if USCo located the factory in Country X and used a Country X subsidiary to make the investment, but deferral were ended completely and cross-crediting were prevented, the distribution by the Country X subsidiary to USCo would be exempt from U.S. tax because the earnings of the Country X subsidiary out of which the distribution was made would have already been subject to U.S. tax in the hands of its U.S. shareholder, USCo, in Years 1.

*** Cross-crediting effectively eliminates the U.S. dividend tax.

**** Under a U.S. exemption system, both dividend distributions from a foreign subsidiary's foreign-source active income and repatriations from a foreign branch's foreign-source active income likely would be exempt from U.S. tax. See generally Fleming & Peroni, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption System*, op. cit. .

Note that the difference in after-tax net between columns (1) and (2) is \$22,750²²¹, which equals USCo's tax incurred in column (1) on the Year 2 investment return when the factory is built in the United States. In other words,

²²¹ \$715,000 - \$692,250 = \$22,750.

the consequence of deferral in column (2) is to eliminate a \$22,750 Year 2 U.S. tax that USCo would have paid if it had built the factory in the United States. Thus, USCo effectively receives a Year 2 \$22,750 subsidy from the U.S. tax system for locating the new factory in Country X instead of in the United States. This subsidy can be enjoyed annually in different amounts depending on USCo's profits and reinvestment decisions for Year 3 and beyond.

In addition, note that because cross-crediting eliminated the dividend tax in column (3), columns (3) and (4) produce identical bottom-line results. Stated differently, as mentioned earlier, loosely restrained cross-crediting, as is commonly allowed under the present U.S. system of worldwide taxation with deferral and an unrestrictive foreign tax credit limitation, effectively converts the U.S. international tax system into a poorly designed²²² and elective exemption regime that is more generous than a traditional exemption system²²³.

Finally, note that the difference between USCo's after-tax net income in column (1) and in columns (3) and (4) is not merely the \$22,750 difference between columns (1) and (2). Instead, it is a dramatically larger amount — namely, \$407,750²²⁴. The explanation is quite simple. In order to make the \$350,000 Year 1 U.S. tax in column(1) comparable to Year 2 amounts in columns (3) and (4), the \$350,000 Year 1 tax must be “grown” for one year at 10% (we are using a 10% interest assumption) so that it becomes \$385,000²²⁵ at the end of Year 2. When we add this \$385,000 amount to the \$22,750 Year 2 tax in column (1), the sum is \$407,750, which equals the difference between

²²² Among the reasons it is poorly designed is that unlike the exemption systems of countries that are international trade competitors of the United States, the U.S. system allows foreign-source losses to be deducted against U.S.-source income and effectively allows exemption treatment for foreign-source royalties.

²²³ See authorities cited *op. cit.* . In fact, some leading U.S. multinational lobbying groups have come to understand that a properly designed exemption or territorial system would be less generous than our existing incoherent international tax system. See NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, INC., *The NFTC's Report on Territorial Taxation*, 27 *Tax Notes Int'l* 687, 707 (Aug. 5, 2002) (arguing that Congress should “reform” the U.S. international tax system by revising the Subpart F and foreign tax credit rules rather than by enacting a territorial system). This fact helps explain why many U.S. multinational corporations and their lobbying groups were opposed to the Staff of the Joint Committee on Taxation's and the Presidential Advisory Panel on Federal Tax Reform's 2005 exemption proposals, cited *op. cit.* . Moreover, because a combination of certain defective features of the current U.S. international tax rules can result in a negative effective tax rate on some types of foreign-source income, see, e.g., GRUBERT & MUTTI, *Taxing Multinationals*, *op. cit.*, pp. 451–52, the current system, in some respects, may be more generous to taxpayers than would a properly designed cash flow consumption tax system.

²²⁴ $\$1,100,000 - \$692,250 = \$407,750$.

²²⁵ $\$350,000 + (\$350,000 \times 0.10) = \$385,000$.

USCo's after-tax net in column (1) and in columns (3) and (4). In other words, the effect of the U.S. taxing regimes in columns (3) and (4) is to relieve USCo's foreign-source income from *both* the Year 1 tax and the Year 2 tax that USCo would have incurred if it had built the factory in the United States.

Stated differently, the U.S. regimes of deferral with very loosely restrained cross-crediting (column (3)) and exemption (column (4)) provide USCo with a \$407,750 tax subsidy over Years 1 and 2 for building the new factory in Country X instead of in the United States. This subsidy can be enjoyed in future years in different amounts depending on USCo's profits and reinvestment decisions for Year 3 and beyond. For the reasons discussed above, this tax subsidy would not survive the rigorous cost/benefit analysis under which all tax expenditure provisions should be analyzed. Consequently, TEA lends significant support to reform proposals to end or significantly curtail deferral and tighten the foreign tax credit limitation to bring the credit provision in line with its fundamental purpose of mitigating international double taxation²²⁶.

D. The Export Sales Source Rule

Under the current statute, income from the sale of purchased inventory is treated as arising in (i.e., sourced to) the place of sale²²⁷ and, under the regulations²²⁸ and case law²²⁹, the place of sale is treated as the place where

²²⁶ For examples of proposals to substantially curtail deferral, see FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit.; KLEINBARD, *Territorial Taxation*, op. cit.; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 989–92; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit.; see also *International Task Force Report*, op. cit., pp. 731–35. For examples of proposals to substantially reform the foreign tax credit limitation rules to restrict cross-crediting, see PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 994–1002; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., pp. 113–23; see also *International Task Force Report*, op. cit., pp. 772–76.

²²⁷ See I.R.C. §§ 861(a)(6), 862(a)(6), 865(b).

²²⁸ See Treas. Reg. § 1.861-7(c) (1960). The regulations, however, provide that the place where the substance of the sale occurred, instead of the place where title passed, will be treated as the place of sale if the «sales transaction is arranged in a particular manner for the primary purpose of tax avoidance.» Id.; see also *United States v. Balanovski*, 236 F.2d 298, 306 (2d Cir. 1956), *cert. denied*, 352 U.S. 968 (1957). The government has been generally unsuccessful when litigating the application of this tax-avoidance exception. See 3 BITTKER & LOKKEN, op. cit., pp. 73–42, –43; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 90; PHILIP F. POSTLEWAITE & SAMUEL A. DONALDSON, *International Taxation: Corporate and Individual* 46 (4th ed. 2003). Accordingly, the title passage test essentially determines the place of sale for inventory property, with few exceptions. See, e.g., I.R.C. § 865(e)(2).

²²⁹ See, e.g., *A.P. Green Exp. Co. v. United States*, 284 F.2d 383 (Ct. Cl. 1960); *Liggett Group, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1990-18 (1990).

the rights, title, and interest of the seller of the inventory passes to the buyer (often referred to as the “title-passage test”). In situations where the U.S. seller is also the manufacturer of the inventory, the income is treated as partially production/manufacturing income and partially sales income²³⁰, with the production component sourced to the location of the seller’s production assets²³¹ and the sales component generally sourced under the title passage test²³². The current regulations allocate the income between the production and sales functions by applying an arbitrary formula that treats 50% of the income from an export sale as sales income, which generally will be characterized as having a foreign source if title to the inventory is passed to the purchaser outside the United States²³³.

The result is that 50% of the U.S. seller/exporter’s income from the export sale of inventory manufactured in the United States can be treated as foreign-source income without regard to whether the U.S. seller/exporter has a sales office or sales employees abroad, without regard to whether the purchaser of the inventory is a CFC in which the U.S. exporter/seller owns a significant interest, and without regard to whether any foreign country is likely to impose any tax on the sales income²³⁴. In fact, income from export sales of inventory by a U.S. seller/exporter usually bears little or no foreign income tax, unless the U.S. seller/exporter has a sales office or other fixed place of business or sales employees in the foreign country of sale²³⁵. This means that if a U.S. seller/exporter manufactures inventory and sells it to a foreign customer, which may be the seller’s CFC, and passes title to the

²³⁰ See I.R.C. §§ 863(b), 865(b); Treas. Reg. § 1.863-3(a), (b) (2006). See generally 3 BITTKER & LOKKEN, *op. cit.*, ch. 73; 1 ISENBERGH, *op. cit.*, 19.9–19.26; 1 KUNTZ & PERONI, *op. cit.*, A2.03[9][d].

²³¹ See Treas. Reg. § 1.863-3(c)(1) (2006).

²³² See I.R.C. §§ 861(a)(6), 862(a)(6), 863(b), 865(b); Treas. Reg. §§ 1.863-3(c)(2) (2006), 1.861-7(c) (1960).

²³³ See Treas. Reg. § 1.863-3(b)(1) (2006). A taxpayer may instead elect to determine the amount of production income by using the so-called “independent factory or production price” if the taxpayer can establish that such an independent factory or production price exists. See Treas. Reg. § 1.863-3(b)(2) (2006). A third, rarely used alternative allows a taxpayer to allocate the income from export sales between the production and sales function based on the taxpayer’s books of account, but only if the taxpayer has received advanced permission from the Service district director and if certain other requirements in the regulations are met. See Treas. Reg. § 1.863-3(b)(3) (2006).

²³⁴ See Treas. Reg. § 1.863-3(b)(1) (2006).

²³⁵ See, e.g., U.S. TREASURY DEP’T, *Report to the Congress on the Sales Source Rules 1* (1993) [hereinafter U.S. TREAS. DEP’T, *Sales Source Rules Report*].

goods sold abroad, the result is zero-foreign-taxed income, half of which is characterized as foreign-source sales income for foreign tax credit limitation purposes²³⁶. This result occurs even though most of the income producing activity occurred in the United States. If the U.S. seller/exporter also has high-taxed foreign-source income from other transactions (i.e., income taxed at foreign tax rates in excess of the top U.S. rate), the excess credits on the high-taxed income can be offset (cross credited) against the U.S. residual tax on the zero-taxed export sales income and thereby reduce or eliminate the U.S. income tax on the export sales income²³⁷. Consequently, export sales activity is subsidized by effectively reducing the U.S. income tax on the export sales income²³⁸.

Export sales source rule is a tax expenditure. Rules for determining the geographic source of a taxpayer's income and deductions are essentially legal concepts that have no independent economic significance²³⁹. Instead, they work with other rules in the tax code to define the scope of the U.S. taxing jurisdiction over foreign persons with respect to their activities within the United States and over U.S. persons with respect to their activities outside the United States²⁴⁰. In the context of U.S. taxation of the foreign business and investment activities of a U.S. person, including a U.S. multinational corporation, the source rules serve the function of defining (through the foreign tax credit mechanism) the circumstances under which the United States is willing to give its residents a foreign tax credit and thereby cede primary taxing jurisdiction to a foreign country because the income in question is determined to have its source in that country²⁴¹. As a first principle, source rules «should allocate income to the place where the

²³⁶ See, e.g., DONALD J. ROUSSLANG, *The Sales Source Rules for U.S. Exports: How Much Do They Cost?*, 62 Tax Notes 1047 (Feb. 21, 1994) [hereinafter ROUSSLANG, *Sales Source Rules*].

²³⁷ See, e.g., *International Task Force Report*, op. cit., pp. 703–05; KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., pp. 20–22; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., p. 118. The effect of cross-crediting in reducing U.S. income tax is illustrated with the example *supra* Part VI.C.

²³⁸ See U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., p. 13; ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op. cit., p. 1047.

²³⁹ See AULT & BRADFORD, op. cit., pp. 12, 30–31; see also GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317.

²⁴⁰ See, e.g., 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 364; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²⁴¹ See, e.g., 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 364; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

economic activity generating that income occurs.»²⁴² In addition, in the context of the foreign tax credit limitation, it makes sense that the source rules be designed to prevent erosion of the legitimate U.S. tax base through taxpayer manipulation of the source rules and the foreign tax credit limitation²⁴³. To achieve these objectives of appropriate U.S. tax base preservation and accurate determination of a U.S. person's foreign tax credit limitation, the source rules should generally treat an item of income as having a U.S. source when that income item has a "reasonable economic nexus" with the United States²⁴⁴. In addition, because the primary purpose of the foreign tax credit is to mitigate international double taxation, the source rules that apply for foreign tax credit purposes should treat items of income as having a U.S. source if they are not generally subject to foreign taxation²⁴⁵.

The export sales source rule does not attempt to actually associate the income source with the economic activity giving rise to the income²⁴⁶. Nor does it treat income from an export sale as having a U.S. source if that income is free of foreign tax. Instead, this rule arbitrarily allows 50% of the U.S. manufacturer's income from the export sale to be treated as foreign-source income even it bears no foreign tax and even though the bulk of the taxpayer's economic activity giving rise to the income (the production and sale of goods) may take place within the United States²⁴⁷. This rule ar-

²⁴² 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 1–2 («Sourcing rules for both income and expense must permit accurate measurement of the taxable income generated by economic activity in the United States and by the foreign activities of U.S. investors.»), 30; GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317 («The source rules should be overhauled to be better linked to the location of real economic activity, the location of customers, workers, or assets.»); see also ALLI, *International Tax Study*, op. cit., p. 19.

²⁴³ 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 1–2 (stating that properly designed source rules should help safeguard the U.S. tax base from inappropriate erosion), 4, 30 (noting the relationship between properly designed source rules and the appropriate scope of a taxpayer's foreign tax credit limitation).

²⁴⁴ See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 30; see also ALLI, *International Tax Study*, op. cit., p. 348

²⁴⁵ See U.S. TREAS. DEP'T, *INTERIM REPORT*, op. cit., pp. 4, 30.

²⁴⁶ See *id.* at 31 (concluding that the export sales source rule of current law «can reach results that depart significantly from the 'economic nexus' principle»), 32 (stating that the export sales source rule of current law «can source income in a manner that departs significantly from the 'economic nexus' principle»); 1 ISENBERGH, op. cit., 19:46–19:47.

²⁴⁷ 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365–67; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

bitrarily treats 50% of the export income as sales income, regardless of the actual relative contributions of the U.S. exporter's production and sales activities to the earning of the income, and then allows the exporter to use the title passage test to source the artificially characterized sales component of the income as foreign-source income. The place where title passes typically will have little or no economic connection with the earning of the income from the export sale and is subject to great manipulation by taxpayers for tax-avoidance purposes²⁴⁸. Moreover, most foreign countries would not tax inventory sales income merely because title to the inventory property sold passes within the country²⁴⁹. Instead, an office or fixed place of business to which the inventory sale is attributable is a prerequisite to taxation of such income in most foreign countries²⁵⁰. Thus, the title passage test for determining the source of the sales portion of the income from the export sale effectively allows a U.S. taxpayer to artificially create low-or zero-taxed foreign-source sales income that expands the taxpayer's foreign tax credit limitation and increases the opportunities for cross-crediting²⁵¹.

This rule is designed to promote a particular type of economic activity — namely, the manufacture of goods for export abroad²⁵². The export sales

²⁴⁸ See 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365–67; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 399–400; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; cf. ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 21–22; 1 ISENBERGH, op. cit., 16:9–16:10; OWENS, op. cit., p. 220.

²⁴⁹ U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 354.

²⁵⁰ See 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365–67; see also U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²⁵¹ See 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 350–51, 399–400; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 354. Concerns with the manipulability of the sales source rules for business income are longstanding. For example, Thomas Sewell Adams, an early 20th Century economist and consultant to the Treasury Department, whose work was influential in creating the U.S. rules for taxing international income, objected to an early version of the export sales source rule on the grounds that «such a rule denied the United States authority to tax much income that was, in essence, produced domestically and that such a rule was open to taxpayer manipulation.» GRAETZ & O'HEAR, op. cit., p. 1057.

²⁵² See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., p. 1; 1 ISENBERGH, op. cit., 19:47 (noting that the purpose of the export sales source rule «is to confer a tax benefit on the export of manufactured goods from the United States»); GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32 (concluding that the export sales source rule of current law «can create a tax preference for exports over domestic sales»). One leading commentator has argued that the export sales source rule is a “more potent” tax subsidy than the dedicated export subsidies such as the ISENBERGH, op. cit.,

source rule is a subsidy because it enhances the deferral and cross-crediting subsidies by artificially creating foreign-source income, much of it low- or zero-taxed²⁵³. This increases the utility of foreign tax credits by increasing the numerator of the foreign tax credit limitation fraction and often permits the U.S. exporter to credit the high foreign taxes on other foreign business income against the U.S. residual tax on the low- or zero-taxed export sales income and thereby reduce or eliminate the U.S. residual tax²⁵⁴. In analyzing whether the export sales source rule is a subsidy, an appropriate baseline needs to be used to determine how much of the income from the export sale should properly be treated as foreign-source income.

One appropriate baseline would be arm's length apportionment of the type used in the independent factory or production price method in the current regulations²⁵⁵. Under this approach, the production portion of the export sales income would be determined by using the price at which the manufactured product would exchange hands between an unrelated manufacturer and unrelated distributor applying the principles of the transfer pricing regulations under section 482²⁵⁶. This production portion of the

19:47. now-repealed FSC provisions and extraterritorial income exclusion provisions. 1

²⁵³ See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 32.

²⁵⁴ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1007; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 48 («The shielding of export income is an export incentive for corporations with excess foreign tax credits.»). In fact, the export sales source rule, when combined with the cross-crediting opportunities in the general category limitation basket, may create a negative effective U.S. tax rate on the foreign-source income from an export sale of inventory property under certain circumstances. See ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op. cit.; see also U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., p. 46.

²⁵⁵ See Treas. Reg. § 1.863-3(b)(2) (2006). For a sampling of critiques of the use of the arm's length standard as the method for allocating the taxable income of multinational enterprises among different countries, see REUVEN S. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 Va. Tax Rev. 89 (1995); AVI-YONAH, *Structure of International Taxation*, op. cit., pp. 1339–52; STANLEY I. LANGBEIN, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes 625, 669–70 (Feb. 17, 1986); DALE W. WICKHAM & CHARLES J. KERESTER, *New Directions Needed for Solution of the International Transfer Pricing Tax Puzzle: Internationally Agreed Rules or Tax Warfare?*, 56 Tax Notes 339, 344–55 (July 20, 1992).

²⁵⁶ See, e.g., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 33, 353–54; ISENBERGH, op. cit., 19:46; see also OWENS, op. cit., p. 221 («The independent factory price establishes a constructive selling price for the purpose of determining the manufacturing income from sources in the United States and a constructive cost of goods sold for determining the sales income from sources in the foreign country.»).

income would then be sourced in accordance with the location of the exporter's production activities, which means that this portion of the income will be entirely or predominantly U.S.-source income in the usual case. The remainder of the income would be treated as sales income and usually foreign-source income if the title passage test is used to determine the source of the sales income.

A second appropriate baseline for determining the U.S.-source portion of the export sales income would be the amount of sales income that is determined under a formulary apportionment method using an appropriate multi-factor test²⁵⁷. This baseline approach avoids the administrative difficulties of using an arm's length approach and recognizes that there are a significant number of situations in which an arm's length price is unavailable or not obtainable at a reasonable cost²⁵⁸.

A third appropriate baseline would be to treat the export sales income as entirely U.S.-source income under a residence of the seller approach, unless the U.S. exporter could show that the export sales income had some significant foreign nexus — namely that the income was attributable to a foreign office of the exporter that materially participated in the sale and/or was subject to a minimum amount of foreign income tax (e.g., a 10% foreign income tax)²⁵⁹. Under this third baseline, only the portion of the export sales income shown to have the requisite foreign nexus would be foreign-source income; the remainder of the income would be treated as having a U.S. source²⁶⁰.

Regardless of which of these three baselines is used, the arbitrary 50% allocation approach in the export sales source rule of current law departs from the baseline in a significant way and does so for the purpose of promoting export sales activity by expanding cross-crediting opportunities. Thus, the export sales source rule of current law is an export subsidy ef-

This baseline would be generally consistent with the rules of the trading partners of the United States for the taxation of export income and with the rules for taxing export sales income in U.S. tax treaties. See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

²⁵⁷ See, e.g., PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1008.

²⁵⁸ Cf. U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

²⁵⁹ See id.; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1007; ROBERT J. PERONI, *A Hitchhiker's Guide to Reform of the Foreign Tax Credit Limitation*, 56 SMU L. REV. 391, 396 (2003); PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., pp. 118, 132; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., pp. 150–52; see also LOKKEN, op. cit., p. 769. This baseline would more closely reflect the approach of the trading partners of the United States and the taxation of export sales income under U.S. tax treaties than does the export sales source rule of current law. See U.S. TREAS. DEP'T, *INTERIM REPORT*, op. cit., p. 33.

²⁶⁰ See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

fectured through the tax system and is properly classified as a tax expenditure. Consistent with this analysis, the Staff of the Joint Committee on Taxation and the Office of Management and Budget/Treasury have both consistently treated the rule as a tax expenditure provision and attempted to quantify the cost of the tax subsidy²⁶¹.

Cost/benefit analysis of export sales source rule subsidy. This tax subsidy would not survive a cost/benefit analysis. The costs of the subsidy in terms of revenue loss and domestic welfare loss outweigh any benefits that the subsidy provides in terms of increased domestic investment and U.S. exports. To be specific, this tax subsidy distorts some U.S. taxpayers' economic behavior by creating a tax incentive for taxpayers in an excess foreign tax credit position to shift investment from other domestic business activities to domestic export activities, even if the domestic export activities have a lower pre-tax economic return²⁶². This rule also has an adverse effect on the U.S. terms of trade, resulting in an overall negative effect on domestic economic welfare²⁶³. In addition, the rule seems to do little to increase U.S. exports and the revenue gain from replacing the rule with an economic activity-based rule may raise at least slightly more revenue than the reduction in exports that would result from such change²⁶⁴. It seems reasonably clear that the effect on exports from repeal of the rule would likely be minimal²⁶⁵.

In any event, the export sales source rule is a strangely designed program for subsidizing U.S. export activity. This rule generally benefits U.S. exporters/sellers who have excess foreign tax credits in the general limita-

²⁶¹ STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, op. cit., p. 24 (estimating the total revenue cost for fiscal years 2007–2011 from the inventory property export sales source rule as \$34.0 billion); 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 287 (estimating the total revenue cost for fiscal years 2008–2012 from the inventory property export sales source rule as \$12.577 billion).

²⁶² See ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op. cit., pp. 1051–53; see also STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 102D CONG., *Factors Affecting the International Competitiveness of the United States* 256–57 (Joint Comm. Print 1991); DONALD J. ROUSSLANG, *Comments on Hufbauer and DeRosa, Costs and Benefits of the Export Source Rule*, 76 Tax Notes 541, 543–45 (July 28, 1997). But see GARY C. HUFBAUER & DEAN A. DEROSA, *Costs and Benefits of the Export Source Rule*, 75 Tax Notes 1401, 1412 (June 9, 1997) [hereinafter HUFBAUER & DEROSA, *Costs and Benefits*]; GARY C. HUFBAUER & DEAN A. DEROSA, *The Costs and Benefits of the U.S. Export Source Rule: A Rejoinder*, 77 Tax Notes 103 (Oct. 6, 1997).

²⁶³ See GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit., pp. 46–47 (using a general equilibrium model and estimating that this export sales source rule results in a total tax benefit of about \$315 million and a welfare loss to the United States of about \$115 million).

²⁶⁴ See U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 2, 23–25. But see HUFBAUER & DEROSA, *Costs and Benefits*, op. cit. .

²⁶⁵ See U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 2, 23–25.

tion income category (i.e., more foreign tax credits in the category than available limitation) so that the exporter bears no net U.S. residual tax on its high-taxed active foreign business income in the general limitation category and must generate additional low-taxed foreign income to absorb the excess credits²⁶⁶. By contrast, this rule does not benefit U.S. exporters/sellers who are in an excess foreign tax credit limitation position (i.e., the foreign tax credit limitation exceeds the U.S. exporter/seller's creditable foreign taxes or, stated differently, the exporter's U.S. tax on its active foreign income is greater than its foreign tax payments so that it cannot obtain a U.S. tax benefit from the creation of additional low-taxed foreign income)²⁶⁷. Thus, the amount of the subsidy provided varies with the amount of a U.S. exporter's excess foreign tax credits and with the taxpayer's ability to use them in a foreign tax credit carryover year²⁶⁸. Moreover, this rule does not benefit U.S. exporters/sellers who are in an excess credit position in a number of situations by reason of other complex and specific aspects of the U.S. exporter's foreign tax credit limitation position²⁶⁹. It is not immediately apparent why Congress would want to enact an export subsidy program that applies so arbitrarily because it is tied to the U.S. exporter's foreign tax credit limitation position²⁷⁰.

Finally, this rule creates an incentive for U.S. exporters to shift investment to high-tax foreign countries because the resulting high foreign tax can be cross credited against the U.S. residual tax on the low-taxed foreign-source income created through application of the export sales source rule²⁷¹. This causes the U.S. Treasury to relieve high-tax foreign countries of some of the negative tax competition consequences that would otherwise result from their fiscal policies. Such an incentive effect bears no relationship to a rationally designed export subsidy program. If the export sales source rule

²⁶⁶ See U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 32–33.

²⁶⁷ See id.

²⁶⁸ See id. Under section 904(c) of current law, a taxpayer may carry back excess foreign tax credits to the immediate prior tax year and carry them forward to the succeeding ten tax years.

²⁶⁹ First, the U.S. exporter/seller will not receive a benefit if the U.S. exporter/seller would have an overall U.S.-source loss under an activity-based source rule. See U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 13–14. Second, the U.S. exporter/seller will not receive a benefit if the U.S. exporter/seller would have an overall foreign loss under an activity-based source rule. See id. p. 14.

²⁷⁰ See id. p. 16.

²⁷¹ See id. p. 14.

were recast as a direct expenditure program with these characteristics, it would have little or no chance of being enacted into law.

One last point bears mention here. Given the obligations of the United States under the General Agreement on Tariffs and Trade, it probably could not replace this tax subsidy with a direct government grant to encourage exports²⁷². In applying TEA to the export sales source rule, this consideration arguably would be a factor in favor of using the tax system to deliver an export subsidy if one could conclude that such a governmental program should be enacted in the first place.

This is a dubious proposition under traditional economic theory, however, because such a program would be protectionist in approach and run counter to the economic theories supporting free trade. As a general matter, export subsidies distort resource allocation and are economically inefficient²⁷³.⁴³¹ Thus, export subsidies generally are not sensible government programs.

In sum, TEA helps demonstrate that the export sales source rule is an inappropriate and ineffective subsidy for U.S. export sales activities. Accordingly, this element of the U.S. international tax system should be repealed and the source rules in the Code amended to provide that the source of the income from export sales will be determined using one of the baseline approaches discussed above, all of which more clearly reflect the location of the economic activities giving rise to the income than does the export sales source rule of current law.

VII. Conclusions

The analysis in this article supports the propositions that TEA is grounded in the ability-to-pay and neutrality concepts, is unaffected by the implicit tax concept, and has a settled core that makes it an important and useful analytical tool of tax policy, despite the many criticisms that have been leveled at it over the years. In our view, the principal purpose and justification

²⁷² See also MICHAEL J. MCINTYRE, *Collecting Current Tax From U.S.-Resident Individuals and U.S.-Based MNEs on Income Earned Through Foreign Entities*, 11 Tax Notes Int'l 440 (Aug. 14, 1995); cf. PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1006.

²⁷³ See, e.g., ANDREW GREEN & MICHAEL TREBILCOCK, *Enforcing WTO Obligations: What Can We Learn From Export Subsidies?*, 10 J. Econ. L. 653, 660–64 (2007). Some commentators, however, have argued that export subsidies can promote economic efficiency under certain circumstances. See id. pp. 62–64.

of TEA is to serve as a triggering mechanism for mandatory recasting and cost/benefit analysis of governmental programs accomplished through the federal income tax system. Stated differently, TEA's central focus is on transparency and accountability concerning governmental programs delivered through the tax system. It is meant to have a salutary restraining effect on the strong impulse by many members of Congress to engage in obfuscation by enacting governmental programs in the form of tax incentives that they would never advocate as direct expenditure programs. This potential restraining effect of TEA is even more important in today's policy climate where it is difficult for Congress to spend money openly by enacting new direct expenditure programs.

In the context of the U.S. international taxation rules, TEA helps expose serious defects in the existing framework for taxing income derived by U.S. persons from foreign activities. To be specific, when three important features of the U.S. international tax rules — deferral, cross-crediting, and the export sales source rule — are recast and analyzed as direct governmental programs, TEA shows that these rules are inefficient subsidies that do not survive a cost/benefit analysis, are inappropriate from a tax policy standpoint, and should be significantly modified or repealed. Thus, TEA should play an increasingly important role in the analysis of legislative proposals in the international tax area.

Rilanciare la *tax expenditure analysis* e la sua dimensione internazionale*

J. Clifton Fleming, Jr. ** e *Robert J. Peroni* ***

* Copyright © 2008 by J. Clifton Fleming, Jr. & Robert J. Peroni. Tutti i diritti riservati. Ringraziamo Dorothy Brown, Neil Buchanan, Joseph Dodge, John Dzienkowski, Deborah Geier, Edward Kleinbard, Richard Krever, Martin McMahon, Jr., James Repetti, Julie Roin, e i partecipanti ai seminari della Washington & Lee University School of Law e della J. Reuben Clark Law School of Brigham Young University, così come i partecipanti al congresso annuale della European Association of Tax Law Professors tenutosi ad Helsinki nel giugno 2007 e a due incontri di diritto tributario al *joint annual meeting* della Law & Society Association and the Research Committee on Sociology of Law di Berlino del July 2007, per gli utili commenti sulle prime versioni di questo articolo. La versione integrale di questo articolo è stata pubblicata in *Virginia Tax Review*, vol. 27, n. 3, 2008 p. 437. Per gentile concessione degli autori, ne pubblichiamo in questa rivista una versione ridotta, curata da Pietro Selicato.

Traduzione italiana di Massimo Dafano.

** Ernest L. Wilkinson Chair and Professor of Law, J. Reuben Clark Law School, Brigham Young University.

*** James A. Elkins Centennial Chair in Law and Professor of Law, The University of Texas School of Law. Il Professor Peroni ringrazia Dean Lawrence Sager della University of Texas School of Law e la University of Texas Law School Foundation per il loro generoso supporto alla ricerca, e Dean David Van Zandt della Northwestern University School of Law per il loro generoso supporto durante la visita del professor Peroni nell'autunno 2006 a Northwestern come Jack N. Pritzker Distinguished Visiting Professor of Law. Il Professor Peroni ringrazia anche Melissa Bernstein, sua assistente di biblioteca alla University of Texas, e Vinay Kohli, suo assistente presso la University of Texas, per il loro supporto nelle ricerche. Il Professor Peroni dedica questo articolo ai suoi amati genitori, Emil Peroni, il suo defunto padre, e Betty Peroni, sua madre, per il loro favoloso supporto e il loro continuo esempio negli anni.

SOMMARIO: *I. Introduzione; II. Una semplice ma necessaria illustrazione; III. È la TEA qualcosa più di una semplice retorica?; A. Capacità contributiva e SHS; B. Neutralità; IV. Altre critiche alla TEA; A. La tassazione implicita rende irrilevanti le preoccupazioni sulle tax expenditures?; B. La TEA può essere uno strumento per l'elaborazione della politica governativa?; 1. L'importanza della determinazione di una base imponibile normativa; 2. La*

riclassificazione delle tax expenditures in spese dirette; 3. Lo status sospetto delle tax expenditures e la necessità di una identificazione obbligatoria; 4. La visione ampia contro la visione ristretta dell'analisi costi/benefici; 5. Quando solo le Tax Expenditures possono essere introdotte; 6. Conclusioni; C. La TEA è una regola di esclusione o accettazione automatica? D. Un piano nascosto?; E. La TEA è fuorviante?; 1. La TEA implica che il governo possieda tutto il tuo reddito?; 2. Le tax expenditures sono indistinguibili dai tagli fiscali?; F. L'imposizione sul consumo come norma; G. Non così in fretta! La nostra imposta ibrida sul reddito/consumo non si è evoluta essenzialmente in una imposta sul consumo; G. Indeterminatezza; I. Inaccuratezza; L. Le conclusioni di Bittker; M. Il limitato successo della TEA; V. L'Analisi Costi/Benefici; VI. La TEA e il regime di imposizione sul reddito internazionale degli Stati Uniti; A. Differimento dell'imposizione statunitense sul reddito percepito attraverso una società estera; B. Cross-Crediting; C. Un esempio che illustra gli effetti del differimento e del cross-crediting; D. La Export Sales Source Rule

Introduzione

Le *Federal tax expenditures* (ovvero, sovvenzioni e incentivi forniti attraverso l'imposizione federale sul reddito) sono un aspetto importante del sistema fiscale americano che è cresciuto molto più che significativamente negli anni recenti. Per esempio, lo *U.S. Government Accountability Office* ha stimato che le *tax expenditures* nell'anno d'imposta 2004 erano equivalenti a \$896 miliardi di spese dirette e concludeva che, dal 1988, le *tax expenditures* hanno spesso ecceduto le spese federali dirette, discrezionali¹. Come risultato, non è sorprendente che i dibattiti relativi alle *tax expenditures*

¹ Cfr. U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-690, *Tax Expenditures Represent a Substantial Federal Commitment and Need to Be Reexamined* 8, 35 n.43, 36 (Sept. 2005) [nel seguito GAO, *Federal Commitment*], disponibile all'indirizzo:

<http://www.gao.gov/new.items/d05690.pdf>. Inoltre, il Treasury Department statunitense ha stimato che se fossero state abolite tutte le *corporate tax expenditures*, effettive al 1 gennaio 2008, \$1.24 trilioni di entrate aggiuntive sarebbero state conseguite durante il periodo 2008–2017.

Cfr. U.S. TREAS. DEPT, *Background Paper, Treasury Conference on Business Taxation and Global Competitiveness 10–11 (July 23, 2007)* [nel seguito U.S. Treas. Dep't, *Background Paper*], disponibile all'indirizzo <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/07230%20r.pdf>. Per un commento che classifichi e analizzi la crescita delle *tax expenditures*, si veda JOHN F. WITTE, *The Politics and Development of the Federal Income Tax* 288–98 (1985).

(incluso la vastità e il ruolo di tali spese) sono una parte significativa dell'analisi della politica fiscale.

Di fatto, questi dibattiti iniziarono negli Stati Uniti quando il Professor Stanley Surrey, allora *Assistant Secretary of the Treasury for Tax Policy*, tenne nel novembre 1967 un discorso nel quale argomentava meravigliosamente che se effettivamente una norma fiscale fornisce una sovvenzione o un incentivo per una determinata fonte di reddito o un gruppo di contribuenti, è l'equivalente di un pagamento *cash* del governo e, implicitamente, dovrebbe essere soggetto allo stesso scrutinio cui è sottoposta una esplicita spesa di denaro pubblico². Coerente con questo approccio, Surrey, allora *Assistant Secretary of the Treasury for Tax Policy*, diede il nome "tax expenditure" agli aspetti del diritto tributario che prevedono sovvenzioni o incentivi³, con ciò

² STANLEY S. SURREY, *The United States Income Tax System — The Need for Full Accounting*, in *Tax Policy and Tax Reform: Selected Speeches and Testimony of Stanley S. Surrey* 575, 575–85 (William F. Hellmuth & Oliver Oldman eds., 1973) [d'ora in avanti SURREY, *Full Accounting*]; cfr. anche STANLEY S. SURREY, *Pathways to Tax Reform* 33 (1973) [d'ora in avanti SURREY, *Pathways*]; STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *Tax Expenditures* 88 (1985) [d'ora in avanti SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*]. Per un altro autore che supporta la teoria delle *tax expenditures*, si veda MICHAEL J. MCINTYRE, *A Solution to the Problem of Defining a Tax Expenditure*, 14 U.C. Davis L. Rev. 79, 89 (1980) («La logica suggerisce che le *tax expenditures* debbano essere soggette alle stesse tipologie di analisi costo/beneficio e agli stessi tradeoffs politici applicabili ai programmi di spesa diretti funzionalmente equivalenti.»).

Sebbene questo approccio sembri sostenere un attacco al First Amendment Establishment Clause attack sia rispetto alla esenzione dall'imposta sul reddito federale per le organizzazioni religiose che alle deduzioni sulle imposte sul reddito delle erogazioni liberali a queste organizzazioni, vedi per esempio, SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., a 132–37; DONNA D. ADLER, *The Internal Revenue Code, the Constitution, and the Courts: The Use of Tax Expenditure Analysis in Judicial Decision Making*, 28 Wake Forest L. Rev. 855, 912–14 (1993), la giurisprudenza della Corte Suprema più significativa è generalmente interpretata come un supporto all'idea che l'esenzione e la deduzione non sia ordinariamente vulnerabili a un cambiamento del Primo emendamento. Si veda per esempio, LINDA SUGIN, *Tax Expenditure Analysis and Constitutional Decisions*, 50 Hastings L.J. 407, 460–72 (1999) («è chiaro che l'equivalenza economica dei benefici fiscali e della spesa diretta non sia il fattore più importante da considerare nell'analisi sull' *establishment clause*.»); EDWARD A. ZELINSKY, *James Madison and Public Choice at Gucci Gulch: A Procedural Defense of Tax Expenditures and Tax Institutions*, 102 Yale L.J. 1165, 1192–93 (1993) [d'ora in avanti ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*] (sostenendo che la distinzione operata dal First Amendment tra sussidi diretti e fiscali sia «proceduralmente più inoppugnabile» di quanto credano molti commentatori); Vedi anche BORIS I. BITTKER, *Churches, Taxes and the Constitution*, 78 Yale L.J. 1285 (1969); EDWARD A. ZELINSKY, *Are Tax "Benefits" Constitutionally Equivalent to Direct Expenditures?*, 112 Harv. L. Rev. 379 (1998).

³ Cfr. SURREY, *Full Accounting*, op. cit., pp.576–78; vedi anche STATE OF CALIFORNIA,

introducendo la *tax expenditure analysis* (d'ora in avanti: TEA) nella politica fiscale americana⁴. Durante i suoi quattordici mesi di servizio al governo, Surrey supervisionò la creazione del *Treasury's first tax expenditure budget*⁵ e, in seguito al suo ritorno alla facoltà di giurisprudenza di Harvard, scrisse o fu coautore (per lo più con il Professor Paul McDaniel) di una serie di volumi ed articoli che promuovevano fortemente la TEA come uno strumento per la formulazione della politica governativa, in primo luogo per la politica fiscale sull'imposizione federale dei redditi⁶. Questo lavoro ebbe successo nel rendere radicata la TEA nel dibattito americano sulle imposte sul reddito.

LEGISLATIVE ANALYST'S OFFICE, *Tax Expenditure Reviews 1* (Nov. 2007), disponibile all'indirizzo http://www.lao.ca.gov/2007/tax_expenditures/tax_expenditures_1107.pdf (definisce le *tax expenditures* come «aspetti del codice tributario — che includono crediti d'imposta, deduzioni, esclusioni ed esenzioni — che permettono ad una determinate platea di contribuenti di ridurre le loro imposte rispetto a quelle che avrebbero pagato secondo quanto i avessero inteso una struttura giuridico tributaria basilare o normale»); C. EUGENE STEUERLE, *Contemporary U.S. Tax Policy* 297 (2004) [d'ora in avanti STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*] (definisce le *tax expenditures* «programmi di spesa convogliati attraverso il sistema tributario»); MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: Tax Incentives and Economists*, 111 *Tax Notes* 20 (Apr. 3, 2006) [d'ora in avanti SULLIVAN, *Tax Incentives*] (definisce le *tax expenditures* «deliberate deviazioni da un'imposizione neutrale rivolte ad un circoscritto gruppo di contribuenti»).

⁴ Nonostante Surrey segni un colpo retorico con la sua popolarizzazione dell'idioma “*tax expenditure*,” altri avevano precedentemente posto l'attenzione sui molti sussidi concessi attraverso il sistema fiscale e ai temi che sollevano, ciò che era l'essenza dell'interesse di Surrey nel promuovere la *tax expenditure analysis* (TEA). Vedi, per esempio, WALTER J. BLUM, *Tax Policy and Preferential Provisions in the Income Tax Base*, in 1 *Committee on Ways and Means, Tax Revision Compendium* 77, 83 (Comm. Print 1959) [d'ora in avanti BLUM, *Preferential Provisions*] («I sussidi concessi attraverso l'imposizione sui redditi sono particolarmente perniciosi . . . tutto sommato, una forma meno desiderabile di concedere un sussidio non è facilmente immaginabile»); BERNARD WOLFMAN, *Federal Tax Policy and the Support of Science*, 114 *U. Pa. L. Rev.* 171, 186 (1965) («le somme allocate a livello federale attraverso preferenze nella politica fiscale e speciali disposizioni di esenzioni dovrebbero essere rispecchiate nel bilancio federale.»); cfr. anche WILLIAM VICKREY, *Agenda for Progressive Taxation* 18 (1947) (che descrive il trattamento fiscale federale favorevole dei redditi di fonte interna come un sussidio inefficiente). Per una disamina della storia del concetto di *the tax expenditure*, cfr. JONATHAN BARRY FORMAN, *Origins of the Tax Expenditure Budget*, 30 *Tax Notes* 537 (Feb. 10, 1986).

⁵ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *The Tax Expenditure Budget: A Conceptual Analysis*, in *Tax Policy and Tax Reform: Selected Speeches and Testimony of Stanley S. Surrey* 587, 587–612 (William F. Hellmuth & Oliver Oldman eds., 1973) [d'ora in avanti U.S. TREAS. DEP'T, *Conceptual Analysis*]; FORMAN, op. cit., pp. 539–41.

⁶ Vedi, SURREY, *Pathways*, op. cit.; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit.; PAUL R. MCDANIEL & STANLEY S. SURREY, *Tax Expenditures: How to Identify Them; How to Control Them*, 15 *Tax Notes* 595 (May 24, 1982); STANLEY S. SURREY, *Federal Income Tax Reform: The Varied Approaches Necessary to Replace Tax Expenditures with Direct Governmental Assistance*, 84 *Harv. L. Rev.* 352 (1970); STANLEY S. SURREY, *Government Assistance: The Choice Between Direct Programs*

Surrey sostenne che le *tax expenditures* soffrivano di certi difetti congeniti che quasi sempre le rendono inferiori ad analoghe spese *cash*⁷. Per Surrey la lista delle *tax expenditures* accettabili era così corta che l'effetto pratico della TEA era rifiutare quasi ogni disposizione delle imposte sui redditi configurabile quale *tax expenditure*⁸. Gli esiti automatici derivanti da formule o definizioni erano ritenuti sospetti, ad ogni modo, a causa della complessità barocca della struttura e degli effetti del sistema federale di imposizione dei

and Tax Expenditures, 8 Tax Notes 507 (Apr. 30, 1979); STANLEY S. SURREY, *Tax Incentives as a Device for Implementing Government Policy: A Comparison with Direct Government Expenditures*, 83 Harv. L. Rev. 705 (1970) [d'ora in avanti SURREY, *Implementing Government Policy*]; STANLEY S. SURREY, *Tax Subsidies as a Device for Implementing Government Policy*, 3 Tax Adviser 196 (1972); STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act of 1974*, 17 B.C. Indus. & Com. L. Rev. 679 (1976); STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept and the Legislative Process*, in *The Economics of Taxation 123* (Henry J. Aaron & Michael J. Boskin eds., 1980) [d'ora innanzi *Economics of Taxation*]; STANLEY S. SURREY & PAUL R. MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept: Current Developments and Emerging Issues*, 20 B.C. L. Rev. 225 (1979) [d'ora innanzi SURREY & MCDANIEL, *Current Developments*]. Per un lavoro del Professor Surrey sulla legislazione speciale fiscale sugli interessi che precede la sua dottrina sulla TEA, vedi STANLEY S. SURREY, *The Congress and the Tax Lobbyist — How Special Tax Provisions Get Enacted*, 70 Harv. L. Rev. 1145 (1957).

⁷ Cfr. SURREY, *Full Accounting*, op. cit., p. 579, 583; SURREY, *Implementing Government Policy*, op. cit., p. 726–32; STANLEY S. SURREY & WILLIAM F. HELLMUTH, *The Tax Expenditure Budget—Response to Professor Bittker*, 22 Nat'l Tax J. 528 (1969).

⁸ Surrey, ad ogni modo, sosteneva che qualificare una disposizione fiscale come *tax expenditure* non dovrebbe causarne automaticamente un rigetto, vedi SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., p. 5–6, e che la dizione “*tax expenditure*” non ha in sé automaticamente una connotazione negativa. Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Conceptual Analysis*, op. cit., p. 588–89; SURREY, *Full Accounting*, op. cit., p. 578–79. Tuttavia, i suoi studi erano talmente critici verso le *tax expenditures*, vedi, per.es., SURREY, *PATHWAYS*, op. cit., p. 134–49; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., p. 71–97, che la TEA è stata ampiamente intesa come finalizzata ad inserire un'etichetta negativa alle *tax expenditures* e come una serie di argomentazioni favorevoli alla loro eliminazione. Cfr. BRUCE BARTLETT, *The End of Tax Expenditures As We Know Them?*, 92 TAX NOTES 413, 414 (16 luglio, 2001) [d'ora in avanti BARTLETT, *The End*]; DOUGLAS A. KAHN & JEFFREY S. LEHMAN, *Tax Expenditure Budgets: A Critical View*, 54 Tax Notes 1661, 1662–63 (30 Mar., 1992); JULIE ROIN, *Truth in Government: Beyond the Tax Expenditure Budget*, 54 Hastings L.J. 603, 612 (2003); DANIEL N. SHAVIRO, *Rethinking Tax Expenditures and Fiscal Language*, 57 Tax L. Rev. 187, 201–02 (2004); VICTOR THURONYI, *Tax Expenditures: A Reassessment*, 1988 Duke L.J. 1155, 1165 (1988); DAVID A. WEISBACH & JACOB NUSSIM, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 Yale L.J. 955, 976 (2004). Surrey non era il solo, comunque, a considerare il più delle volte criticabili le *tax expenditures*. Vedi, e.g., BLUM, *Preferential Provisions*, op. cit., p. 83 («A una forma meno desiderabile di concedere un sussidio non è facilmente immaginabile.»); ERIC J. TODER, *Tax Cuts or Spending— Does It Make a Difference?*, 53 Nat'l Tax J. 361, 362 (2000) («Secondo le analisi comuni delle politiche fiscali, le *tax expenditures* rendono il sistema fiscale peggiore . . . »).

redditi. Per molti autori e commentatori, questa complessità, detta il bisogno di “*do tax policy*” nell’identificare criteri rilevanti, applicando i criteri individuali ai temi di politica fiscale, e pesando i risultati derivanti dal confronto dei vari criteri individuali l’uno con l’altro generano conflitto⁹. Dal momento che le risposte spesso sono in conflitto, le decisioni di politica fiscale adottate nell’ambito del presente approccio multi-fattore in genere comportano un notevole grado di giudizio. Le controversie sono frequenti e gli esiti automatici sono pochi.

Conseguentemente, c’è una resistenza considerevole alle pietre di paragone e alle formule nel pianeta dell’imposizione federale sui redditi¹⁰ e non è una sorpresa che la TEA fu vigorosamente criticata dal suo esordio e continui a fornire analisi negative¹¹. Nonostante questo criticismo, il *Congressio-*

⁹ Si veda, ad esempio, U.S. GOV’T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-1009SP, *Understanding the Tax Reform Debate: Background, Criteria, & Questions* 24–52 (Sept. 2005), disponibile all’indirizzo <http://www.gao.gov/new.items/d051009sp.pdf>; U.S. TREAS. DEP’T, *1 Tax Reform for Fairness, Simplicity and Economic Growth* 13–19 (Nov. 1984) [d’ora in avanti U.S. TREAS. DEP’T, *Tax Reform*], disponibile al <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/tax-reform>; JOSEPH M. DODGE, J. CLIFTON FLEMING, JR. & DEBORAH A. GEIER, *Federal Income Tax: Doctrine, Structure and Policy* 119–35 (3d ed. 2004); JOEL SLEMMEROD & JON BAKIJA, *Taxing Ourselves* 55–188, 231 (3d ed. 2004); vedi anche JOSEPH A. PECHMAN, *Federal Tax Policy* (5th ed. 1987); JOSEPH T. SNEED, *The Criteria of Federal Income Tax Policy*, 17 Stan. L. Rev. 567 (1965).

¹⁰ Per darne un esempio, il Professor Charlotte Crane ha scritto, «*There is not — and probably cannot be — an ideal concept of an income tax that is worth using as a starting point. There are simply too many compromises that must be made in translating any concept into a workable tax base, and too much room for arguing about which are expedients necessary to make the tax administrable and which are the result of a perceived need to respond to political pressure to lower tax burdens*». CHARLOTTE CRANE, *The Income Tax and the Burden of Perfection*, 100 Nw. U. L. Rev. 171, 185 (2006); cfr. anche WEISBACH & NUSSIM, op. cit., al 976 («There is no such thing as a normative tax base.»). *Contra* cit. *infra* nota 56.

¹¹ Cfr. BARTLETT, *The End*, op. cit.; BORIS I. BITTKER, *Accounting for Federal “Tax Subsidies” in the National Budget*, 22 Nat’l Tax J. 244 (1969) [d’ora in avanti BITTKER, *Accounting*]; CRANE, op. cit., al 184 (che ritiene la TEA un’ossessione accademica); THOMAS D. GRIFFITH, *Theories of Personal Deductions in the Income Tax*, 40 Hastings L.J. 343, 345–66 (1989) (per il quale, in parte, il modello tax expenditure di Surrey non è basato su alcun principio di giustizia distributiva); KAHN & LEHMAN, op. cit.; BERNARD WOLFMAN, *Tax Expenditures: From Idea to Ideology*, 99 Harv. L. Rev. 491 (1985) (riesanima SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit.); EDWARD A. ZELINSKY, *Efficiency and Income Taxes: The Rehabilitation of Tax Incentives*, 64 Tex. L. Rev. 973, 1026–33 (1986) [d’ora in avanti ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*]; ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit.; EDWARD A. ZELINSKY, *Qualified Plans and Identifying Tax Expenditures: A Rejoinder to Professor Stein*, 9 Am. J. Tax Pol’y 257 (1991); EDWARD A. ZELINSKY, *Tax Policy v. Revenue Policy: Qualified Plans, Tax Expenditures, and the Flat, Plan Level Tax*, 13 Va. Tax Rev. 591 (1994); EDWARD A. ZELINSKY, *The Tax Reform Act of 1986: A Response to Professor Yorio and His Vision of the Future of the Internal Revenue Code*, 55 FORDHAM

nal Budget and Impoundment Control Act del 1974 richiede che la proposta di bilancio annuale del Presidente contenga una lista di *tax expenditures*¹², e il *Congress's Joint Committee on Taxation* ha prodotto la sua *tax expenditure list* ogni anno dal 1972¹³. Sebbene la TEA non abbia ridotto o invertito la crescita delle *tax expenditures* come sperava Surrey¹⁴, la TEA continua a giocare un ruolo considerevole nel dibattito sulla politica fiscale con grande dispiacere dei suoi detrattori¹⁵.

Sebbene la TEA sia familiare alla gran parte degli operatori e degli studiosi del diritto, ne forniremo una illustrazione necessaria nella seconda parte di quest'articolo. Questa dissertazione porrà le basi per le analisi seguenti e così fornirà una tecnica per strutturare quell'analisi.

La persistenza della TEA in un ambiente ostile suggerisce che abbia una sostanza importante nonostante le critiche che riceve. Nella parte III di

L. REV. 885, 889–94 (1987) [d'ora innanzi ZELINSKY, *Response*]; EDWARD A. ZELINSKY, *The Tax Treatment of Qualified Plans: A Classic Defense of the Status Quo*, 66 N.C. L. Rev. 315 (1988).

¹² Cfr. Pub. L. No. 93-344, § 601, 88 Stat. 297, 323 (1974).

¹³ Cfr., p. es., STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 110TH CONG., *Estimates of Federal Tax Expenditures for Fiscal Years 2007-2011*, at 1 n.2 (Joint Comm. Print 2007) [d'ora in poi STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*].

¹⁴ Cfr. GAO, *Federal Commitment*, op. cit., p. 19–42; U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-06-1028T, *Individual Income Tax Policy: Streamlining, Simplification, and Additional Reforms Are Desirable 9–10* (Aug. 2006), disponibile all'indirizzo internet <http://www.gao.gov/new.items/d061028t.pdf>; U.S. GEN. ACCOUNTING OFFICE, GAO/GGD/AIMD-94-122, *Tax Policy: Tax Expenditures Deserve More Scrutiny 33–35*, 50 (June 1994). Sebbene l'ammontare totale delle *tax expenditures* non sia stato ridotto, la sua composizione in anni recenti si è spostata dai *benefits* alle imprese verso i *benefits* per gli individui. Cfr. STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., at 43–44; TODER, op. cit., p. 362.

¹⁵ Cfr., p. es., PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Simple, Fair, & Pro-Growth: Proposals to Fix America's Tax System 27*, 53, 57 (2005) [d'ora in poi PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*],

disponibile all'indirizzo internet <http://www.taxreformpanel.gov/final-report> (utilizza la TEA nello sviluppo delle proposte di riforma della politica fiscale); GRIFFITH, op. cit., p. 349 (sostiene che la TEA «*has had a significant impact on the formulation of tax policy*»); JOANN M. WEINER, *Tax Expenditures and the Federal Budget*, 118 Tax Notes 586 (Feb. 4, 2008); cfr. anche WITTE, op. cit., p. 269 (tratta dell'influenza della TEA sul processo legislativo in materia fiscale); SHAVIRO, op. cit., p.187 («*At least 14 countries release tax expenditure data . . .*»). Un critico della TEA, Professor Edward Zelinsky, ha descritto l'influenza della TEA nel modo seguente: «*Few academic doctrines can claim the intellectual and political success of tax expenditure analysis. In roughly a generation's time, Professor Surrey's procedural and substantive critique of tax subsidies has become entrenched in the law school curriculum and in legal scholarship. More impressively, the tax expenditure concept has been enshrined in federal law and become part of the daily discourse of the national budget process*». ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., p. 1165.

quest'articolo, ci impegneremo a mostrare che la TEA è sia una conseguenza logica di, che un mezzo per implementare, il principio di capacità contributiva, la definizione di reddito di Schanz-Haig-Simons, e il principio di politica fiscale della neutralità.

Nella parte IV, svilupperemo l'assunto di Surrey che la caratterizzazione della *tax expenditure* non rende una disposizione dell'imposta sul reddito negativa di per sé. Piuttosto, applicare l'etichetta di *tax expenditure* ad una disposizione significa che deve essere valutata alla stregua di una analogia spesa diretta e quindi affrontare un esame costi/benefici. Invece, noi consideriamo il fine principale della TEA e sua giustificazione di essere il suo ruolo di stimolo ad una obbligatorio riesame e ad una analisi costi/benefici¹⁶. In base a questa forma di controllo, i responsabili della politica fiscale dovrebbero chiedersi innanzitutto se la *tax expenditure* in questione sarebbe stata emanata anche se fosse stata proposta come un programma di spese dirette equivalente¹⁷. Per una *tax expenditure* che supera quest'esame, le prossime domande sono se produce benefici netti e, in caso affermativo, se tali benefici potrebbero essere meglio raggiunti attraverso un programma di spese dirette. Una disposizione normativa fiscale che resiste con successo a questo approccio analitico ottiene un beneplacito anche se porta il marchio di *tax expenditure*. Di certo, molte, forse la maggior parte delle *tax expenditures* riceveranno un giudizio negativo se analizzate in questo modo — ma ciò è dovuto alla loro debolezza intrinseca e non perché l'etichetta di TEA comporti una automatica squalifica.

Uno degli obiettivi di Surrey nel sostenere la TEA è stata la sua forza nel riconoscere sia il costo delle singole *tax expenditures* che il costo aggregato di tutte le *tax expenditures*¹⁸. I critici hanno sostenuto che i difetti del processo di stima delle entrate rendono la TEA inutile a questo fine. Nella parte IV si sosterrà che queste critiche sono esagerate. Il tema centrale di questo articolo, tuttavia, è che anche se queste e alcune altre obiezioni sono valide, la TEA è uno strumento importante per individuare le disposizioni fiscali che devono essere sottoposte ad una analisi costi/benefici e ad una riformulazione. Affronteremo anche altre critiche alla TEA nella parte IV e sosterremo che queste obiezioni sono sbagliate, poichè toccano questioni marginali o perché sono al di fuori delle preoccupazioni pratiche della politica fiscale.

¹⁶ Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 5–6.

¹⁷ Cfr. SURREY, *PATHWAYS*, op. cit., pp. 36–40.

¹⁸ Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 6, 25, 233.

Nella Parte V, forniremo una breve spiegazione del metodo di valutazione che riteniamo dovrebbe essere applicata alle *tax expenditures*. Nella parte VI, prenderemo in esame alcune importanti caratteristiche del sistema di imposizione del reddito internazionale statunitense - differimento, *cross-crediting*, e la *export sales source rule*. A nostro giudizio, tutte queste caratteristiche implicano *tax expenditures* che esiti negativi alle analisi costi / benefici spiegate nella parte V. La parte VII riassumerà le nostre conclusioni generali.

II. Una semplice ma necessaria illustrazione

Nel suo cuore, la TEA è l'essenza della semplicità. Possiamo illustrare l'idea di base considerando una versione semplificata di un obiettivo di vecchia data della TEA¹⁹: l'esenzione prevista dalla sezione 103 degli interessi dei *bonds* municipali e federali²⁰.

Assumiamo che l'imposta federale sul reddito statunitense abbia solamente un'aliquota al 35%; che i *bonds* emessi dalle società paghino un interesse imponibile annuo del 10%, e che l'interesse ricevuto sui *bonds* statali e municipali sia escluso dalla base imponibile. Un investitore che acquista un obbligazione societaria che paga il 10% di interesse prima dell'imposizione fiscale avrà solamente un interesse del 6.5% dopo aver pagato un'imposta sul reddito del 35%²¹. Ne consegue che un *bond* statale o municipale esentasse che paga un interesse solamente del 6.5% sarà competitivo con *corporate bonds* che pagano un interesse del 10% e gli emettenti pubblici di *bonds* esentasse potranno finanziarsi ad un costo inferiore del 35%²² rispetto al costo sostenuto dalle società.

A questo punto è agevole notare che gli acquirenti di *bonds* esentasse in quest'esempio stiano pagando una *imposta implicita*²³ del 35% che è la

¹⁹ Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 83–84.

²⁰ Cfr. I.R.C. § 103.

²¹ $10\% \times (1 - 0,35) = 6,5\%$.

²² $(0,10 - 0,065) \div 0,10 = 0,35$.

²³ $(10\% - 6,5\%) \div 10\% = 35\%$. Cfr. p. es. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints for Basic Tax Reform* 84 (Jan. 17, 1977) [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*], disponibile all'indirizzo internet <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/blueprints>; SLEMROD & BAKIJA, op. cit., p. 75. Per una spiegazione generale del concetto di imposizione implicita, cfr. MYRON S. SCHOLLES, MARK A. WOLFSON, MERLE ERICKSON, EDWARD L. MAYDEW & TERRY SHEVLIN, *Taxes and Business Strategy* 121–22, 125–27 (3d ed. 2005); HARRY WATSON, *Implicit Taxes*, in *The Encyclopedia of Taxation and Tax Policy* 185 (JOSEPH J. CORDES, ROBERT D. EBEL & JANE G. GRAVELLE eds., 2d

differenza percentuale tra l'interesse esentasse del 6,5% che riceveranno e un interesse imponibile del 10% che avrebbero ricevuto se non ci fossero state esenzioni fiscali sugli interessi e avessero acquistato *bonds* rendenti interessi imponibili²⁴. Questa imposta implicita del 35% è identica sia che (1) il risparmio ottenuto sugli interessi dalle autorità locali e statali sia il risultante della loro possibilità di emettere obbligazioni che paghino interessi esentasse del 6,5% invece che interessi imponibili del 10%, e (2) la perdita del governo federale del 35% di imposte che sarebbero state riscosse se non ci fossero state esenzioni fiscali per gli interessi pagati dai *bonds* pubblici e gli acquirenti di *bonds* statali e locali avessero invece investito in *bonds* paganti interessi imponibili al 10%. In altre parole, lo Stato e le altre autorità locali emittenti, gli investitori nei *bonds* esenti soggetti ad un'aliquota al 35%, sono tutti nella stessa posizione che avrebbero occupato se gli investitori avessero pagato una imposta federale del 35% sui proventi di un bond che paghi il 10% e il governo federale avesse poi inviato assegni alle autorità locali e statali emittenti pari al 35% del 10% pagato dai *bonds*²⁵. Di conseguenza, l'esenzione può essere vista come l'equivalente di un governo che prenda il 35% di un interesse del 10% pagato da un *bond* e lo trasferisca attraverso il processo di stanziamento allo Stato all'autorità locale emittente i *bonds*²⁶.

ed. 2005) [d'ora in poi ENCYCLOPEDIA]. Per un articolo che argomenta che le considerazioni sugli effetti delle imposizioni implicite dovrebbero giocare un ruolo importante nell'analisi della politica fiscale federale a una reazione a quell'articolo, cfr. CHARLOTTE CRANE, *Some Explicit Thinking About Implicit Taxes*, 52 SMU L. Rev. 339 (1999); DAVID A. WEISBACH, *Implications of Implicit Taxes*, 52 SMU L. Rev. 373 (1999) (in risposta all'articolo della professoressa Crane).

²⁴ $(0.10 - 0.065) \div 0.10 = 0.35$. See U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 84; SLEMROD & BAKIJA, op. cit., pp. 75, 230; BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 418.

²⁵ Cfr. SCHOLLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., p. 126 («*To whom is the implicit tax paid? In our tax-exempt municipal bond example, it is paid to the issuers of the tax-exempt securities. The issuing municipalities receive an implicit subsidy by way of a lower cost of capital.*»); CALVIN H. JOHNSON, *A Thermometer for the Tax System: The Overall Health of the Tax System as Measured by Implicit Tax*, 56 SMU L. Rev. 13, 16 (2003) [d'ora in poi JOHNSON, *Thermometer*]. Come scritto dal Professor Walter Blum: «*There is thus a constructive receipt by the government. Lastly, this imputed [tax] revenue is assumed to be spent by the government . . . Such a constructive expenditure is the other side of a constructive receipt.*» WALTER J. BLUM, *Book Review*, 1 J. Corp. Tax'n 486 (1975) [d'ora in poi BLUM, *Book Review*].

²⁶ Cfr. SCHOLLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., p. 126 («*This taxing scheme, which uses implicit taxes to subsidize municipal spending programs, is similar to an alternative scheme in which all bonds (including municipal bonds) are fully taxable at the federal level and the federal government remits the tax collected on municipal bonds to each issuing authority.*»). Gli aficionados del diritto tributario sanno che nel mondo reale, le aliquote progressive dell'imposta federale sul reddito causano il beneficio realizzato dalle amministrazioni statali e locali che emettono obbligazioni locali che è sostanzialmente minore della perdita di entrate fiscali del

Un'esenzione dell'interesse pagato da *bonds* locali e statali, comunque, *contrariamente alla deduzione dei costi sostenuti nell'attività d'impresa* (corsi-vo dell'A.), non è un aspetto obbligatorio di una base imponibile corretta²⁷. Conseguentemente, l'unica ragione perchè il governo federali funzioni come un canale è che il Congresso decida di abbandonare un'imposizione esplicita del 35% sugli interessi pagati agli investitori dai *bonds* emessi dalle autorità locali e statali. Per questo motivo, il trasferimento di risorse alle autorità statali e locali in questo esempio non è avvenuto ad opera degli investitori; è stato in realtà finanziato dal governo federale attraverso mancate entrate sotto l'egida del Congresso. Come risultato, la TEA etichetta l'esclusione degli interessi discussa in questo esempio come una *tax expenditure*²⁸, cioè, una spesa del governo federale fatta attraverso il sistema fiscale di imposizione sul reddito invece che attraverso il sistema federale di spesa. La TEA inoltre richiede che questa esclusione/esenzione sia riformulata quale un equivalente spesa diretta come illustrato sopra²⁹. Se l'equivalente spesa diretta non è accettabile *per se*, dovrà essere valutato attraverso una successiva analisi costi/benefici³⁰.

governo federale. Abbiamo evitato questo problema in questo esempio assumendo che l'imposta sul reddito abbia solamente un'aliquota — 35%. Nella Parte IV.A, questo articolo discute l'effetto di aliquote progressive sull'esenzione degli interessi pagati sui *bonds* statali e locali.

²⁷ Cfr. PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 124; 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p.135..

²⁸ Cfr., p. es., STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, op. cit., pp. 5, 24–35; OFFICE OF MGMT. & BUDGET, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Budget of the United States Government, Fiscal Year 2008, Analytical Perspectives 287* (2007) [d'ora in poi 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES]; OFFICE OF MGMT. & BUDGET, EXECUTIVE OFFICE OF THE PRESIDENT, *Budget of the United States, Fiscal Year 2007, Analytical Perspectives 287* (2006) [d'ora in poi 2007 ANALYTICAL PERSPECTIVES].

²⁹ I Professori David Weisbach e Jacob Nussim hanno sostenuto che, per questo scopo, una *tax expenditure* dovrebbe essere comparata con il programma di spesa diretta che è più probabile venga adottato per realizzare gli obiettivi della *tax expenditure* piuttosto che con un programma di spesa diretta che imiti alcuni aspetti della *tax expenditure*. Cfr. WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 982. Noi siamo in disaccordo perchè è importante sapere se un programma di spesa diretta potrebbe essere accettato se possiede tutti gli aspetti significativi di una particolare *tax expenditure*. Se il programma di spesa diretta non potrebbe essere accettato in questi termini, allora diviene essenziale chiedere perchè le obiezioni sarebbero superate se fosse realizzata tale spesa come una *tax expenditure*. Quest'importante domanda resterà insoluta, e un beneficio fondamentale della TEA sarà perduto, a meno che le *tax expenditures* siano comparate con i programmi di spesa diretta che hanno le stesse caratteristiche fondamentali delle rispettive *tax expenditures*.

³⁰ Col senno del poi, l'intero esercizio sembra così palese al punto che quando questo articolo fu presentato in bozza ad un seminario di ricerca universitario, uno dei partecipanti fu stupito di imparare che la TEA non era una conoscenza comune negli Stati Uniti prima del lavoro di Surrey. Riguardo ai primi sviluppi della TEA in Germania, cfr. HARRY A. SHANNON III, *The*

L' *Office of Management and Budget* (OMB) dell'amministrazione Bush ha recentemente criticato la TEA per la sua inadeguatezza a capire che i programmi di spesa *tax expenditures* e i programmi di spesa diretta spesso funzionano in maniera molto differente. Le argomentazioni dell'OMB erano le seguenti: «sebbene le *tax expenditures* possano spesso essere considerate come incentivi fiscali, sono frequentemente diversi dai sussidi erogati dal bilancio di spesa. Le differenze possono essere tanto grandi che il comparare le due tipologie di sussidi potrebbe essere considerato al pari di comparare le mele con le arance³¹.»

Siamo concordi nell'affermare che le *tax expenditures* e i programmi di spesa spesso appaiono differenti per quanto riguarda il rigore dei loro criteri di eligibilità, le procedure applicative, e il dettato amministrativo. La spiegazione più probabile per queste differenze, ad ogni modo, è che il fatto che i programmi di spesa determinino un esborso finanziario diretto causa una domanda ai livelli più alti di giustificazione, *targeting*, e *management* di quella che potrebbe essere dovuta alle spese pubbliche nascoste nel sistema fiscale³². È difficile, ad ogni modo, trovare una base razionale per applicare standards minori di progettazione, *management*, e controllo alle *tax expenditures*. Nel forzare la ricognizione dell'equivalenza economica delle *tax expenditures* e delle spese dirette, la TEA così spinge ad esminare se gli approci di

Tax Expenditure Concept in the United States and Germany: A Comparison, 33 Tax Notes 201 (Oct. 13, 1986). Per una catalogazione delle *tax expenditures* in cinque altri Paesi, cfr. PAUL R. MCDANIEL & STANLEY S. SURREY, *International Aspects of Tax Expenditures: A Comparative Study* (1985).

Per studi sulle *tax expenditures* in Paesi che sono membri della Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), si veda OECD, *A Review of Issues and Country Practices* (1984); OECD, *Tax Expenditures: Recent Experiences* (1996). Per un commento al più recente lavoro della OECD sulle *tax expenditures*, cfr. DIRK-JAN KRAAN, *Off-budget and Tax Expenditures*, 4 OECD J. BUDGETING 121 (2004). Per uno studio dell'applicazione della TEA ai sistemi fiscali dei Paesi meno sviluppati, cfr. LOTFI MAKTOUF & STANLEY S. SURREY, *Tax Expenditure Analysis and Tax and Budgetary Reform in Less Developed Countries*, 15 Law & Pol'y Int'l Bus. 739 (1983). TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 84; SHAVIRO, op. cit., pp. 209–10.

³¹ Cfr. la lettera di James D. Foster, Associate Director of Economic Policy, Office of Management and Budget 2 (Sept. 2, 2005) [hereinafter Foster Letter], in GAO, FEDERAL COMMITMENT, op. cit., p. 83.

³² Per una riflessione sul perchè sia questo il caso, vedi POH ENG HIN, *Fisca Misperceptions Associated with Tax Expenditure Spending: The Case of Pronatalist Tax Incentives in Singapore*, 5 Journal of Tax Res. 5, 10 (2007), disponibile all'indirizzo internet <http://www.atax.unsw.edu.au/ejtr/>; CALVIN H. JOHNSON, *Tax Incentives Are Always the Wrong Way to Go*, 111 Tax Notes 90, 92 (Apr. 3, 2006) [d'ora in poi JOHNSON, *Wrong Way*]; SHAVIRO, op. cit., p. 220; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., p. 970. Ma cfr. ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., pp. 1179–80.

esigibilità, applicazione e amministrazione meno stringenti dei programmi di spesa definibili come *tax expenditure* siano giustificabili. Detto a grandi linee, la TEA è uno strumento importante per far luce sulle spese pubbliche nascoste e sottoporle ad una analisi più rigorosa di quella che riceverebbero altrimenti.

III. È la TEA qualcosa più di una semplice retorica?

Se strumenti di politica fiscale, quali la TEA, devono avere forza “normativa”, devono possedere una base di principio. Diversamente, il loro potere dipende interamente dalla loro efficacia retorica nel mondo del grezzo dibattito politico³³. Si tratta di un punto importante da sottolineare poiché qualche volta la TEA è trattata come se fosse semplicemente un artificio retorico senza principi di base, abilmente creato a sostegno dell’agenda politica di quanti si oppongono alla concessione di incentivi e sussidi attraverso il sistema fiscale³⁴. Un esame più approfondito, ad ogni modo, mostra come questa critica non sia corretta perchè la TEA si basa in realtà su tre fondamentali principi della politica fiscale — la capacità contributiva, la definizione di reddito espressa da Schanz-Haig-Simons, e la neutralità.

A. Capacità contributiva e SHS

Nella seconda parte, abbiamo mostrato come l’esonazione degli interessi sui *bond* governativi federali e locali sia una spesa del governo federale attuata mediante il sistema fiscale. Questa conclusione tuttavia è valida so-

³³ Come ha osservato il Professor Daniel Goldberg sul sistema fiscale in generale: «*Without a theoretical standard based upon fundamental principles of taxation uniformly applied, the system will be cast loose from its moorings. No provisions would have a stronger claim based on principle than any other provision motivated by a specific identified perceived benefit. Under such a system, future tax legislation will become simply a test of political power*». DANIEL S. GOLDBERG, *The U.S. Consumption Tax: Evolution, Not Revolution*, 57 Tax Law. 1, 29 (2003).

³⁴ Cfr. KAHN & LEHMAN, op. cit., p. 1663 (asserisce che *tax expenditure budgets* «*create only an illusion of value-free scientific precision in a heavily politicized domain*»); SHAVIRO, op. cit., p. 188 (definisce la TEA come «*a mere fiscal language innovation*»). Ma cfr. MARTIN FELDSTEIN, *A Contribution to the Theory of Tax Expenditures: The Case of Charitable Giving*, in ECONOMICS OF TAXATION, op. cit., p. 102 (la critica della TEA rende chiaro che «*rejection of the presumption that all tax expenditures are bad implies no criticism of the valuable idea of the ‘tax expenditure budget’*»).

lamente se l'interesse pagato dal *bond* statale o locale è completamente incluso nella base imponibile dell'imposta sul reddito — cioè, alcune norme richiedono che tutti gli interessi ricevuti siano considerati reddito — così che l'esenzione degli interessi sia una scelta votata dal Congresso. Surrey dichiarava con fermezza che la giusta base a questo fine è la definizione di reddito di Schanz-Haig-Simons³⁵, modificata per incorporare i più ampi standard contabili riconosciuti e la struttura generalmente accettata di un'imposta sul reddito³⁶. Secondo noi, tuttavia, una comprensione della base normativa della TEA richiede una breve spiegazione di un concetto più fondamentale — il principio di capacità contributiva.

I parametri di una base imponibile di un'imposta sui redditi normativamente corretta sono di norma determinati applicando una gamma di criteri di politica fiscale ampiamente accettati³⁷, uno dei più importanti dei quali è l'asserzione che il carico fiscale sul reddito debba essere allocato diversamente tra i contribuenti residenti secondo la loro capacità di sopportare il prelievo fiscale, spesso descritta come capacità contributiva³⁸.

³⁵ Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., p. 3–4.

³⁶ Cfr. *idem* p. 4; THURONYI, op. cit., p. 1164–65.

³⁷ Cfr. DODGE, FLEMING & GEIER, op. cit., pp.117–50.

³⁸ Cfr. *Report on Double Taxation Submitted to the Financial Committee by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Sir Josiah Stamp*, League of Nations Doc. E.F.S. 73.F.19., p.18 (1923), ristampato in STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, *Legislative History of United States Tax Conventions* 4003, 4022 (1962); U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., pp. 1, 24; MICHAEL J. GRAETZ & DEBORAH H. SCHENK, *Federal Income Taxation* 27, 37–38 (5th ed. 2005); WILLIAM A. KLEIN, JOSEPH BANKMAN & DANIEL N. SHAVIRO, *Federal Income Taxation* 6–7 (13th ed. 2003); RICHARD A. MUSGRAVE & PEGGY B. MUSGRAVE, *Public Finance in Theory and Practice* 232–40 (4th ed. 1984); STEPHEN G. UTZ, *Tax Policy* 31–32, 41 (1993); ROBERT A. GREEN, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises*, 79 CORNELL L. REV. 18, 29 (1993); MARTIN J. MCMAHON, JR. & ALICE G. ABREU, *Winner-Take-All Markets: Easing the Case for Progressive Taxation*, 4 Fla. Tax Rev. 1, 72–80 (1998); ROBERT L. PALMER, *Toward Unilateral Coherence in Determining Jurisdiction to Tax Income*, 30 HARV. INT'L L.J. 1, 9–10 (1989); DONALD PHARES, *Tax Equity Analysis*, in ENCYCLOPEDIA, op. cit., p. 399; SNEED, op. cit., pp. 574–80; cfr. anche U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis Methodology*, OTA PAPER NO. 85, at 6 (1999) [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*], disponibile all'indirizzo <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/ota85.pdf>. Per una discussione sull'uso di considerazioni di equità nella definizione di reddito, vedi VICTOR THURONYI, *The Concept of Income*, 46 Tax L. Rev. 45 (1990).

I Paesi si basano su una teoria del beneficio nel tassare il reddito guadagnato nei propri confini da soggetti stranieri. Cfr. Stephen E. SHAY, J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *The David R. Tillinghast Lecture — “What's Source Got to Do With It?” Source Rules and U.S. International Taxation*, 56 Tax L. Rev. 81, 90–106 (2002) [d'ora in avanti SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*].

Effettivamente, è semplice considerare questo concetto³⁹ di vecchia data come la più corretta norma nel sistema fiscale federale statunitense⁴⁰.

Il principio di capacità contributiva è un principio fondamentale nei sistemi fiscali di molti Paesi oltre che degli Stati Uniti. Cfr. HENRY ORDOWER, *Horizontal and Vertical Equity in Taxation as Constitutional Principles: Germany and the United States Contrasted*, 7 Fla. Tax Rev. 259, 304 (2006); FRANS VANISTENDAEL, *Legal Framework for Taxation*, in 1 Tax Law Design and Drafting 15, 22–23 (Victor Thuronyi ed., 1996). Il principio di capacità contributiva è stato anche considerato una limitazione al costituzionale al potere di imporre tributi in Italia, Spagna e Germania. Vedi anche: Basic Facts About the United Nations, The United Nations: Organization, <http://www.un.org/aboutun/basicfacts/unorg.htm> («*The fundamental criterion on which the scale of assessments is based is the capacity of countries to pay.*»).

³⁹ Il principio di capacità contributiva ha una lunga storia. Adam Smith lo considerava una norma fiscale fondamentale sebbene, sbagliando nel capirne la differenza con il principio del beneficio, confendeva i due. Cfr. RICHARD A. MUSGRAVE, *Fairness in Taxation*, in ENCYCLOPEDIA, op. cit., p. 135. L'opinione di Smith era: «*The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state.*» ADAM SMITH, *An Inquiry into the Nature and Causes of The Wealth of Nations* 371 (4th ed. 1850). Anche Kant riteneva il principio di capacità contributiva una norma dell'imposizione.

Come Smith, la confondeva con il principio del beneficio ma aveva anche chiare le implicazioni redistributive del principio di capacità contributiva. Kant riteneva che: «*The general will of the people has united itself into a society which is to maintain itself perpetually; and for this end it has submitted itself to the internal authority of the state in order to maintain those members of the society who are unable to maintain themselves. For reasons of state the government is therefore authorized to constrain the wealthy to provide the means of sustenance to those who are unable to provide for even their most necessary natural needs. The wealthy have acquired an obligation to the commonwealth, since they owe their existence to an act of submitting to its protection and care, which they need in order to live; on this obligation the state now bases its right to contribute what is theirs to maintaining their fellow citizens. This can be done either by imposing a tax on the property or commerce of citizens, or by establishing funds and using the interest from them, not for the needs of the state (for it is rich), but for the needs of the people. It will do this by way of coercion (since we are speaking here only of the right of the state against the people), by public taxation, not merely by voluntary contributions, some of which are made for gain (such as lotteries, which produce more poor people and more danger to public property than there would otherwise be, and which should therefore not be permitted).*» IMMANUEL KANT, *The Metaphysics of Morals* 101 (Mary Gregor ed., 1996). Studiosi del prelievo tributario più recenti hanno riconosciuto che il principio di capacità contributiva e il principio del beneficio sono due criteri di riparto dei carichi pubblici distinti. Cfr. p. es., LIAM MURPHY & THOMAS NAGEL, *The Myth of Ownership* 16–30 (2002); DEBORAH A. GEIER, *Time to Bring Back the Benefit Norm?*, 102 Tax Notes 1155 (Mar. 1, 2004); SAGIT LEVNER, *From Deontology to Practical Application: The Vision of a Good Society and the Tax System*, 26 Va. Tax Rev. 405, 423–30 (2006).

Ultimamente, la decisione di utilizzare il principio di capacità contributiva quale principio fondamentale del sistema fiscale è basato sulla decisione del corpo sociale di inferiorità degli altri sistemi. Vedi in generale REUVEN S. AVI-YONAH, *The Three Goals of Taxation*, 60 Tax L. Rev. 1, 14–15 (2006) [hereinafter AVI-YONAH, *Three Goals*].

⁴⁰ Cfr. U.S. TREAS. DEPT, *Blueprints*, op. cit., p. 1; STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10. Riguardo all'ascesa del principio di capacità contributiva a principio fondamentale

Nondimeno, il principio di capacità contributiva ha attirato feroci critiche poichè il suo significato può essere controverso ai margini. Ad esempio, alcuni commentatori affinano il semplice concetto di capacità contributiva suddividendolo in una componente di uguaglianza orizzontale (i contribuenti con reddito equivalente devono pagare lo stesso ammontare di imposte) ed una di uguaglianza verticale (i contribuenti con redditi diseguali devono pagare un ammontare di imposte che sia sufficientemente diseguale da riflettere semplicemente le differenze tra i soli redditi)⁴¹. Altri commentatori invece hanno criticato queste raffinatezze asserendo che l'uguaglianza orizzontale non abbia significato come norma di politica fiscale separatamente dall'uguaglianza verticale o che nè l'uguaglianza verticale nè quella orizzontale abbiano un contenuto che sia indipendente da nozioni più generali di giustizia fondamentale⁴². Ci sono stati anche disaccordi riguardo certe sfumature del principio di capacità contributiva, come la corretta gestione del *psychic income*, del tempo libero, e le varie caratteristiche personali dei contribuenti⁴³. Infine, l'analisi del principio di capacità contributiva è stata criticata per focalizzarsi sull'imposizione senza considerare gli effetti

della politica fiscale americana, vedi RICHARD J. JOSEPH, *The Origins of the American Income Tax: The Revenue Act of 1894 and Its Aftermath* 89–90, 95–96 (2004); AJAY K. MEHROTA, *Envisioning the Modern American Fiscal State: Progressive Era Economists and the Intellectual Foundations of the U.S. Income Tax*, 52 UCLA L. REV. 1793 (2005); DENNIS J. VENTRY, JR., *Equity versus Efficiency and the U.S. Tax System in Historical Perspective*, in *Tax Justice: The Ongoing Debate* 25 (JOSEPH J. THORNDIKE & DENNIS J. VENTRY, JR. eds., 2002).

⁴¹ Cfr. DAVID F. BRADFORD, *Untangling the Income Tax* 150–53 (1986); JOSEPH M. DODGE, *The Logic of Tax* 88 (1989); GRAETZ & SCHENK, op. cit., pp. 27–28; WILLIAM A. KLEIN, *Policy Analysis of the Federal Income Tax* 7 (1976); ERIC M. ZOLT, *The Uneasy Case for Uniform Taxation*, 16 Va. Tax Rev. 39, 86–98 (1996).

⁴² Cfr. LOUIS KAPLOW, *A Note on Horizontal Equity*, 1 Fla. Tax Rev. 191 (1992); LOUIS KAPLOW, *Horizontal Equity: Measures in Search of a Principle*, 42 Nat'l Tax J. 139 (1989); PAUL R. MCDANIEL & JAMES R. REPETTI, *Horizontal and Vertical Equity: The Musgrave/Kaplow Exchange*, 1 Fla. Tax Rev. 607 (1993); RICHARD A. MUSGRAVE, *Horizontal Equity: A Further Note*, 1 Fla. Tax Rev. 354 (1993); RICHARD A. MUSGRAVE, *Horizontal Equity, Once More*, 43 Nat'l Tax J. 113 (1990). Ma vedi anche JOSEPH M. DODGE, *Theories of Tax Justice: Ruminations on the Benefit, Partnership, and Ability-to-Pay Principles*, 58 Tax L. Rev. 399, 458–59 (2005) [d'ora in avanti DODGE, *Theories*].

⁴³ Cfr. STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 105th Cong., *Report Relating to the Impact on Individuals and Families of Replacing the Federal Income Tax* 107–17 (Joint Comm. Print 1997); ANTHONY C. INFANTI, *Tax Equity*, 55 Buff. L. Rev. 1191 (2008) [d'ora in avanti INFANTI, *Tax Equity*]; ZOLT, op. cit., pp. 89–101; cfr. anche BARBARA H. FRIED, *The Puzzling Case for Proportionate Taxation*, 2 Chapman L. Rev. 157, 182–83 (1999) [d'ora innanzi FRIED, *Puzzling Case*]. Queste ci sembrano questioni marginali.

distributivi della spesa pubblica⁴⁴ e per utilizzare la distribuzione del reddito come misura della capacità contributiva senza indagare se la distribuzione del reddito sia per sé giusta⁴⁵. Come noto, queste critiche hanno portato alcuni commentatori ad accontonare la capacità contributiva come inutile⁴⁶.

Nella nostra ottica, questi attacchi sottovalutano enormemente l'importanza del principio di capacità contributiva nello stabilire la struttura generale e il contenuto della base imponibile. Questo *appeal*⁴⁷ intuitivo del

⁴⁴ Cfr. MURPHY & NAGEL, op. cit., pp. 24–25, 30, 184; FRIED, *Puzzling Case*, op. cit., p. 182. Secondo la nostra opinione, un onere fiscale distribuito ingiustamente è problematico anche nel caso improbabile in cui l'iniquità fiscale venga completamente corretta da una spesa redistributiva. Vedi anche, DODGE, *Theories*, op. cit., pp. 451–52, 456–57.

⁴⁵ Cfr. MURPHY & NAGEL, op. cit., pp. 28–30; FRIED, *Puzzling Case*, op. cit., p. 182. Questa critica trascura il fatto che il principio di capacità contributiva è una norma di distribuzione dell'onere fiscale, non una norma di distribuzione del reddito. Per la domanda che la capacità-to-pay concetto di fornire una base normativa sia per la distribuzione del carico fiscale e la distribuzione del reddito è di chiedere troppo. Una distinta norma distribuzione del reddito è richiesto. Chiedere che il principio di capacità contributiva fornisca una base normativa sia per la distribuzione dell'onere fiscale che per la distribuzione del reddito è chiedere troppo. Una norma distinta di distribuzione del reddito è necessaria. Cfr. anche DODGE, *Theories*, op. cit., p. 454 «*The point of the ability-to-pay principle is precisely that a tax base keyed to market outcomes is the only rational foundation for a system of redistribution that would alter such outcomes. Existing distributions . . . have no normative status whatsoever under the objective ability-to-pay tax justice norm.*».

⁴⁶ Cfr., p. es., LOUIS EISENSTEIN, *The Ideologies of Taxation* 56 (1961) («*To speak forcefully of ability to pay is merely to indulge in evasive rhetoric.*»); MURPHY & NAGEL, op. cit., p. 30 («*The vague idea of 'ability to pay' will not help us when we move to the different question of what distributive [aims] a just government should have.*»); SLEMROD & BAKIJA, op. cit., p. 64 («*On the compelling questions of the day, however — such as whether millionaires ought to pay 70 percent, 50 percent, or 30 percent of their income in tax or whether poor families should pay anything at all — the ability-to-pay principle has nothing concrete to offer.*»); ALVIN WARREN, *Would a Consumption Tax Be Fairer Than an Income Tax?*, 89 Yale L.J. 1081, 1092–93 (1980) («*Such definitions reduce to statements that society should appropriately tax what it should appropriately tax.*»).

⁴⁷ Riguardo al fascino intrinseco del principio di capacità contributiva, il Professor Joseph Dodge ha osservato: «*The ability-to-pay principle can be constructed from a [preference-neutral] Rawls-type contractarian method: A person in ignorance of his or her material station in life (and moderately risk-averse) would opt to be forced to contribute to government according to the ability-to-pay principle (so long, of course, as everybody else is subject to the same taxing principle)*». DODGE, *Theories*, op. cit., p. 460. Concorde con questa opinione, William Safire, l'editorialista politico conservatore del New York Times, disse: «*Most of us accept as fair' this principle: the poor should pay nothing, the middle class something, the rich the highest percentage.*» WILLIAM SAFIRE, *The 25% Solution*, N.Y. Times, Apr. 20, 1995, p. A23, citato in MICHAEL J. GRAETZ, *The U.S. Income Tax: What It Is, How It Got That Way, and Where We Go from Here* 11 (1999). Il Professor Richard Schmalbeck raggiunse le stesse conclusioni di Safire. Richard L. Schmalbeck, *Race and the Federal Income Tax: Has a Disparate Impact Case Been Made?*, 76 N.C.L. Rev. 1817, 1820

principio di capacità contributiva ne ha causato la persistenza quale parametro maggiore della politica fiscale⁴⁸. Perciò, uno studioso di scienze delle finanze di spicco ha recentemente definito l'uguaglianza orizzontale sottesa al principio di capacità contributiva come «forse la regina di tutti i principi che incidono sulla politica governativa.»⁴⁹

Più importante è considerare che le precedenti controversie e critiche sono state rese di fatto irrilevanti dallo svilupparsi di un consenso della politica fiscale statunitense secondo cui la capacità contributiva significa che i contribuenti con redditi netti maggiori in un dato anno debbano di norma pagare più imposte (calcolate con aliquote progressive) di quanti hanno redditi minori nello stesso anno⁵⁰, e che nel comparare i redditi netti a questo fine, il principio è consapevolmente⁵¹ applicato, uno *standard* obiettivo è ap-

(1998).

⁴⁸ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 1; STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10.

⁴⁹ Cfr. STEUERLE, *Contemporary Tax Policy*, op. cit., p. 10 («*Horizontal equity . . . asserts that those with equal ability to pay should pay equal taxes. . . . Horizontal equity is perhaps the queen of all principles affecting government policy . . .*»); cfr. anche GENE STEUERLE, *A Consensus Base for Tax Reform*, 113 Tax Notes 371 (Oct. 23, 2006) [d'ora innanzi STEUERLE, *Consensus*].

⁵⁰ Cfr., p. es., *Testimony of ROBERT J. CARROLL, Deputy Assistant Secretary (Tax Analysis), United States Department of the Treasury, Before the S. Finance Comm.*, 109th Cong. 3 (Sept. 20, 2006) [d'ora innanzi CARROLL Testimony], disponibile all'indirizzo internet <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/carrolltestimony%209.20.06.pdf> («The tax system should be appropriately progressive.»); PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 49 («All members of the Panel endorsed the goal of a progressive tax structure.»); THOMAS L. HUNGERFORD, *Tax Expenditures: Good, Bad or Ugly?*, 113 Tax Notes 325, 329 (Oct. 23, 2006) («*About two-thirds of Americans 'believe that people with high incomes should pay a larger share of their income in taxes than those with lower income.'*»); THEODORE P. SETO & SANDI L. BUHAI, *Tax and Disability: Ability-to-Pay and the Taxation of Difference*, 154 U. Pa. L. Rev. 1053, 1057 (2006) («*Standard tax theory largely ignores differences — other than differences in 'income' — in the ability of taxpayers to pay taxes.*»). Rispetto ad un punto collegato, il *Pew Research Center for the People and the Press* ha condotto una serie di sondaggi nazionali sulla popolazione adulta americana mostrando che dal 1994 al 2007, la condivisione dell'idea che sia responsabilità del governo «to take care of people who can't take care of themselves» è cresciuta dal 57% al 69% e che il governo debba assistere gli indigenti sebbene farlo possa causare un incremento del debito pubblico dal 41% al 54%. Cfr. PEW RESEARCH CENTER FOR THE PEOPLE & THE PRESS, *TRENDS IN POLITICAL VALUES AND CORE ATTITUDES: 1987-2007* (Mar. 22, 2007), disponibile all'indirizzo internet <http://people-press.org/reports/pdf/312.pdf>. Per un articolo che analizza gli effetti morali, economici, e amministrativi di un sistema ad aliquote progressive, cfr. JOSEPH BANKMAN & THOMAS GRIFFITH, *Social Welfare and the Rate Structure: A New Look at Progressive Taxation*, 75 Cal. L. Rev. 1905(1987).

⁵¹ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., pp. 46-47; WILLIAM D. ANDREWS, *A*

plicato⁵² e gli indici che non possono essere facilmente misurati (per esempio, tempo libero, *psychic income*, e opportunità perse) sono omessi⁵³. L'emergere di questo consenso ha reso il principio di capacità contributiva un concetto sfruttabile a dispetto delle incertezze e delle controversie di contorno⁵⁴.

Interamente legata al principio di capacità contributiva è la definizione, ampiamente accettata, di reddito di Schanz-Haig-Simons (SHS) che ritiene il reddito di una persona la somma del consumo e del cambiamento della sua ricchezza durante un periodo d'imposta, di solito un anno⁵⁵. Secondo questa definizione, sia le somme consumate che quelle risparmiate sono incluse nella base imponibile⁵⁶. Ovviamente, questo è un modo per descrivere

Consumption-Type or Cash Flow Personal Income Tax, 87 Harv. L. Rev. 1113, 1141–48 (1974) [d'ora in poi ANDREWS, *Cash Flow Personal Income Tax*]; CHRISTOPHER H. HANNA, *Tax Theories and Tax Reform*, 59 SMU L. REV. 435, 437–38 (2006); RONALD A. PEARLMAN, *A Tax Reform Caveat: In the Real World, There Is No Perfect Tax System*, in TOWARD FUNDAMENTAL TAX REFORM 106, 108–09 (Alan J. Auerbach & Kevin A. Hassett eds., 2005) [d'ora in poi PEARLMAN, *No Perfect Tax System*]; DEBORAH H. SCHENK, *A Positive Account of the Realization Principle*, 57 Tax L. Rev. 355, 396 (2004).

⁵² Cfr. HENRY C. SIMONS, *Personal Income Taxation* 51 (1938); DODGE, *Theories*, op. cit., p. 449; cfr. anche KLEIN, op. cit., p. 7 («*On balance, the case for objectivity . . . has carried the day with respect to the tax system. But, again, it is useful to keep in mind . . . that by opting for objectivity, we have simultaneously decided to settle for a less-than-perfect measure of ability.*»).

⁵³ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 3, 159–62; 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 14–15, 37–42; WALTER J. BLUM & HARRY KALVEN, JR., *The Uneasy Case for Progressive Taxation* 64 (1953); BRADFORD, op. cit., pp. 16–19, 155–56; KLEIN, BANKMAN & SHAVIRO, op. cit., pp. 6–7; DODGE, *Theories*, op. cit., pp. 449–50; VADA WATERS LINDSEY, *The Widening Gap Under the Internal Revenue Code: The Need for Renewed Progressivity*, 5 FLA. TAX REV. 1, 3, 7–8, 39–40 (2001); HERBERT A. STEIN, *What's Wrong with the Federal Tax System*, in COMMITTEE ON WAYS AND MEANS, *Tax Revision Compendium* 107, 110–14 (Comm. Print 1959); cfr. anche PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 30 (il Dipartimento del Tesoro calcola la capacità contributiva in termini di «*wages and salaries, business or farm net income, taxable and tax-exempt interest, dividends, rental income, realized capital gains, cash transfers from the government, and retirement benefits*»).

⁵⁴ Per difese recenti e vigorese del principio di capacità contributiva, cfr. DODGE, *Theories*, op. cit., pp. 449–61; SETO & BUHAI, op. cit. 51.

⁵⁵ Cfr. SLEMMOD & BAKIJA, op. cit., p. 28; HANNA, op. cit., p. 436 («*The Haig-Simons definition of income is generally considered by most tax scholars to be the ideal definition of income.*»).

⁵⁶ La definizione più famosa della formula di Schanz-Haig-Simons (SHS) è: «*Personal income may be defined as the algebraic sum of (1) the market value of rights exercised in consumption and (2) the change in the value of the store of property rights between the beginning and end of the period in question. In other words, it is merely the result obtained by adding consumption during the period to "wealth" at the end of the period and then subtracting "wealth" at the beginning. . . . Moreover, this gain may be measured and defined most easily by positing a dual objective or purpose, consumption and accumulation, each of which may be estimated in a common unit by appeal to market prices.*» SIMONS, op. cit., p. 50.

la capacità contributiva di una persona⁵⁷. Per questo, la SHS è generalmente considerata una formula basata sul principio di capacità contributiva ed una sua implementazione⁵⁸.

Non sorprende quindi che le critiche teoriche mosse al principio di capacità contributiva a causa della mancanza di chiarezza o all'incapacità di includere certi indici⁵⁹ sono state dirette anche alla definizione di SHS. Poiché la politica fiscale statunitense ha accettato il principio di capacità contributiva come un principio utile e utilizzabile nonostante queste obiezioni, parimenti è stata ritenuta una guida pratica di politica del diritto la definizione offerta da SHS⁶⁰.

Certamente, il concetto di SHS non ha evitato all'imposta sul reddito di ospitare una massa incoerente di disposizioni selettive⁶¹. Inoltre, il criterio di SHS non è il solo buon criterio di politica del diritto in materia fiscale. Deve essere valutato anche con rispetto ad altre considerazioni quali attua-

⁵⁷ Simons caratterizza la definizione di SHS come «*measure of the individual's prosperity*.» SIMONS, op. cit., p. 206; cfr. anche WARREN, op. cit., pp. 1085–86 («*The arithmetical process of the Haig-Simons definition should not, however, obscure the nature of the aggregate tax base, which is the product of the society's private capital and labor for the accounting period. The Haig-Simons calculation simply identifies how much of that product has ended up in each taxable unit.*»).

⁵⁸ La SHS è principalmente basata sul principio di capacità contributiva. Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*, op. cit., p. 7; WILLIAM D. ANDREWS, *Personal Deductions in an Ideal Income Tax*, 86 HARV. L. REV. 309, 326–29 (1972) [d'ora innanzi ANDREWS, *Personal Deductions*]; DODGE, *Theories*, op. cit., p. 450; cfr. anche JOSEPH M. DODGE, *What's Wrong with Carryover Basis Under H.R. 8*, 91 TAX NOTES 961, 971 (May 7, 2001) (suggerendo che la dottrina di assegnazione del reddito, un principio fondante dell'imposta federale sul reddito statunitense, possa essere basata sul principio di capacità contributiva). Coerentemente con il principio di capacità contributiva, l'elemento consumo della SHS è misurata in termini di mercato obiettivi. Cfr. DANIEL SHAVIRO, *The Man Who Lost Too Much: Zarin v. Commissioner and the Measurement of Taxable Consumption*, 45 Tax L. Rev. 215, 223–24 (1990).

⁵⁹ Cfr. *supra* le note che accompagnano il testo 42–46; cfr. anche INFANTI, *Tax Equity*, op. cit..

⁶⁰ Cfr. SLEMRD & BAKIJA, op. cit., p. 30 («As long as we are operating an income tax, it is important to understand how the tax system's definition of income compares to the 'true' measure of income.»); HANNA, op. cit., pp. 448–49; STANLEY A. KOPPELMAN, *Personal Deductions Under an Ideal Income Tax*, 43 TAX L. REV. 679, 683 (1988) («*The shs definition has become the generally accepted foundation for modern day, normative analysis of the meaning of income as a base for personal taxation.*»). Ma vedi anche BORIS I. BITTKER, *A "Comprehensive Tax Base" as a Goal of Income Tax Reform*, 80 HARV. L. REV. 925 (1967); DOUGLAS A. KAHN, *Accelerated Depreciation — Tax Expenditure or Proper Allowance for Measuring Net Income?*, 78 Mich. L. Rev. 1, 3–10 (1979).

⁶¹ Cfr. SLEMRD & BAKIJA, op. cit., pp. 31–53; STEUERLE, *Consensus*, op. cit., p. 372 («What has essentially happened to the tax policy process in recent decades is that it has increasingly adopted many of the bad habits of the expenditure policy process»).

bilità, amministrabilità, efficienza economica, semplificazione, redditività per lo Stato, e efficacia. Ciò nonostante, la definizione di SHS fornisce una struttura di principio che è utile per valutare l'efficacia delle disposizioni tributarie e opporsi a politiche del diritto in tema fiscale inique.

Il punto da sottolineare tuttavia è che, poiché la SHS deriva dal principio di capacità contributiva e poiché Surrey esplicitamente considera la SHS il primo passo nel costruire il suo studio di riferimento nella TEA del reddito⁶², anche la TEA deve essere radicata nel principio di capacità contributiva. Conseguentemente, è sconcertante sostenere che Surrey ricusava il principio di capacità contributiva come una fonte di legittimità per la TEA⁶³. La spiegazione apparente è che Surrey voleva classificare la detrazione per le spese mediche e le liberalità caritatevoli come *tax expenditures*⁶⁴ e vedeva minacciato questo obiettivo dal fatto che alcuni commentatori lo ritenevano un decremento del principio di capacità contributiva e perciò lo rimuovevano dalla SHS⁶⁵. La preoccupazione di Surrey è ridimensionata nella sua importanza relativamente alla detrazione delle spese mediche poiché l'applicabile 7,5% al reddito determinato,⁶⁶ e la ristretta definizione legislativa di spese mediche ammissibili l'hanno reso disponibile solo a pochi contribuenti⁶⁷.

Ancor più, nonostante la ragione di Surrey nel resistere al legame tra capacità contributiva e TEA, la sua posizione non è ben motivata perché il reddito generalmente riconosciuto come una misura della capacità contributiva⁶⁸ e la SHS, che Surrey vede come primo passo per definire la TEA *baseline*, è riconosciuta di solito come la definizione teoricamente corretta di

⁶² Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 3–4, 186–87; cfr. anche GOLDBERG, op. cit., p. 26 («*The basic premise of this view rests on the current tax system being an income tax and income for these purposes being defined, consistent with the generally accepted Haig-Simons definition, as personal consumption plus increase in wealth . . .*»). La base di Surrey conteneva comunque modifiche ed una estensione della definizione di SHS. Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 186–92.

⁶³ Cfr. SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 188, 284–85 n.12.

⁶⁴ *Id.* 205–06.

⁶⁵ Cfr. SURREY, *Pathways*, op. cit., p. 21; SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., p. 188, 205, 284–85 n.12.

⁶⁶ Cfr. I.R.C. § 213(a).

⁶⁷ Dei soggetti che compilarono la dichiarazione dei redditi del 2004, solamente il 7,2% chiese detrazioni per le spese mediche. Cfr. MICHAEL PARISI & SCOTT HOLLENBECK, *Individual Income Tax Returns, 2004*, in INTERNAL REVENUE SERVICE, SOI BULL., FALL 2006, at 8, 11 (2006), disponibile all'indirizzo <http://www.irs.gov/pub/irs-soi/04indtr.pdf>.

⁶⁸ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*, op. cit., pp. 6–7; RICHARD A. MUSGRAVE, *Fairness in Taxation*, in ENCYCLOPEDIA, op. cit., p. 136.

reddito⁶⁹. Conseguentemente, la TEA dovrebbe essere considerata una necessaria estensione del principio di capacità contributiva a dispetto dell'obiezione di Surrey.

Il legame tra principio di capacità contributiva e TEA può essere illustrato facendo riferimento nuovamente all'esempio presentato nella parte seconda relativo alla esenzione degli interessi. L'interesse pagato sui *bonds* emessi dalle autorità statali e locali conferisce capacità contributiva al suo percepente esattamente come l'interesse imponibile pagato dai *bonds* delle società. Perciò, il principio di capacità contributiva richiede che gli interessi pagati dai *bonds* statali e locali contribuisca a formare la base imponibile e l'esclusione stabilita dal Congresso di quelle tipologie di interessi è una deviazione, votata, dal principio di capacità⁷⁰. Una volta attraversato questo ponte analitico, la conclusione che l'esenzione di tali interessi determini una riduzione delle entrate è inevitabile⁷¹. Questa conclusione richiede un'indagine analitica per contabilizzare e valutare le conseguenze del minore gettito derivante in termini che riflettano il risparmio sugli interessi pagati dagli emittitori di *bonds*. L'applicazione della TEA all'esempio illustrato nella seconda parte mostra che l'importo della minore entrata è effettivamente trasferito dal governo federale agli emittitori dei *bonds* con lo stesso impatto di un *grant*. Più in generale, l'esempio mostrato nella seconda parte mostra che le fun-

⁶⁹ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., p. 31; U.S. TREAS. DEP'T, *Distributional Analysis*, op. cit., p. 7; SLEMMOD & BAKIJA, op. cit., p. 28; ANDREWS, *Personal Deductions*, op. cit., p. 326–29; HANNA, op. cit., p. 436. Il Professor Thomas Griffith ha criticato il modello TEA di Surrey sulla base che è priva di ogni fondamento normativo poichè adotta la definizione di reddito di SHS quale base senza fornirne alcuna sufficiente giustificazione. Cfr. GRIFFITH, op. cit., pp. 363–66. Come motivato nel testo di sopra, crediamo che il principio di capacità contributiva fornisca quella giustificazione.

⁷⁰ Cfr. PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 124 (afferma che l'esenzione degli interessi dei bond statali e federali è «*an incentive for investment in public infrastructure . . . [s]imilar to preferences for home ownership, charitable giving, and health coverage . . .*»); 1 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 135 («The exemption of this interest is inconsistent with a comprehensive income tax.»); U.S. TREAS. DEP'T, *Blueprints*, op. cit., at 84 («*The annual receipt or accrual of interest on State and local obligations unquestionably increases the taxpayer's opportunity to consume, add to wealth, or make gifts. It is, therefore, properly regarded as a source of income.*»); ANDREWS, *Personal Deductions*, op. cit., p. 376–77; SHAVIRO, op. cit., p. 210 («*The contrast between the tax treatment of municipal bond interest and other interest makes no sense in purely distributional terms.*»).

⁷¹ Cfr. PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 13 («*A tax expenditure is a tax incentive . . . Many of these tax incentives could have been structured as a direct government spending program. Either way, it costs the government money to provide benefits, which must be financed with higher taxes elsewhere.*»).

zioni della TEA sono una conseguenza ed un'aggiunta al principio di capacità contributiva con riferimento a tutte le disposizioni che contengono sussidi o incentivi ritagliandoli (attraverso deduzioni, esclusioni, crediti d'imposta o disposizioni di differimento) in modo che si costituisca un'imposta sul reddito basata sul principio di capacità contributiva.

B. Neutralità

Un secondo principio fondamentale di politica fiscale è che le disposizioni fiscali devono assicurare, al massimo grado possibile, la neutralità — i.e., i comportamenti dei contribuenti devono essere alterati il minimo possibile rispetto a quanto avrebbero fatto in assenza di una specifica disposizione tributaria⁷². Incentivi e sussidi, inclusi le *tax expenditures*, accrescono il rendimento post-imposte delle attività incise e spingono i contribuenti a parteciparvi in maniera maggiore rispetto a quanto avrebbero fatto altrimenti, interferendo con la libera allocazione di mercato delle risorse⁷³. Il Professor Walter Blum formulava questo punto così:

«A more classical line of attack on special dispensations under the income tax is that they cause a misallocation of economic resources. By taxing (and thus penalizing) certain activities less than others the preferential provisions — so the argument goes — cause more resources to flow into these endeavors than would be attracted if the tax system were perfectly neutral, and as a result scarce resources are utilized in less productive combinations. I concur in the soundness of this reasoning⁷⁴».

Secondo questa prospettiva, l'esenzione sugli interessi discussa nell'esempio della parte seconda distorceva le scelte di libero mercato causando un investimento di capitale maggiore nei *bond* statali e municipali rispetto a quanto si sarebbe verificato in assenza di quella normativa.

Prima che gli aspetti del sistema fiscale che non sono neutrali possano essere valutati e affrontati, ad ogni modo, devono prima essere identificati;

⁷² Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 13; SLEMROD & BAKIJA; op. cit., pp. 131–35.

⁷³ Cfr. CARROLL *Testimony*, op. cit., p. 3; GAO, *FEDERAL COMMITMENT*, op. cit., pp. 49–50; PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., pp. 70–72; SLEMROD & BAKIJA, op. cit., p. 218; TODER, op. cit., p. 362.

⁷⁴ BLUM, *Preferential Provisions*, op. cit., p. 82; cfr. anche *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend Taxation of Individuals in the Internal Market*, at 18, COM (2003) 810 final (Dec. 19, 2003); SULLIVAN, *Tax Incentives*, op. cit., p. 23.

uno strumento analitico focalizzato è altamente utile per questo scopo. La TEA è utile a questi fini rispetto agli incentivi e ai sussidi manifestati attraverso disposizioni tributarie. Detto altrimenti, la TEA è uno strumento per identificare gli aspetti del sistema fiscale che inducono i contribuenti a perseguire alcune attività maggiormente rispetto a quanto avrebbero fatto in loro assenza⁷⁵. Perciò, una legittima preoccupazione per la neutralità del sistema fiscale, promuove l'utilizzo della TEA come strumento di politica fiscale.

IV. Altre critiche alla *Tax expenditure analysis*

A. La tassazione implicita rende irrilevanti le preoccupazioni sulle tax expenditures?

Dal momento che una *tax expenditure* induce gli investitori a spostare maggior capitale in una determinata attività o settore economico, il tasso di redditività lordo di tale attività o settore economico cadrà rispetto a quanto sarebbe stato in assenza della *tax expenditure*. Questo declino viene qualificato come una tassa implicita sopportata dagli investitori che beneficiano della *tax expenditure*⁷⁶. Gli oppositori della TEA affermano che questa tassazione implicita mitiga le critiche alle *tax expenditures*⁷⁷.

1. Distorsioni

La tassazione implicita avrà luogo rispetto ad ogni altra forma di investimento favorita da *tax expenditures* soltanto in quanto la *tax expenditure* distorce le scelte canalizzando un maggior flusso di capitale nelle attività da questa favorite rispetto a quanto non accadrebbe in sua assenza⁷⁸.

⁷⁵ Cfr. SHAVIRO, op. cit., p. 204.

⁷⁶ V. J. SLEMMOD, J. BAKIJA, *Taxing Ourseves* 55–188, 231 (3d ed. 2004); B. BITTKER, *Tax Shelter and Tax Capitalization or Does the Early Bird Get a Free Lunch?*, 28 Nat'l Tax J. (1975); S. ACKERMANN DOTT., *An Analysis of the Revenue Effects of Proposed Substitutes for Tax Exemption of State and Local Bonds*, 23 Nat'l Tax J. 397 (1970); B. BITTKER, *Equity, Efficiency, and Income Tax Theory: Do Misallocations Drive Out Inequities?*, 16 San Diego L. Rev. 735 (1979)

⁷⁷ Si veda in tal senso BARTELETT, *The end*, op. cit., p. 418.

⁷⁸ V. U.S. TREAS. DEP'T, BACKGROUND PAPER, *Treasury Conference on Business Taxation and Global Competitiveness* 7 (July 23, 2007) reperibile a <http://www.ustreas.gov/press/releases/reports/07230%20r.pdf> (ove si afferma che l'espansione delle attività economiche favorite dagli incentivi fiscali «possono realizzarsi alle spese di altre attività economiche ed il valore perduto da queste può eccedere il valore guadagnato, abbassando il valore generale di beni e servizi

2. Cattura

Oltre che a causa di questo effetto di distorsione, tale tesi è fortemente indebolita nel caso in cui i benefici della *tax expenditure* non giungono al loro obiettivo, ad es. se tali benefici vengono catturati in misura significativa da soggetti che non dovrebbero esserene beneficiari. Pertanto, il concetto di tassazione implicita non elimina le disuguaglianze orizzontali delle *tax expenditures* e la sua erroneità è data dai notevoli sprechi che essa produce.

B. La TEA può essere uno strumento per l'elaborazione della politica governativa?

1. L'importanza della determinazione di una base imponibile normativa

L'applicazione della TEA dipende dalla individuazione di una base imponibile normativa e, a questo scopo, SURREY ha utilizzato la definizione di reddito di Schanz-Haig-Simons (SHS)⁷⁹ con diverse correzioni ed aggiunte. Questo aspetto ha sollevato aspre controversie sul se alcune disposizioni fiscali siano elementi di tale definizione, e quindi non *tax expenditures*, oppure scostamenti dalla SHS e quindi *tax expenditures*⁸⁰. WEISBACH e NUSSIM affermano che la questione del se alcune disposizioni deviano o meno da una base imponibile correttamente definita è assolutamente irrilevante e che anzi costituisce una distrazione da quello che è il vero problema riguardo le *tax expenditures*⁸¹. Secondo WEISBACH e NUSSIM la questione centrale è se particolari sussidi od incentivi siano meglio realizzati tramite il sistema fiscale oppure tramite un programma di spesa diretta gestito da una agenzia non fiscale. In questa ottica la definizione di reddito non è di alcuna utilità. L'obiettivo della TEA nello stabilire se una disposizione normativa sia o meno parte della definizione SHS di reddito è quello di identificare quelle disposizioni che costituiscono sussidi od incentivi, in quanto questi non si

prodotti dalla società»).

⁷⁹ Per una più dettagliata analisi della definizione SHS di reddito e del suo utilizzo nell'ambito della TEA si rimanda a SURREY, McDANIEL, *Tax Expenditures*, *supra*, pp.186.194 e H. SIMONS, *Personal Income Taxation*, 1937.

⁸⁰ Oltre a BARTELETT, *The end*, *op. cit.*, si veda anche BITTKER, *Accounting*, *op. cit.*; BORIS I. BITTKER, *Income Tax deductions, Credits and subsidies for personale expenditures*, 16 [J. L.& Econ. 193 (1973) nel seguito BITTKER, *Personal expenditures*; KAHN & LEHMAN, *op. cit.*].

⁸¹ V. WEISBACH, NUSSIM, *The Integration of Tax and Spending Programs*, 113 Yale L.J. 955, 976 (2004).

fondano sul principio di capacità contributiva, e sottoporli quindi ad una attenta analisi.

2. La riclassificazione delle *tax expenditures* in spese dirette

Si è visto in precedenza che una *tax expenditure* può contenere fattori di spreco in quanto gran parte dei benefici generati da una agevolazione fiscale possono essere catturati da soggetti che non sono i destinatari designati di questi. Weisbach e Nussim sembrano concordare su questo punto. Ciò nonostante giudicano questa distorsione non rilevante in quanto non getta alcuna luce su quella che è per loro la questione più importante: ammesso che il governo abbia deciso di adottare un sussidio iniquo e dannoso, tale sussidio può essere meglio garantito tramite una *tax expenditure* o tramite spesa diretta?

Questa tesi tuttavia trascura l'elemento chiave della TEA ovvero che, nel considerare se operare un determinato sussidio tramite il sistema fiscale, dovremmo prima riclassificare la *tax expenditure* come un analogo programma di spesa diretta e chiederci se questo programma di spesa diretta sia accettabile⁸². In caso contrario il programma di *tax expenditures* dovrebbe essere guardato con scetticismo. Ad esempio, l'esenzione sugli interessi da obbligazioni emesse dai governi di Stati e Municipi esaminata in precedenza corrisponderebbe ad un programma di contributi in conto interessi erogati ad emittenti ed investitori di fascia alta, con questi ultimi che si ritroverebbero a godere di un beneficio inatteso ed al quale non corrisponderebbe alcuna riduzione del tasso di interesse delle obbligazioni governative. In questo caso la riclassificazione mostra l'inadeguatezza della *tax expenditure*.

La domanda immediatamente successiva dovrebbe essere se i benefici derivanti dalla semplificazione e dal coordinamento che la realizzazione del sussidio tramite il sistema fiscale produce siano sufficientemente ampi da trasformare un dannoso programma di spesa diretta in una disposizione fiscale accettabile. La risposta sarà probabilmente negativa ma Weisbach e Nussim sembrano considerarla poco importante⁸³. Anzi, essi vedono la

⁸² Sul punto si rinvia a SURREY, PATHWAYS, op. cit., pp. 35 - 39 («Before we analyze the tax expenditure program, we must first translate the tax language into expenditure result.»).

⁸³ Così WEISBACH e NUSSIM, op. cit., p. 957 («The decision to implement a 'non tax' program through the 'tax system' has little or nothing to do with tax policy. Instead, the tax expenditure decision, . . . or the decision to combine tax and spending programs, is solely a matter of institutional design.»).

problematica dei benefici derivanti dalla semplificazione e dal coordinamento come fondamentale mentre a nostro avviso è soltanto un fattore di una analisi più ampia.

3. *Lo status sospetto delle tax expenditures e la necessità di una identificazione obbligatoria*

Vi è un'altra ragione per cui la distinzione tra norme fiscali che operano esenzioni strutturali rispetto ad uno specifico tributo e norme fiscali che operano sussidi ed incentivi non ha un semplice carattere descrittivo. Deduzioni ed esclusioni che sono parte integrante del processo di formazione della base imponibile sono esonerate dal maggior livello di analisi imposto dalla TEA per sussidi ed incentivi e godono a questo scopo di un trattamento privilegiato.

Questo trattamento differenziato è stato criticato da Kahn e Lehman i quali sembrano suggerire che tutte le disposizioni fiscali debbano essere sottoposte allo stesso livello di esame⁸⁴. Tuttavia seguire tale suggerimento significherebbe sottoporre ad analisi tutte quelle disposizioni che prevedono la deduzione degli oneri sostenuti nella produzione del reddito. L'esito sarebbe che tutte, o quasi, tali disposizioni passerebbero la TEA- così come l'analisi proposta da Weisbach e Nussim- in quanto la negazione della deducibilità degli oneri dalla base imponibile produrrebbe distorsioni e squilibri inaccettabili a meno che il governo non provveda a rifondere quando percepito, generando un inutile e dispendioso flusso circolare di ricchezza.

Tutto ciò si riflette nella più immediata intuizione che se norme fiscali effettivamente trasferiscono danaro pubblico nelle casse di beneficiari privati queste debbano essere sottoposte ad una più approfondita analisi rispetto a quelle norme che sono elementi necessari alla definizione della base imponibile⁸⁵.

⁸⁴ V. D.KAHN, J.LEHMAN, *Tax Expenditure Budgets: A Critical View*, 54 Tax Notes 1663 (Mar. 30, 1992).

⁸⁵ Difensori e promotori di sussidi ed incentivi fiscali si oppongono alla loro classificazione come *tax expenditures* per altre due ragioni di carattere procedurale. La prima è che solitamente le *tax expenditures*, a differenza dei provvedimenti di spesa diretta, non sono sottoposte ad un controllo anno per anno. È quindi più probabile che sopravvivano più a lungo. La seconda ragione procedurale dell'opposizione alla definizione dei sussidi come *tax expenditures* è che in questo modo è possibile favorire determinati gruppi di interesse sostenendo al contempo che si sta limitando la spesa pubblica. Sul punto SURREY, MCDANIEL, *Tax Expenditures, supra*, pp.54-65

4. *La visione ampia contro la visione ristretta dell'analisi costi\benefici*

L'approccio di Weisbach e Nussim alla analisi costi\benefici presenta un ulteriore problema - malgrado rigorosamente argomentato, risulta estremamente ristretto. Per essere precisi, si limita ad analizzare i *tradeoffs* tra i benefici della semplificazione e del coordinamento generale derivanti dall'integrazione dei programmi governativi nel sistema fiscale ed i benefici della specializzazione derivante dall'utilizzo del sistema fiscale per la raccolta delle entrate mentre altri programmi governativi vengono affidati ad agenzie non fiscali⁸⁶.

La TEA, al contrario, fornisce un quadro analitico di costi e benefici all'interno del quale rispondere alla domanda sulla quale si concentrano Weisbach e Nussim (semplificazione e coordinamento contro specializzazione) ma al contempo richiede una indagine più ampia che comprende problematiche critiche quali la correttezza distributiva e gli effetti distorsivi oltre che gli effetti di coordinamento, semplificazione e specializzazione.

5. *Quando solo le Tax Expenditures possono essere introdotte*

In certe circostanze, le tax expenditures possono essere utilizzate per raggiungere obiettivi governativi che non potrebbero altrimenti essere realizzati nel sistema legislativo⁸⁷. La conseguenza è che la TEA è malamente impiegata in questo contesto perché è un ostacolo al compimento di obiettivi desiderabili quando una *tax expenditure* è l'unica alternativa per realizzare il programma governativo⁸⁸.

⁸⁶ V. C. STEURLE, *Contemporary Tax Policy*, 2004, pp.249.251.

⁸⁷ Si veda, in generale, E. STENERLE, *Summers on Social Tax Expenditures. wher he's wrong ... or at least incomplete*, 89 Tax Notes 1639 (December 18, 2000) [nel seguito *Summers on social tax expenditures II*]; M. SULLIVAN, *Tax Expenditures Budget, now more than ever* 86 Tax Notes 1187 (Feb. 28, 2000) [di seguito SULLIVAN].

⁸⁸ Alla *Tax Foundation's National Conference* del 16 novembre 2000m il Segretario del Tesoro Lawrence H. Summers elogiò i crediti d'imposta in materia di istruzione introdotti dall'Amministrazione Clinton ed affermò che la comunità che amministra la politica fiscale è «*a tad theologically in resisting bringing tax expenditures into the system.*». C. BERGIN, *Summer Says it's Important to Promote "Value" Through the Code*, 89 Tax Notes 994 (Nov 20, 2000); si veda anche WIEDERBECK, *Paternalism and Income tax Reform* 33 U. Kan. L. Rav. 675 (1985), che difende le *tax expenditures* sostenendo che realizzano pienamente gli obiettivi governativi che non possono essere realizzati attraverso espliciti programmi di sostegno finanziario.

6. Conclusioni

Secondo Weisbach e Nussim, il difetto della TEA è che «la teoria alla fine ritorna alle raccomandazioni della politica fiscale»⁸⁹. A nostro avviso ciò è solo parzialmente corretto come descrizione ed assolutamente infondato come critica. La TEA, infatti, si basa sulla politica fiscale per determinare se debba essere invocata una riclassificazione ed una analisi costi\benefici ma a questo fine la politica fiscale è senz'altro appropriata. Inoltre l'analisi costi\benefici richiesta dalla TEA non è un semplice esercizio di politica fiscale. Essa comprende in se il *tradeoff* integrazione\specializzazione così come altri elementi non inerenti al sistema fiscale (come l'opportunità di porre in essere o meno un determinato programma) ed elementi propri del sistema fiscale (come la coerenza e la complessità interne del sistema fiscale)⁹⁰. In altre parole, la TEA adotta la politica fiscale soltanto come un elemento, sebbene importante, di questo mix.

C. La TEA è una regola di esclusione o accettazione automatica?

Alcuni critici della TEA le hanno rimproverato di operare come regola di automatica, o pressoché automatica, esclusione per tutte le disposizioni dell'IRC etichettate come *tax expenditures*⁹¹. Questa supposta caratteristica della TEA darebbe quindi un peso indebito alla definizione di una disposizione quale *tax expenditure* soprattutto nei casi in cui vi è sostanziale disaccordo sul fatto che una disposizione devii o meno dalla base di riferimento normativa.

La TEA non esclude automaticamente un programma di *tax expenditures* ma al contrario avvia un esame più attento e una seria analisi di costi e benefici del programma.

In effetti numerosissime disposizioni si dimostrano ingiustificate se sottoposte all'attento esame richiesto da Surrey e da noi e questo fatto ha senz'altro attirato l'accusa di essere strumento di automatica o quasi automatica esclusione. Questa etichetta è tuttavia una cattiva interpretazione

⁸⁹ V. D. KAHN, J. LEHMAN, *supra*, p. 1665.

⁹⁰ V. SURREY, MCDANIEL, *Tax Expenditures*, cit, pp. 5-6.

⁹¹ V. B. BARTLETT, *The End of Tax Expenditures As We Know Them?*, 92 Tax Notes 413, 414 (July 16, 2001); B. BITTKER, *Income Tax "Loopholes" and Political Rhetoric*, 71 Mich. L. Rev. 1099, 1113 (1973); D. SHAVIRO, *Rethinking Tax Expenditures and Fiscal Language*, 57 Tax L. Rev. 187, 201-02 (2004).

della posizione di Surrey e della nostra. L'incapacità di molte disposizioni di passare l'esame richiesto è dovuto alla loro inefficienza strutturale e non è un effetto automatico della TEA.

D. Un piano nascosto?

Alcuni autori hanno ritenuto che la difesa della TEA da parte di Surrey fosse un pretesto per portare avanti un programma rivolto all'introduzione di un'ampia imposizione progressiva sul reddito⁹². La validità di questa tesi è alquanto dubbia perché Surrey, pur lamentando gli effetti negativi prodotti da *tax expenditures* che riconoscono benefici sproporzionati ai titolari di redditi più elevati, non considerava il concetto in esame applicabile alle esenzioni personali o alle fasce di aliquote inferiori a quella massima⁹³. Da questo punto di vista, se la TEA è uno strumento occulto per ottenere un ampliamento della base imponibile, allora è un mezzo efficace per ottenere un obiettivo fiscale condiviso.

E. La TEA è fuorviante?

La TEA è stata criticata sotto molti profili per fornire una visione distorta. Esaminiamo ora queste critiche alla TEA.

1. La TEA implica che il governo possieda tutto il tuo reddito?

La TEA è stata oggetto di un attacco retorico creato più per discorsi e scritti politici che per una attenta analisi politica. Secondo questa retorica, quando i sostenitori della TEA affermano che riduzioni mirate delle imposte equivalgono alla spesa diretta del governo, questi stanno affermando implicitamente che il potere di tassazione dia al governo una legittima pretesa su tutti i redditi generati da residenti negli USA.

Questa argomentazione ad ogni modo appare immediatamente fallace. Innanzitutto, il governo federale non potrebbe mai avanzare una pretesa su tutti i redditi generati negli USA a meno che il Congresso non utilizzi il suo

⁹² BARTLETT, *The End*, op. cit., p. 414; SHAVIRO, op. cit., pp.189, 201 - 02; 204 - 05.

⁹³ SURREY, *PATHWAYS*, op. cit., p. 13; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit. pp.103, 108 - 11.

potere impositivo per imporre una aliquota generale del 100%, possibilità fra l'altro negata dalla Costituzione stessa⁹⁴.

In ogni caso, la TEA non richiede necessariamente la presenza di una imposta sul reddito nè tantomeno prescrive un particolare livello di aliquota come normativamente corretto. La TEA vede l'adozione delle imposte e la predisposizione delle aliquote applicabili come una questione di politica fiscale debitamente controllata dal Congresso e la sua funzione racchiusa all'interno dei limiti statuiti dal Congresso su questi punti, qualunque essi siano⁹⁵. In altre parole, una volta deciso di istituire una imposta sul reddito, il principio di capacità contributiva ed altri principi determineranno i parametri normativi per la determinazione della base imponibile, ma la scelta di una aliquota generale o di una tavola di aliquote generali è ampiamente libera da vincoli normativi.

2. *Le tax expenditures sono indistinguibili dai tagli fiscali?*

Una seconda versione della accusa di ingannevolezza nei confronti della TEA è quella che vede la TEA come priva di un qualsiasi ruolo identificativo in quanto non c'è nessuna differenza matematica tra un incentivo o un sussidio che abbassa l'onere fiscale di X di un dollaro ed un taglio delle tasse di X di un dollaro.

Bittker, in particolare, ha criticato la distinzione tra riduzione generale e riduzione preferenziale mirata dell'aliquota⁹⁶. Egli ha ipotizzato il caso di una riduzione della sola aliquota fiscale della fascia alta in quanto il congresso crede che questo stimoli gli investimenti a causa della maggiore propensione al risparmio dei contribuenti appartenenti a questa fascia d'aliquota. Egli è giunto alla conclusione che in quanto questa ipotetica riduzione di aliquota si applica a tutti i contribuenti di fascia alta, potrebbe essere considerata "generale" e quindi non una *tax expenditure*.

L'argomentazione di Bittker sembra del tutto corretta rispetto all'aspetto della TEA al quale essa è rivolta. Dal nostro punto di vista, malgrado corretta, la critica di Bittker è sopravvalutata. Stiamo parlando dopo tutto di un ambito in cui le spesa diretta federale eccede i 2.700 miliardi di dollari e le *tax expenditures* totali annue superano i 700 miliardi di dollari. In

⁹⁴ V. Cost U.S.A. art.1, §8, c.1 e Cost U.S.A., amend. XVI.

⁹⁵ V. SURREY, *Pathways*, op. cit., p.17; SURREY, McDANIEL, op. cit., pp.191-192.

⁹⁶ V. B. BITTKER, *Accounting for Federal "Tax Subsidies" in the National Budget*, 22 Nat'l Tax J. 244 (1969), p. 252.

questo contesto l'obiettivo è quello di avvicinarsi ad un ammontare totale delle *tax expenditures* trattando i tagli fiscali come *tax expenditures* soltanto quando questi sono evidentemente mirati a favorire particolari attività o fonti di reddito e come semplici riduzioni delle imposte in tutti gli altri casi, compresa l'ipotetica riduzione dell'aliquota dei contribuenti di fascia alta ipotizzata da Bittker.

Scopo principale della TEA è quello di attivare un controllo maggiore su quelle disposizioni che non sono elementi strutturali della base imponibile. A questo scopo un'accurata stima del totale delle *tax expenditures* non è importante.

F. L'imposizione sul consumo come norma

Un numero consistente di commentatori ha espresso la convinzione che un regime di imposizione normativamente corretto dovrebbe escludere i risparmi dalla base imponibile o, in alternativa, includere i risparmi nella base imponibile ma esentare i ricavi da questi generati⁹⁷. In entrambi i modi soltanto i consumi sarebbero tassati; risparmi ed investimenti sarebbero esenti.

La versione della TEA elaborata da Surrey nega la possibilità di adottare il consumo come base imponibile accogliendo come base di partenza la definizione SHS di reddito⁹⁸, la quale comprende la parte di reddito risparmiata così come quella impiegata per i consumi⁹⁹. Per gli scopi di questo articolo ci basta sottolineare che il consumo *con esclusione generale del risparmio* non è stato adottato come base di determinazione dell'imposta federale sul reddito ed è improbabile che venga adottata in un futuro prossimo. Di conseguenza proseguiamo a trattare della TEA alla luce della definizione di reddito SHS.

G. Non così in fretta! La nostra imposta ibrida sul reddito/consumo non si è evoluta essenzialmente in una imposta sul consumo?

I critici della TEA hanno inoltre asserito che, malgrado non possa essere definita in tutto e per tutto una imposta sul consumo, l'imposta federale sul reddito ha talmente tante caratteristiche proprie delle imposte sul consumo

⁹⁷ V. J.BANKMAN, D.WEISBACH, *The Superiority of an Ideal Consumption Tax over an Ideal Income Tax*, 58 Stan. L. Rev. 1413 (2006); E.McCAFFEREY, *A New Understanding of Tax*, 103 Mich. L. Rev. 807 (2005); N.SHAVIRO, *Replacing the Income Tax with a Progressive Consumption Tax*, 103 Tax Notes 91 (Apr. 5, 2004).

⁹⁸ V. SURREY, MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp.3-4.

⁹⁹ V. SIMONS, op. cit., p. 51.

da essere quantomeno un ibrido¹⁰⁰. Dunque sarebbe irrealistico utilizzare concetti propri della imposizione sul reddito come riferimento per identificare le deviazioni e classificarle come *tax expenditures*.

Le caratteristiche di imposizione sul consumo proprie dell'attuale sistema di imposizione sul reddito sono ad ogni modo molto più limitate di quanto tale argomentazione faccia intendere. La maggior parte delle caratteristiche tipiche della imposizione sul consumo sono state adottate con lo scopo di raggiungere obiettivi governativi discrezionali, come ad esempio l'aiuto ai governi di Stati e Municipi tramite l'esenzione della Sez. 103 o l'incentivazione del risparmio per il pensionamento, per l'istruzione o per le spese mediche attraverso diversi piani di risparmio agevolati fiscalmente. La presenza di incentivi di questo tipo non implica minimamente la scelta di abbracciare l'approccio della imposizione sul consumo rimuovendo in via generale i risparmi dalla base imponibile¹⁰¹.

Inoltre, una delle più importanti caratteristiche dell'imposta sul consumo presente nell'attuale sistema di imposizione sul reddito, la dottrina della realizzazione¹⁰², è stata posta da Simons¹⁰³ come necessaria nell'elaborazione di ogni imposta basata sul modello SHS.

Per queste ragioni l'attuale imposta federale sul reddito deve essere qualificata come un'imposta basata sulla definizione di reddito SHS con *tax expenditures* mirate e concessioni alle necessità amministrative, piuttosto che un'imposta ibrida su reddito/consumo. Questo trattamento diviene necessario nel momento in cui consideriamo che le *tax expenditures* strutturate sulla base di principi propri della imposizione sul consumo potranno funzionare soltanto se si parte da una base di riferimento che è quella della definizione di reddito SHS.

Sembra dunque corretto concludere che l'esenzione prevista dalla Sez. 103 nella sua forma attuale, così come altre esenzioni sui risparmi, possa svolgere la sua funzione soltanto in quanto componente di un sistema fiscale SHS e non di un regime di imposizione basato sul consumo. Dal momento che queste *tax expenditures* sono istituite per svolgere il loro compito, e

¹⁰⁰ V. SLEMROD, BAKIJA, op. cit., p.215; E. McCAFFEREY, *Tax Policy Under an Hybrid Income Consumption Tax*, 70 Tex. L. Rev 1145 (1992).

¹⁰¹ V. U.S. TREAS. DEP'T, *General Explanations of the Administration's Fiscal Year 2007 Revenue Proposals* 5 – 8 (2006).

¹⁰² La teoria della realizzazione esclude le plusvalenze non realizzate dalla base imponibile. Essa è l'equivalente della deduzione dei guadagni non percepiti che il contribuente aggiunge al risparmio scegliendo di differirne la realizzazione.

¹⁰³ V. SIMONS, op. cit., p. 100 e pp.207-208.

che possono farlo soltanto in quanto vi è una notevole quantità di capitale che è tassata secondo i principi SHS, dobbiamo rifiutare la conclusione che le *tax expenditures* che richiamano caratteristiche dell'imposta sul consumo nell'imposta federale sul reddito abbiano eliminato il riferimento alla definizione strutturale di reddito SHS e spostato il sistema verso una linea di base incerta se non inesistente quale quella che deriverebbe dall'applicazione di una imposta ibrida reddito/consumo. Ancor più importante, questa conclusioni suggeriscono l'uso in ambito della TEA della definizione di reddito SHS e legittima l'indagine sul se le caratteristiche di una imposta sul consumo della vigente imposta sul reddito siano *tax expenditures* e, in tal caso, se possano passare la riclassificazione e l'analisi costi/benefici.

H. Indeterminatezza

Altri critici hanno sostenuto che le incertezze al riguardo sia della definizione SHS di reddito, sia delle fattispecie che dovrebbero essere catalogate come *tax expenditures*, danno alla TEA un grado di indeterminatezza concettuale da limitarne all'atto pratico l'utilità come strumento di politica fiscale¹⁰⁴.

Il punto più importante da chiarire in questa sede è che, indipendentemente dai dibattiti sullo scopo preciso della definizione SHS di reddito e sull'inclusione o meno di certe voci nella lista delle *tax expenditures*, le agenzie governative che ogni anno stendono gli elenchi delle *tax expenditures* hanno raggiunto un rimarchevole grado di consenso. A titolo di esempio basti citare il fatto che, nella presentazione del *budget* fiscale del 2007, il dipartimento del Tesoro ha elencato 177 *tax expenditures*, mentre la corrispondente presentazione del *Joint Committee on Taxation* ne ha identificate 192.

Questa ampia convergenza dimostra che ogni disputa definitoria assume un ruolo marginale e che vi è un'area di vasto consenso sull'ambito applicativo della TEA che la rende un utile strumento di politica fiscale.

I. Inaccuratezza

Una delle ragioni che hanno spinto Surrey a promuovere la TEA era quella di facilitare la divulgazione dei costi effettivi sostenuti dal governo federale pro-

¹⁰⁴ V. BARTLETT, op. cit. pp.416-418; KAHN, LEMHAN, op. cit.

ducendo stime delle mancate entrate derivanti da *tax expenditures* che avrebbero dovute essere sommate al totale dei fondi stanziati dal Congresso¹⁰⁵. I critici hanno dunque asserito che la TEA non è in grado di svolgere questo ruolo in quanto l'abrogazione di una o più *tax expenditures* avrebbe ripercussioni, positive e negative, difficili da quantificare e che renderebbero le stime sulle perdite intrinsecamente incerte. Per questa ragione la TEA non sarebbe in grado di fornire una misura sufficientemente adeguata dei costi affrontati dal governo.

Una simile critica, tuttavia, non può essere in buona fede in quanto le stesse imperfezioni colpiscono tutte le procedure regolarmente utilizzate per produrre stime delle entrate per scopi di *budget* o per valutare nuove proposte legislative. Ma, più importante, è che la TEA è uno strumento altamente utile per l'implementazione dei principi della capacità contributiva e della neutralità dell'imposta e per rendere obbligatorie riclassificazione ed analisi cost/benefici, non per giungere ad un calcolo esatto delle entrate non percepite.

Inoltre, malgrado la loro mancanza di accuratezza le stime della TEA sono senz'altro più illuminanti dell'alternativa - una stima di zero - in quanto tali stime mostrano che le *tax expenditures* non sono prive di costi e che tali costi sono spesso consistenti. Quindi, a nostro avviso, l'imprecisione della TEA nella stima dei costi non ne mina la validità come strumento analitico di politica fiscale.

L. Le conclusioni di Bittker

Bittker è stato uno dei primi e più acuti scettici della TEA¹⁰⁶ e molte critiche recenti si sono riallacciate alla sua opera¹⁰⁷. Di conseguenza è interessante ribadire che il suo verdetto finale sulla TEA è stato il seguente:

Sarebbe utile, dunque, avere una valutazione più mirata, che si limiti alla stima dei costi degli scostamenti dalla definizione Haig-Simons, senza tentare di giudicare i costi di certe disposizioni strutturali quali dichiarazioni congiunte, tabelle di aliquote, periodi d'imposta, esenzioni fiscali ed altri aspetti del diritto vigente per i quali la definizione non fornisce alcun modello normativo? Sì, a nostro avviso: così come le stime sulle entrate che solitamente accompagnano le raccomandazioni

¹⁰⁵ V. SURREY, MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp.6, 25, 225.

¹⁰⁶ V. BITTKER, *Accounting*, op. cit.; *idem*, *Income Tax Deductions, Credits, and Subsidies for Personal Expenditures*, 16 J.L. & Econ. 193 (1973).

¹⁰⁷ V. STAFF OF JOINT ECON. COMM., 106TH CONG., *Tax Expenditures: A Review and Analysis* 9 (Comm. Print 1999); BARTLETT, *The End*, op. cit., pp.414-415; KAHN, LEMHAN, op. cit., p. 1663; SHAVIRO, op. cit., p. 205.

del Tesoro per le modifiche legislative simili calcoli potrebbero fornire informazioni che sarebbero d'aiuto nella applicazione dei criteri politici, economici ed etici nella formazione di giudizi sugli indirizzi del sistema di imposizione sul reddito. Presupponendo un consistente utilizzo della definizione Haig-Simons, inoltre, queste stime aiuterebbero a *mostrare se gli scostamenti normativi deviano in una particolare direzione, e se alcuni scostamenti ne bilanciano piuttosto che rafforzarne altri* – questione di massima importanza per chi sa che alcuni scostamenti sono inevitabili, ma che vuole ciononostante avvicinarsi quanto più possibile all'ideale Haig-Simons. Infine, una simile serie di stime *permetterebbe di giudicare nel merito quelle disposizioni che costituiscono uno scostamento dalla definizione Haig-Simons, libere dal problema costituito dal fatto che la loro opacità le rende automaticamente inferiori ai sussidi come strumento per raggiungere gli obiettivi prefissati, dal momento che queste istanze di "spesa celata", se rese pubbliche, non sarebbero meno surrettizie della "spesa manifesta"*¹⁰⁸.

Queste conclusioni coincidono con il nostro punto di vista secondo cui la più importante funzione della TEA è di innescare un rigoroso controllo delle disposizioni fiscali che si scostano dalla linea di base SHS e che le sue imperfezioni non giustificano l'abbandono dei suoi benefici. I difetti della TEA sono reali, ciononostante può continuare a svolgere una importante funzione di analisi della politica fiscale. Inoltre, la crescita dei programmi di *tax expenditures* negli ultimi tre decenni¹⁰⁹ rende la TEA ancor più importante nell'attuale contesto politico.

¹⁰⁸ BITTKER, *Accounting*, op. cit., pp. 260-261; v. anche SHAVIRO, op. cit., 203. Un altro critico della TEA, Zelinsky, ha riconosciuto l'influenza positiva che essa svolge sul *policymaking*: «Malgrado le mie riserve riguardo la classificazione di determinate fattispecie come determinanti la base imponibile o sussidi, ritengo che d'altro canto il *budget* per le *tax expenditures* abbia migliorato la qualità del dibattito e del *policymaking*, obbligando ad un maggior controllo del Codice e delle sue modifiche.» ZELINSKY, *James Madison and Public Choice at Gucci Gulch: A Procedural Defense of Tax Expenditures and Tax Institutions*, 102 Yale L.J., 1168 (1993); v. anche ZELINSKY, *The Tax Reform Act of 1986: A Response to Professor Yorio and His Vision of the Future of the Internal Revenue Code*, 55 Fordham L. Rev., pp. 893-894 (1987) («Surrey ed i suoi successori hanno svolto un servizio di inestimabile valore dimostrando l'equivalenza tra spesa diretta e *tax expenditures* mostrando che queste ultime non sono senza costi, stabilendo una rendicontazione annua e mettendo in luce le possibili inequità ed inefficienze di queste spese») ¹⁰⁹ V. U.S. GOV'T ACCOUNTABILITY OFFICE, GAO-05-690, *Tax Expenditures Represent a Substantial Federal Commitment and Need to Be Reexamined* 8, 35 n.43, 36 (Sept. 2005).

M. Il limitato successo della TEA

Malgrado il budget presidenziale annuale ed il rapporto annuale sulle *tax expenditures* del *Joint Committee on Taxation* provvedano un elenco completo delle *tax expenditures*, ancora manca purtroppo una struttura istituzionalizzata per la sottoposizione regolare e sistematica a riclassificazione ed analisi costi\benefici di incentivi e sussidi fiscali¹¹⁰. Anzi, la TEA viene solitamente utilizzata *ad hoc* in seguito alla proposta di nuove *tax expenditures* (sia per la valutazione di nuove proposte, sia per determinare se le *tax expenditures* esistenti debbano essere abrogate e sostituite da altre) nell'ambito di un più ampio programma di riforma fiscale¹¹¹. Vari commentatori hanno suggerito disposizioni governative e metodi che assicurino una più regolare revisione dei costi\benefici delle *tax expenditures*¹¹² e si spera che questi suggerimenti vengano debitamente analizzati e portino i loro frutti. Avanzare proposte di questo tipo, ad ogni modo, non è nello scopo di questo articolo. Piuttosto, il nostro punto di maggior interesse è quello di rimarcare come, nonostante i limiti risultanti dalla sua attuale applicazione *ad hoc*, la TEA rimanga un valido strumento di politica fiscale che ha avuto una influenza positiva nel processo legislativo fiscale¹¹³.

Ciò malgrado la TEA è andata incontro ad un successo tutt'altro che completo. Le *tax expenditures*, buone o cattive che siano, hanno continuato a crescere nel numero¹¹⁴ e la speranza di Surrey che «le *tax expenditures*, una volta identificate venissero convertite in spese dirette o abrogate del tutto ha avuto scarso seguito»¹¹⁵. Ad ogni modo le critiche portate contro

¹¹⁰ V. L. BURMAN, *Is the Tax Expenditure Concept Still Relevant?*, 56 Nat'l Tax J. 613, 614 (2003); v. anche Letter of James D. Foster, Associate Director of Economic Policy, Office of Management and Budget 2 (Sept. 2, 2005); GAO, *Federal Commitment*, op. cit., p. 85.

¹¹¹ V. FOSTER, *Letter*, op. cit., p.4; GAO, *Federal Commitment*, op. cit., p. 85.

¹¹² V. GAO, *Federal Commitment*, op. cit., pp.74-75; M. HEEN, *Reinventing Tax Expenditures Reform: Empoving Government Program Oversight Under the Governement Performance and Results Act*, 35 Wake Forest L. Rev., 751 (2000).

¹¹³ V. BURMAN, op. cit., p.626; J. ROIN, *Truth in Government: Beyond the Tax Expenditure Budget*, 54 Hastings L.J. 603, 612 (2003); L. SUGIN, *Tax Expenditure Analysis and Constitutional Decisions*, 50 Hastings L.J. 407, 460-72 (1999).

¹¹⁴ V. GAO, *Federal Commitment*, op. cit., pp. 19-23.

¹¹⁵ V. SHAVIRO, op. cit., p.187. Zelinsky ha ipotizzato che una ragione per cui l'eliminazione delle *tax expenditures* non ha avuto grande successo è il fenomeno dell'effetto cornice, per il quale il supporto ad un programma governativo varia a seconda se esso venga posto in essere tramite spesa diretta o tramite la leva fiscale ZELINSKY, *Do Tax Expenditures Create Framing Effect? Volunteer Firefighters Property Tax Exemptions, and the Paradox of Tax Expenditures*

la TEA dai sostenitori di sussidi ed incentivi¹¹⁶ ci suggeriscono che la TEA ha esercitato un effetto restrittivo e che senza la sua presenza la crescita delle *tax expenditures* sarebbe stata ancor più consistente. Inoltre la TEA continua a costituire sia uno strumento per porre le giuste domande su sussidi ed incentivi fiscali, sia uno stimolo nei confronti di Dipartimento del Tesoro e Congresso a farlo. La TEA aiuta la promozione della trasparenza e della responsabilità nel processo di implementazione tramite il sistema fiscale dei programmi governativi e rende più difficile per chi elabora le politiche occultare il reale utilizzo della finanza pubblica. In breve, date le continue pressioni su Congresso ed esecutivo per utilizzare *tax expenditures* anziché programmi di spesa diretta in modo da ridurre la responsabilità politica per queste azioni, la TEA o qualcosa ad essa molto simile è tanto più necessaria ora di quanto non lo sia mai stata¹¹⁷.

V. L'Analisi Costi/Benefici

Come è stato più volte sottolineato in questo articolo, l'appropriata etichettatura di alcuni norme fiscali quali *tax expenditure* (i.e., più propriamente classificare una disposizione normativa come *tax expenditure*) non significa rifiutare automaticamente questa norma. Piuttosto, spinge a farne un'analisi costi/benefici¹¹⁸. Poiché le *tax expenditures* sono così varie, questa analisi costi benefici dovrà essere fatta di solito caso per caso; un modello

Analysis, 24 Va. Tax Rev. 797 (2005).

¹¹⁶ STAFF OF JOINT ECON. COMM., 106TH CONG., *Tax Expenditures: A Review and Analysis* 9 (Comm. Print 1999); BARTLETT, op. cit., p.420; C.FRIED, *Whose Money Is It?*, Wash. Post, Jan. 1, 1995.

¹¹⁷ V.J.PERONI, *Tax Reform Interrupted: The Chaotic State of Tax Policy* in 2003, 35 McGeorge L. Rev. 277, 317 n.165 (2004).

¹¹⁸ SURREY, *Pathways*, op. cit., p. VIII; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 25–27; SHAVIRO, op. cit., p. 209, 221. Il Professor Surrey sosteneva che le *tax expenditures* hanno alcune caratteristiche che le rendono di solito inferiori alle spese dirette come metodo di implementazione dei programmi governativi. Cfr. SURREY, *PATHWAYS*, op. cit., pp. 134–54; SURREY & McDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 102–17. Queste caratteristiche non sono automaticamente squalificanti. Invece, dovrebbero essere tradotte nelle domande 2 e 3 dell'analisi costi/benefici indicate *infra* note 302–04. Per le critiche che sostengono che alcuni dei punti di Surrey riguardanti la generale inferiorità delle *tax expenditures* sono esagerate, vedi ROIN, op. cit., p. 612; TÖDER, op. cit., pp. 366–68; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., pp. 978–79; ZELINSKY, *The Rehabilitation of Tax Incentives*, op. cit., pp. 1026–33; ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., pp. 1194–1207.

vincolante non sembra essere auspicabile. Ciò nondimeno, le seguenti domande saranno rilevanti in più casi¹¹⁹:

1. è la *tax expenditure* un accettabile programma governativo quando rifonde come un analogo diretto programma di spesa?
2. se la risposta alla precedente domanda è affermativa, i benefici della *tax expenditure* hanno più peso dei suoi costi, inclusi i suoi effetti indesiderabili e icosti amministrativi?¹²⁰
3. se la risposta alle precedenti domande è affermativa, possono nonostante tutto essere meglio raggiunti i benefici della *tax expenditure* attraverso un programma di spesa diretto?¹²¹

¹¹⁹ Queste domande, tuttavia, possono essere modificate in casi appropriati. Ad esempio la domanda 1 dovrebbe essere modificata nel caso in cui si possa avere un argomento in favore di un programma governativo ma l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale in materia permetterebbe l'utilizzo di una sovvenzione fiscale indiretta e non di un programma di spese dirette governative (per esempio nel caso della deduzione prevista dalla sezione 170 per le offerte alle organizzazioni religiose). In quel caso, la domanda 1 potrebbe essere modificata per chiedere se un analogo programma di spesa diretta sarebbe accettabile, assumendo che tale programma fosse costituzionalmente legittimo. Per un approccio più dettagliato alla strutturazione di un'analisi costi/benefici di una *tax expenditure provision*, vedi PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., p. 83; THE CENTURY FOUNDATION WORKING GROUP ON TAX EXPENDITURES, *Bad Breaks All Around* (2002); SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 112–17; GENE STEUERLE, *Summers on Social Tax Expenditures: Where He's Right*, 89 Tax Notes 1481 (Dec. 11, 2000); STEUERLE, *Summers on Social Tax Expenditures II*, op. cit., at 1639; Sullivan, *Tax Incentives*, op. cit., at 21–26. per un'analisi delle ragioni per cui la maggior parte delle *tax expenditures* si rivela inefficace ad un'analisi costi/benefici, cfr. SHAVIRO, op. cit., pp. 202; WEISBACH & NUSSIM, op. cit., pp. 973, 978.

¹²⁰ I costi di una *tax expenditure* dovrebbero includere i costi di amministrazione del programma ma non ci sono informazioni disponibili relativamente ai costi amministrativi di una *tax expenditure*. Cfr. GAO, *Federal Commitment*, op. cit., at 54; TODER, op. cit., at 365. questa mancanza di informazione potrebbe far ritenere i costi di un programma *tax expenditure* erroneamente più bassi di un analogo programma di spesa diretta quando, nei fatti, non sono più bassi. Questo problema è ovviamente più grave quando il programma di riduzione della *tax expenditure* da valutare è particolarmente complesso (come è vero per la gran parte delle disposizioni di diritto tributario internazionale) così che il governo è costretto a sostenere notevoli costi amministrativi per implementarlo/applicarlo.

¹²¹ La Professoressa Anne Alstott ha considerato che i programmi di spesa basati sul sistema fiscal hanno alcuni limiti istituzionali inerenti che bisogna tenere in considerazione nel rispondere a questo quesito: «*less accurate targeting, less responsiveness to changing needs, and vulnerability to noncompliance.*» ANNE L. ALSTOTT, *The Earned Income Tax Credit and the Limitations of Tax-Based Welfare Reform*, 108 Harv. L. Rev. 533, 589 (1995) (in cui analizza il credito d'imposta sul reddito della sezione 32 come un meccanismo che ha effetti di riforma del *welfare*). Diversamente, un critico della TEA, il Professor Zelinsky, ritiene che in molti casi gli incentive fiscali sono preferibili ad analoghi programmi di spesa diretta perchè «*the committees and*

Se la risposta alla terza domanda è che un programma di spesa diretto è un meccanismo migliore per raggiungere i benefici obiettivi del programma, allora la disposizione fiscale oggetto di indagine dovrà essere mantenuta solamente se un altro criterio di politica fiscale ne supporta il mantenimento. Se la risposta alla terza domanda è (i.e., un programma di spesa diretto non sarebbe un metodo superiore per raggiungere i benefici previsti dal programma), allora la disposizione supera l'analisi TEA ed è un buon candidato per rimanere nel sistema federale dell'imposizione sul reddito.

Analisti politici diversi possono raggiungere conclusioni diverse basandosi su questa analisi. Per fare un esempio, un certo numero di commentatori hanno sostenuto che la detrazione per i contributi alle associazioni caritatevoli, prevista dalla sezione 170, è un esempio di disposizione *tax expenditure* che rappresenta un programma governativo accettabile, i cui benefici superano i costi (inclusi, più dettagliatamente, i suoi effetti sull'amministrazione fiscale e la *tax compliance*), e che è superiore ai suoi analoghi programmi governativi di spesa diretta¹²². Eppure, altri commentatori hanno sostenuto che la deduzione dei contributi alle associazioni caritatevoli è un'inefficiente *tax expenditure* e che un programma di aiuti diretti per le associazioni caritatevoli (almeno per le associazioni caritatevoli laiche) sarebbe più efficace¹²³.

agencies that design and administer tax subsidies are less prone to capture by clientele groups, conform more closely to pluralist norms, and are better positioned to make decisions informed by expertise than their direct expenditure counterparts.» ZELINSKY, A Procedural Defense of Tax Expenditures, op. cit., p. 1194. Contra op. cit.. Il Professor Zelinsky difende anche molti incentivi fiscali su basi di efficienza economica. See ZELINSKY, The Rehabilitation of Tax Incentives, op. cit. .

¹²² Cfr. per esempio, RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law* 529 (7th ed. 2007) (sostiene che la detrazione per i contributi alle associazioni caritatevoli possono essere più efficiente nel promuovere la solidarietà che un programma diretto governativo di contributi statali); FELDSTEIN, op. cit., p. 99 (stessa opinione; utilizza un'estensione della teoria di Ramsey della ottimale imposizione nel valutare l'efficienza della detrazione per i contributi al terzo settore); cfr. anche ZELINSKY, *A Procedural Defense of Tax Expenditures*, op. cit., pp. 1192–94 (dove sostiene che nel terzo settore «*there is less danger of religious interests' capturing tax institutions than direct expenditure agencies*»). Per un'analisi delle politiche fiscali per il nonprofit come *tax expenditure* che forniscono un aiuto estero, vedi DAVID E. POZEN, COMMENT, *Tax Expenditures as Foreign Aid*, 116 Yale L.J. 869 (2007).

Alcuni commentatori hanno sostenuto che la detrazione dei contributi al nonprofit è una disposizione che limita la base piuttosto che un sussidio. Cfr. ANDREWS, *Personal Deductions*, op. cit., pp. 344–46. In quest'ottica, la detrazione dei contributi alle associazioni nonprofit non potrebbe essere sottoposta alla TEA. Per una ispirata critica del non considerare la detrazione dei contributi al nonprofit come un sussidio, si veda MARK P. GERGEN, *The Case for a Charitable Contributions Deduction*, 74 Va. L. Rev. 1393, 1414–26 (1988).

¹²³ Cfr., per esempio, E.C. LASHBROOKE, JR., *An Economic and Constitutional Case for Repeal*

Quest'ultimo punto di vista prevale generalmente presso i commentatori della politica fiscale ma non nel Congresso, che più volte non ha voluto abolire (o almeno ridurre sostanzialmente) la detrazione dei contributi caritatevoli. Sebbene i promotori della riforma fiscale non siano rimasti soddisfatti dell'esito, il dibattito è stato almeno focalizzato sui temi giusti e la TEA è stata uno dei fattori chiave per raggiungere questo focus.

VI. La TEA e il regime di imposizione sul reddito internazionale degli Stati Uniti

A nostro giudizio, le parti dalla I alla IV del presente articolo, hanno dimostrato che, indipendentemente delle sue imperfezioni, la TEA è uno strumento utile e potente di analisi della politica fiscale e che la TEA è importante oggi come lo era quando acquisì rilievo negli Stati Uniti nel 1960. La TEA, tuttavia, è stata sottoutilizzata in quella fiscalità internazionale che è cresciuta in importanza così come le transazioni *cross-border* che sono diventate una parte più importante delle economie degli Stati Uniti e del mondo¹²⁴. Così come è vero quanto osservato precedentemente in questo articolo per la fiscalità nazionale, la TEA può aiutare gli analisti di politica fiscale a focalizzare le domande giuste nel valutare l'efficacia delle disposizioni in materia di fiscalità internazionale del Codice ed è una sfortuna che la TEA abbia avuto un ruolo così marginale nel dibattito sulla riforma delle norme fiscali internazionali sino ad oggi. Uno degli obiettivi principali di

of the I.R.C. Section 170 Deduction for Charitable Contributions to Religious Organizations, 27 Duq. L. Rev. 695 (1989); PAUL R. MCDANIEL, *Federal Matching Grants for Charitable Contributions: A Substitute for the Income Tax Deduction*, 27 Tax L. Rev. 377 (1972); YORIO, *Tax Reform Act of 1986*, op. cit. nota 145, pp. 422–23.

Il Service secondo i resoconti sta valutando uno studio per determinare se abbia senso sostituire la detrazione dei contributi al terzo settore con un programma di spesa governativa diretto nella forma di un bando per contribute alle associazioni non profit. Vedi DUSTIN STAMPER, *IRS Studying Bold Policy Replacement for Charitable Deduction*, 2007 TNT 115-7 (June 14, 2007).

¹²⁴ Cfr., U.S. TREAS. DEP'T, *Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21ST Century 2 (Dec. 2007)* [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T., COMPETITIVENESS REPORT]; U.S. COMMERCE DEP'T, BUREAU OF ECON. ANALYSIS, *Transactional Tables: U.S. International Transactions in Goods and Services and U.S. International Transactions*, 85 Survey of Current Business D-64, D-65 (May 2005); U.S. COMMERCE DEP'T, BUREAU OF ECON. ANALYSIS, *Transactional Tables: U.S. International Transactions in Goods and Services and U.S. International Transactions*, 84 Survey of Current Business D-62, D-63 (Oct. 2004).

questo articolo è aiutare a rimediare a questa mancanza. Pertanto, in questa parte di questo articolo, si applica la TEA a tre importanti elementi del sistema statunitense per la tassazione di redditi percepiti da soggetti degli Stati Uniti da attività commerciali o di investimenti effettuati all'estero – il differimento d'imposta sui redditi attraverso una società estera, il *cross-crediting*, e la *Export Sales Source Rule*.

A. Differimento dell'imposizione statunitense sul reddito percepito attraverso una società estera

Secondo l'attuale normativa fiscale internazionale degli Stati Uniti, il reddito di fonte estera percepito da un soggetto statunitense direttamente, attraverso una *branch*, o attraverso una entità tassata *on a pass-through basis* (i.e., una *partnership* o una società a responsabilità limitata che viene considerata quale una *partnership* ai fini fiscali negli Stati Uniti secondo le norme sulla classificazione delle entità statunitensi)¹²⁵ è soggetto alle imposte americane vigenti su quella tipologia di reddito, beneficiando di un credito d'imposta per quanto pagato all'estero su quel reddito¹²⁶. Per contro, i redditi di fonte straniera percepiti da un soggetto statunitense attraverso una controllata estera non sono soggetti ad imposizione negli Stati Uniti fino a quando il reddito è rimpatriato attraverso la distribuzione di dividendi o la vendita (i.e., l'imposta è "differita")¹²⁷, a meno che non si applichi una delle disposizioni anti differimento del Codice¹²⁸. Così, il soggetto statunitense ottiene il beneficio

¹²⁵ Cfr. TREAS. REG. §§ 301.7701-2 (2007), -3 (2006). Le norme di classificazione della legge vigente sono spesso conosciuto come le norme "*check-the-box*". Per un commento di queste norme, vedi ROBERT J. PERONI, STEVEN A. BANK & GLENN E. COVEN, *CASES AND MATERIALS ON TAXATION OF BUSINESS ENTERPRISES* 40–48, 817–21 (3d ed. 2006).

¹²⁶ Vedi per esempio GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 34, 276, 443–44; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., B3.01; SCHOLE, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 288–90. Per un dettagliato studio del Dipartimento del Tesoro sul tema differimento, vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit.. Per un primo studio del Tesoro sulla riforma del sistema fiscal internazionale, che include una significativa trattazione della problematica del differimento, vedi U.S. TREAS. DEP'T, *International Tax Reform: An Interim Report 7–17*, 41–53 (Jan. 1993) [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*].

¹²⁷ Cfr. ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 171–72; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 34, 276, 443–44; 1 ISENBERGH, op. cit., 1.12; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., B3.01; SCHOLE, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 288–90; vedi anche AULT & BRADFORD, op. cit., pp. 12, 27–28.

¹²⁸ I più importanti regimi anti-differimento sono le disposizione della Subpart F che si applicano alle "*controlled foreign corporation*" (CFC), I.R.C. §§ 951–964, e le norme che

del differimento dell'imposta statunitense, che riduce sostanzialmente il tasso effettivo di tale imposta. Infatti, se il periodo di differimento è abbastanza lungo, il valore attuale della futura imposta degli Stati Uniti si avvicina a zero e il differimento diventa equivalente all'esenzione dall'imposta sul reddito della società estera¹²⁹. Di conseguenza, il differimento ha molti degli stessi effetti distortivi sul comportamento del contribuente quali se ne avrebbero dall'esenzione da ogni imposta statunitense dei redditi di fonte estera¹³⁰.

Questo differimento incoraggia i soggetti statunitensi a dislocare le proprie attività e gli investimenti all'estero in paesi esteri a bassa fiscalità¹³¹, anche se i loro rendimenti al lordo delle imposte sugli investimenti in tali paesi stranieri sono inferiori a quelli su investimenti analoghi negli Stati

si applicano alle "passive foreign investment company," I.R.C. §§ 1291–1298. Cfr. BORIS I. BITTKER & LAWRENCE LOKKEN, *Federal Taxation of Income, Estates and Gifts* chs. 69, 70 (rev. 3d ed. 2005); ISENBERGH, op. cit., chs. 70–77, 80; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., chs. B2, B3. Secondo noi, questi istituti anti-differimento non fanno abbastanza per ridurre la sovvenzione da differimento, particolarmente alla luce dei cambiamenti legislative avutisi nel 1996 che ne hanno ulteriormente ridotto l'efficacia. Vedi ROBERT J. PERONI, *Deferral of U.S. Tax on International Income: End It, Don't Mend It — Why Should We Be Stuck in the Middle with Subpart F?*, 79 Tex. L. Rev. 1609, 1612 (2001) [d'ora in poi PERONI, *End It, Don't Mend It*]; PERONI, FLEMING, & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 488–92.

¹²⁹ Cfr. REUVEN S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law* 124 (2007) [d'ora in poi AVI-YONAH, *International Tax as International Law*]; VITO TANZI, *Taxation in an Integrating World* 78 (1995); REUVEN S. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harv. L. Rev. 1573, 1593 n.70 (2000); FLEMING, PERONI & SHAY, *Fairness in International Taxation*, op. cit., pp. 339–40; DANIEL J. FRISCH, *The Economics of International Taxation: Some Old and New Approaches*, 47 Tax Notes 581, 584 (Apr.30, 1990); MICHAEL J. GRAETZ & MICHAEL M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L.J. 1021, 1065 (1997). Per un recente articolo che tratta l'uso del differimento e di altri regimi fiscali preferenziali delle società statunitensi per ridurre le loro imposte ad aliquote effettive molte basse, vedi NANETTE BYRNES, *The Taxman Barely Cometh*, Bus. Wk., Dec. 3, 2007, at 56.

¹³⁰ Cfr., GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 443–44.

¹³¹ Vedi MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: U.S. Multinationals Move More Profits to Tax Havens*, 102 Tax Notes 690 (Feb. 9, 2004); vedi anche ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom*, 110 Tax Notes 979 (Feb. 27, 2006) (concludono che l'analisi empirica mostra che strategie di pianificazione fiscale aggressive, che si avvantaggiano del differimento e delle *check-the-box entity classification regulations*, hanno giocato un grande ruolo nel decline delle aliquote fiscali effettive del reddito estero delle multinazionali statunitensi durante il periodo successive al 1996); DAVID HARRIS, RANDALL MORCK, JOEL SLEMRUD & BERNARD YEUNG, *Income Shifting in U.S. Multinational Corporations*, in *Studies in International Taxation* 278 (Alberto Giovannini, R. Glenn Hubbard & Joel Slemrod eds., 1993) (studi empirici riportano «cross-firm regression results that are consistent with the notion that multinational firms shift income from high-tax locations to the United States and from the United States to low tax locations»).

Uniti¹³². Tale differimento inoltre funziona come una barriera al rimpatrio della quota di reddito di fonte estera della società estera propria del soggetto statunitense perché incoraggia a mantenere i guadagni presso la società straniera¹³³. Gli studi empirici, tuttavia, non sono esaurienti rispetto all'effetto di imposte di rimpatrio sulle decisioni di localizzazione delle società statunitensi¹³⁴.

¹³² Vedi U.S. TREAS. DEP'T, INTERIM REPORT, op. cit., p. 7 («[T]he combined benefits of the deferral of U.S. tax and the lower foreign corporate-level tax could cause a U.S. multinational corporation to prefer foreign investments with pretax returns substantially below those of otherwise comparable domestic investments.»); GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 444; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 987; PERONI, *End It, Don't Mend It*, op. cit., pp. 1613–14; ROBERT J. PERONI, *The Proper Approach for Taxing the Income of Foreign Controlled Corporations*, 26 Brook. J. Int'l L. 1579, 1583–84 (2001) [d'ora in poi PERONI, *The Proper Approach*]; cfr. anche J. CLIFTON FLEMING, JR., ROBERT J. PERONI & STEPHEN E. SHAY, *Deferral: Consider Ending It, Instead of Expanding It*, 86 Tax Notes 837, 837–38 (Feb. 7, 2000) [d'ora in poi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*]; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 468–69. Ma vedi CHARLES I. KINGSON, *The Coherence of International Taxation*, 81 Colum. L. Rev. 1151, 1269–70 (1981) [d'ora in poi KINGSON, *Coherence*] (suggerisce che il differimento come problema sostanziale di politica fiscale è diventato meno importante perché il problema dell'exportazione del lavoro nel settore manifatturiero ha presumibilmente raggiunto il picco e il commercio e i servizi presumibilmente meno mobile diventano sempre più responsabili per la creazione di lavoro negli Stati Uniti).

¹³³ J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *Eviscerating the Foreign Tax Credit Limitations and Cutting the Repatriation Tax — What's ETI Repeal Got To Do With It?*, 104 Tax Notes 1393, 1406 (Sept. 20, 2004) [d'ora in poi FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*]. Così, l'imposizione statunitense è vista come una barriera al rimpatrio e conduce a quello che molti commentatori chiamano “*lockout phenomenon*,” ovvero i proventi di fonte estera che potrebbero essere rimpatriati negli Stati Uniti sono bloccati al di fuori degli Stati Uniti dalla prospettiva di una imposizione sul reddito statunitense sul rimpatrio. Vedi nel 2004, il Congresso emanò una misura di temporaneo sollievo nella forma di una deduzione dei dividendi ricevuti nella sezione 965, che era stata intesa come incoraggiamento al rimpatrio di guadagni differiti. Cfr. American Jobs Creation Act of 2004, Pub. L. No. 108-357, § 422, 118 Stat. 1418, 1514–19 (2004). Per una critica di politica fiscale della detrazione della sezione 965 per motivi di equità e di efficienza economica, vedi FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit.. Per una critica della sezione 965 come condono fiscale, vedi CRAIG M. BOISE, *Breaking Open Offshore Piggybanks: Deferral and the Utility of Amnesty*, 14 Geo. Mason L. Rev. 667 (2007).

¹³⁴ Cfr. DAVID L. BRUMBAUGH, *Tax Exemption for Repatriated Foreign Earnings: Proposals and Analysis* 7 (Cong. Res. Service, Oct. 22, 2003); HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Taxing International Business Income: Dividend Exemption Versus the Current System* (2001) [d'ora in poi GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*]; ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Repatriation Taxes, Repatriation Strategies and Multinational Financial Policy*, 87 J. Pub. Econ. 73 (2003) [d'ora in poi ALTSHULER & GRUBERT, *Repatriation Taxes*]; ROSANNE ALTSHULER & HARRY GRUBERT, *Where Will They Go if We Go Territorial? Dividend Exemption and the Foreign Location Decisions of U.S. Multinational Corporations*, 54 Nat'l Tax J. 787 (2001);

Per determinare se la sovvenzione da differimento rappresenta un'allontanamento da una norma base dell'ordinamento e, quindi, è una *tax expenditure*, dobbiamo prima individuare una norma base. In questo contesto, possiamo articolare la linea di base in tre modi alternativi.

Il principio generale di capacità contributiva. Il principio che la pressione fiscale debba essere ripartita tra i contribuenti in relazione alla loro capacità contributiva - il principio di capacità contributiva - è la norma che sovrintende al sistema federale di imposizione del reddito. Il reddito di fonte estera conferisce ai soggetti statunitensi capacità contributiva¹³⁵ ma il differimento consente ai soggetti americani di evitare l'imposizione americana corrente rispetto al reddito prodotto attraverso società estere. Così, sebbene il sistema di imposizione sul reddito statunitense abbia incorporato alcuni significativi aspetti di una base imponibile basata sui consumi esentando certe tipologie di guadagni dalle imposte correnti, il sussidio "differimento" è un allontanamento dal generale principio fondante della capacità contributiva¹³⁶.

Il concetto di anti-differimento in supporto all'imposta sul reddito delle società. L'imposta sul reddito delle società gioca un'importante funzione anti differimento, sebbene bisogna ammettere che si tratta di un meccanismo anti differimento crudo e di ripiego. Senza l'imposta sul reddito delle società, gli azionisti delle società sarebbero in grado di rinviare completamente la tassazione del reddito d'impresa guadagnato attraverso la società fino a quando non ricevano dividendi dalla società (o ne vendano le azioni); l'imposta sul reddito delle società tenta di prevenire che ciò accada imponendo un'imposta sul reddito netto della società. Poiché il differimento dell'im-

MIHIR A. DESAI, C. FRITZ FOLEY & JAMES R. HINES, JR., *Repatriation Taxes and Dividend Distortions*, 54 Nat'l Tax J. 829 (2001); FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., p. 1410. Inoltre, un documento del Tesoro del 2007 affermava che «comparisons of the behavior of corporations with and without excess foreign tax credits suggest that the repatriation tax must not be imposing a significant burden.» U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 51. Una delle ragioni per questo sono le varie tecniche che le società americane possono utilizzare per eludere la *repatriation tax* sui dividendi mentre ancora hanno *cash flow* nella società madre statunitense. Vedi tra molti, ALTSHULER & GRUBERT, *Repatriation Taxes*, op. cit., p. 74; FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., p. 1410.

¹³⁵ Cfr. ad esempio, AULT & BRADFORD, op. cit., p. 27 (il sistema fiscale statunitense del tipo *worldwide* «reflects the conception of income as a measure of ability to pay»).

¹³⁶ Cfr. FLEMING, PERONI & SHAY, *Fairness in International Taxation*, op. cit., pp. 353-54; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 981-82; vedi anche TANZI, op. cit., pp. 77-78 (afferma che l'imposizione basata sulla residenza del reddito internazionale è superiore all'imposizione basata sulla fonte sia a livello allocativo che di equità).

posizione statunitense sul reddito di fonte estera guadagnato attraverso una società estera da soggetti americani permette di evitare la corrente imposizione dell'imposta sul reddito delle società, il differimento mina la funzione anti-differimento della fiscalità delle imprese e, quindi, è uno scostamento dalle linee di fondo dell'imposizione sul reddito delle società.

Il regime generale corrente di imposizione delle imprese. L'approccio generale del sistema fiscale di imposte sul reddito degli Stati Uniti è quello di imporre imposte correnti sul reddito d'impresa conseguito da un soggetto degli Stati Uniti, se quel reddito è guadagnato attraverso una stabile organizzazione, una ditta individuale, una *flow-through entity* (i.e., una *partnership*, una *limited liability company* tassata come una *partnership* ai fini dell'imposta federale sul reddito delle società, o una società), o un'entità tassata come una società ai fini dell'imposta federale sul reddito delle società¹³⁷. Il differimento rispetto al reddito di fonte straniera guadagnato da soggetti americani attraverso una società straniera è una deviazione da questa tipologia generale di approccio. Pertanto, il privilegio del differimento è un allontanamento significativo dalla tassazione attuale del reddito d'impresa che prevale generalmente entro l'attuale sistema dell'imposta sul reddito¹³⁸. Questo allontanamento crea una preferenza per i redditi di fonte straniera e incoraggia i contribuenti a trasferire le attività commerciali e di investimento dagli Stati Uniti a Paesi stranieri a bassa fiscalità¹³⁹.

¹³⁷ Vedi I.R.C. §§ 1, 11, 61(a)(1), (a)(2), 63, 702, 1366; ELISABETH A. OWENS, *The Foreign Tax Credit* 3 (1961) («*The source or nature of income, whether it is from one type of business or another, earned or unearned, from a foreign or domestic source, is largely immaterial in the basic tax structure.*»).

¹³⁸ Vedi, tra gli altri, ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 171–72.

¹³⁹ Vedi per esempio, JANE G. GRAVELLE, *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, 72 Tax Notes 1165, 1166–67 (Aug. 26, 1996); DONALD J. ROUSSLANG, *Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income*, 53 Nat'l Tax J. 589 (2000); vedi anche MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: A Challenge to Conventional International Tax Wisdom*, 113 Tax Notes 951, 959–60 (Dec. 6, 2006) [d'ora in poi SULLIVAN, *A Challenge*] (il differimento contribuisce al fenomeno delle “*runaway plants*,” ma la grandezza del problema è relativamente piccola). Per quanto riguarda la reattività dei sistemi fiscali ospiti nella localizzazione degli investimenti delle multinazionali americane, vedi HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?*, 53 Nat'l Tax J. 825 (2000) (studi empirici delle operazioni internazionali di più di 500 società statunitensi in sessanta potenziali scenari internazionali mostrano che l'aliquota media effettiva dei Paesi ospiti «have a significant effect on the amount of capital that U.S. MNCs [U.S. multinational corporations] have in a given location» e suggeriscono che nelle decisioni di investimento almeno un dollaro su cinque investiti all'estero da società americane è guidato dall'abassa imposizione fiscale del Paese ospitante); ROSANNE ALTSHULER, HARRY GRUBERT & T. SCOTT NEWLON, *Has U.S. Investment*

Detto diversamente, il differimento è l'equivalente di imporre un'imposizione posticipata (i.e., permettere una deduzione al tempo dell'investimento e tassare la liquidazione di quell'investimento) rispetto al reddito di una *controlled foreign corporation* (CFC) investito in operazioni di *business* della CFC¹⁴⁰. Così, il differimento prevede effettivamente una esenzione dall'imposizione americana sul reddito dei proventi del reddito della CFC investito nelle operazioni di *business* della CFC¹⁴¹. Questa effettiva esenzione ottenuta attraverso il differimento dell'imposizione è un sussidio concesso attraverso il sistema fiscale¹⁴² e, perciò, è propriamente definito una *tax expenditure*. Lo Staff del *Joint Committee on Taxation* e l'*Office of Management and Budget/Treasury* hanno entrambi considerato il differimento come una *tax expenditure* e hanno tentato di quantificare il costo di questa sovvenzione fiscale¹⁴³.

Alcuni sostenitori del differimento sostengono che non si tratti di una *tax expenditure*¹⁴⁴. Essi basano questo convincimento, in parte sulla proposizione che il differimento risulta da una decisione di trattare le società e gli azionisti in quanto contribuenti separati e, pertanto, non è una deviazione dalla linea di base normativa per un corretto calcolo del reddito netto. Come spiegato in precedenza, tuttavia, questa visione è incoerente con (1)

Become More Sensitive to Tax Rates? (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 6383, 1998) (fornisce un supporto empirico all'idea che gli investimenti esteri delle multinazionali americani siano sensibili alle aliquote fiscali dei Paesi ospitanti).

¹⁴⁰ Cfr. FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., pp. 844–45; PERONI, FLEMING, & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 466–68. Questo punto è illustrato nell'esempio di cui alla Parte VI.C.

¹⁴¹ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op.cit., pp. 467–68; cfr. anche U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op.cit., p. 45 (dove afferma che il differimento «substantially lowers the effective rate of tax» sul reddito d'impresa conseguito attraverso una controllata estera «and moves the U.S. tax system towards a territorial system»); GRAETZ & O'HEAR, op. cit., pp. 1064–65.

¹⁴² Rispetto alla misurazione dell'ammontare del sussidio, vedi SURREY & MCDANIEL, *Tax Expenditures*, op. cit., pp. 228–30.

¹⁴³ Vedi, per esempio, STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, op. cit., p. 24 (dove si stima il costo totale per gli anni d'imposta 2007–2011 dal differimento di redditi pari a \$5.7 miliardi); 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 287 (dove si stima il costo totale per gli anni d'imposta 2008–2012 dal differimento dell'imposta sul reddito delle società statunitense di CFCs per \$73,35 miliardi e dal differimento per redditi di imprese finanziarie maturati all'estero per \$3,55 miliardi).

¹⁴⁴ Vedi BARTLETT, *The End*, op. cit., pp. 416–17 (sostiene che il differimento non sia una *tax expenditure*); Vedi anche NORMAN TURE, *Taxing Foreign Source Income: The Economic and Equity Issues 8–12* (Tax Foundation 1976) (sostiene che il differimento non sia una sovvenzione fiscale).

il principio di capacità contributiva, (2) il concetto di anti differimento delle imposte che sottintende l'imposta sul reddito delle società, e (3) il sistema corrente di imposizione delle imprese.

Altri sostenitori del differimento sostengono che se il differimento è un sussidio fiscale, sopravvive all'analisi costi/benefici perché rimedia ad un problema di competitività cui soffrono le multinazionali statunitensi quando sono coinvolte in transazioni internazionali in paesi esteri a bassa fiscalità¹⁴⁵. Questa affermazione, tuttavia, è generalmente fatta con poco o nessun supporto empirico per l'esistenza di un problema di competitività¹⁴⁶

¹⁴⁵ Cfr., per esempio, ERNST & YOUNG, *The Competitive Burden: Tax Treatment of U.S. Multinationals 2* (Tax Foundation 1991) (approfondisce il sistema fiscale di Germania, Giappone, Paesi Bassi, e Stati Uniti concludendo che «the United States subjects the foreign operations of its multinationals to the severest tax constraints and the heaviest tax burden of any of the four countries studied»); GARY CLYDE HUFBAUER, *U.S. Taxation of International Income: Blueprint for Reform* 49–55 (1992); 1 NFTC, *Report and Analysis*, op. cit., 3, 5; SOL PICCIOTTO, *International Business Taxation* 114 (1992); WILLIAM P. McCLURE & HERMAN B. BOUMA, *The Taxation of Foreign Income from 1909 to 1989: How a Tilted Playing Field Developed*, 43 Tax Notes 1379 (June 12, 1989); PETER MERRILL & CAROL DUNAHOO, *'Runaway Plant' Legislation: Rhetoric and Reality*, 72 Tax Notes 221, 226 (July 8, 1996); vedi anche H.R. REP. NO. 108-548, pt. 1, p. 209 (2004) (discute la competitività come motivazione per l'avrogazione nel 2004 delle norme anti differimento della sezione 954 relativo al reddito delle imprese marittime); U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 3 (discute come il differimento e l'esenzione supportino entrambi l'obiettivo della competitività ma confliggano entrambi con l'obiettivo della neutralità secondo un'analisi economica tradizionale); U.S. TREAS. DEP'T, *Competitiveness Report*, pp. 85–86 (indica la competitività come motivo per indebolire le norme anti-differimento della Subpart F); HERBERT STEIN, *Tax Policy in the Twenty-First Century* 82–83 (Herbert Stein ed., 1988); ROSANNE ALTSHULER, *Recent Developments in the Debate on Deferral*, 87 Tax Notes 255, 258–60 (Apr. 10, 2000) (riassume gli argomenti a favore della neutralità dell'importazione del capitale e del differimento); GRAETZ & O'HEAR, op. cit., p. 1109 («*The compromises between conflicting principles in the international tax area] have made the tax law governing international transactions subject to routine complaints of competitive disadvantage by U.S. companies depending on where they are competing and against whom.*»). Per l'opinione di uno studioso di scienza delle finanze che ritiene il differimento un sostegno dell'efficienza economica del Paese di origine in determinate circostanze, vedi JAMES R. HINES, JR., *The Case Against Deferral: A Deferral Reconsideration*, 52 Nat'l Tax J. 385 (1999).

¹⁴⁶ Vedi TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., p. 56 («The United States, as a general matter, is agreed by almost any measure to be one of the most competitive countries in the world.»), 57 («The available data simply do not provide a reliable basis for evaluating whether subpart F has affected multinational competitiveness to any significant extent.»); SULLIVAN, *Incentives*, op. cit., pp. 23–25; TIMOTHY AEPPEL, *Overseas Profits Help U.S. Firms Through Tumult*, Wall Street Journal, Aug. 9, 2007, p. 1 (analizza la crescita dell'incidenza dei redditi di fonte estera nei profitti delle società statunitensi); MARC CHAMPION, *U.S. Ranked Most Competitive; Oil-Rich Nations Show Promise*, Wall Street Journal, Nov. 1, 2007, p. A4 (il *World Economic Forum report 2007* individua l'economia statunitense come la più competitiva del mondo); vedi anche MITCHELL A. KANE, *Ownership*

e in gran parte sulla base di un limitato fondamento aneddotico o affermazioni non comprovate¹⁴⁷. Pertanto, questa affermazione della competitività sembra essere sopravvalutata, nel migliore dei casi¹⁴⁸. Inoltre, c'è un piccolo

Neutrality, Ownership Distortions, and International Tax Welfare Benchmarks, 26 Va. Tax Rev. 53, 64–65 (2006); RICHARD C. PUGH, *The Deferral Principle and U.S. Investment in Developing Countries*, in United States Taxation and Developing Countries 267, 280 (Robert Hellawell ed., 1980) (afferma che «one faces a relative scarcity of detailed empirical analysis» nel valutare le richieste di difensori ed oppositori del differimento). Cfr. anche STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 109TH CONG., *Options to Improve Tax Compliance and Reform Tax Expenditures* 189 (Joint Comm. Print 2005) [d'ora in poi STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *Options*], disponibile all'indirizzo web <http://house.gov/jct/s-2-05.pdf> (si afferma che l'attuale sistema fiscale internazionale statunitense danneggia la competitività delle imprese multinazionali statunitensi in alcuni casi); U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 43 («The United States likely experiences some reduction of both foreign direct investment and its corporate tax base due to its above-average CIT [corporate income tax] rate.»). per una critica scettica dell'efficienza economica degli argomenti competitività in riferimento al differimento, vedi GRAVELLE, *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, 72 Tax Notes, (Aug. 26, 1996) p. 1168.

¹⁴⁷ Per un esempio di *report* che, sebbene ben scritto, fornisce solo un limitato support aneddotico alle sue tesi, vedi NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *The NFTC Foreign Income Project: International Tax Policy for the 21st Century — Part One: A Reconsideration of Subpart F* 102–10 (2001), disponibile all'indirizzo internet <http://www.nftc.org/default.asp?Mode=DirectoryDisplay&id=162>. Per una critica di questo *report*, vedi REUVEN S. AVI-YONAH, *Competition and Competitiveness: Review of the NFTC Subpart F Report*, 83 Tax Notes 582 (Apr. 26, 1999); FLEMING, PERONI & SHAY, *Deferral: Consider Ending It, Instead of Expanding It*, 86 Tax Notes 837, 837–38 (Feb. 7, 2000). Per una difesa di questo *report* da uno dei suoi autori e una proposta di argomenti basati sul tema della competitività per permettere il differimento, si veda PETER R. MERRILL, *A Response to Professor Avi-Yonah on Subpart F*, 83 Tax Notes 1802 (June 14, 1999).

¹⁴⁸ Vedi, per esempio, TIMO VIHARKENTTA, *Tax Incentives in Developing Countries and International Taxation* 64 (1991); GRAVELLE, op. cit., p. 1168; vedi anche PAUL R. MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture: Territorial vs. Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the U.S.?*, 62 The Record 70, 71 n.4 (2007) [d'ora in poi MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture*] (rifiuta la competitività come criterio di politica fiscale «(1) because it has no substantive tax policy content (it seems largely to be a rhetorical slogan for U.S. multinationals that want tax cuts) and (2) [the author has] . . . found no empirical studies that show U.S. companies are at a competitive disadvantage vis-à-vis their foreign competitors»); PAUL R. MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide International Tax Systems: Which is Better for the U.S.?*, 8 Fla. Tax Rev. 283, 285 n.3 (2007) [d'ora in poi MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide*] (idem); MICHAEL J. MCINTYRE, *Guidelines for Taxing International Capital Flows; The Legal Perspective*, 46 Nat'l Tax J. 315, 321 (1993) (sostiene che *capital import neutrality* è un «a spending principle, not a tax principle»); JOEL SLEMROD, *Competitive Advantage and the Optimal Tax Treatment of the Foreign-Source Income of Multinationals: The Case of the United States and Japan*, 9 Am. J. Tax Pol'y 113 (1991); cfr. MICHAEL S. KIRSCH, *Taxing Citizens in a Global Economy*, 82 N.Y.U. L. Rev. 443, 517–19 (2007) (sostiene che i cambiamenti nell'economia globale indeboliscono piuttosto che rafforzare gli argomenti della competitività a sostegno dell'esclusione del reddito estero nella sezione 911).

supporto fattuale per sostenere l'idea che il differimento sia effettivamente efficace nel migliorare la competitività delle multinazionali statunitensi¹⁴⁹.

In fin dei conti, il differimento costituisce una sovvenzione governativa distorsiva apportando benefici dubbi. Di conseguenza, il differimento non supera un'analisi costi / benefici volta a valutarne l'idoneità quale aiuto del governo per rendere le società statunitense competitive nell'economia globale. Questa conclusione è rafforzata dal fatto che alcune anomalie nelle sovvenzioni "differimento" statunitense rendono i suoi benefici scarsamente coordinati con le giustificazioni supposte per fornire questo aiuto fiscale¹⁵⁰.

In primo luogo, il beneficio del sussidio "differimento" aumenta quanto più è ritardato il rimpatrio degli utili della CFC. Ciò significa che i contribuenti americani che possono permettersi di rinviare *sine die* il rimpatrio degli utili esteri ricevono una sovvenzione governativa molto più grande rispetto a coloro che devono rimpatriarli in un momento precedente. Detto in altro modo, la dimensione del contributo è determinata in modo significativo dalla lunghezza del periodo di differimento invece che dal grado di concorrenza straniera. Le ragioni politiche avanzate in favore del differimento non supportano questo risultato¹⁵¹.

In secondo luogo, il differimento spinge a detenere e reinvestire i proventi esteri nella CFC sebbene gli azionisti americani della CFC potrebbero essere in grado di investire quei proventi a tassi di rendimento preimposta maggiori rispetto a quelli ottenibili dalla CFC. Il sussidio del differimento delle imposte, perciò, incoraggia comportamenti economicamente ineffic-

¹⁴⁹ Rispetto all'efficacia del differimento nel rilanciare la competitività, vedi 2007 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p. 301 («*Measuring the effectiveness of these provisions raises challenging issues.*»); *International Report of the Task Force on International Tax Reform*, 59 Tax Law 649, 653 (2006) [d'ora in poi *International Task Force Report*], p. 680 («*There is little or no empirical evidence supporting the benefits of deferral as a justification for the competitiveness concerns raised by the availability of deferral for foreign but not domestic income.*»). Vedi GARY CLIDE HUFBAUER, *U.S. Taxation of international income: blueprint for reform* 49–55 (1992). Vi è il supporto empirico alla tesi secondo cui gli investimenti da parte delle imprese multinazionali statunitensi in paesi esteri a bassa fiscalità è meno vantaggioso per la competitività degli Stati Uniti rispetto agli investimenti da parte delle imprese multinazionali statunitensi in paesi stranieri con tasse elevate. Vedi, SULLIVAN, *A Challenge*, op. cit., pp. 956–57. Poiché il differimento spinge i soggetti passivi statunitensi a spostare imprese e investimenti in Paesi a bassa fiscalità, il differimento nei fatti nuoce, piuttosto che giovare, alla competitività statunitense.

¹⁵⁰ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁵¹ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

centi della CFC e dei suoi azionisti statunitensi¹⁵². È altamente improbabile che il Congresso avrebbe adottato volontariamente un programma di governo che ha questo effetto negativo sul comportamento.

In terzo luogo, la sovvenzione del differimento è pienamente disponibile senza tenere in considerazione se l'azionista statunitense investendo nella CFC ha meno competizione nel Paese in cui il reddito estero è guadagnato o incontra una competizione intensa in quel Paese¹⁵³. Il differimento è disponibile anche se l'azionista statunitense investendo nella CFC incontra la concorrenza primariamente degli individui e di società residenti in Paesi esteri che impongono un carico fiscale maggiore di quello degli Stati Uniti. Inoltre, il differimento è pienamente disponibile anche se i principali concorrenti del contribuente statunitense in un determinato Paese straniero sono altri contribuenti americani. In altre parole, il differimento è possibile senza tenere in considerazione se, o il grado in cui, il contribuente americano che riceve tale sovvenzione stia affrontando un problema di competitività¹⁵⁴. Perciò, la sovvenzione "differimento" non è significativamente idonea a risolvere i presunti problemi di competitività che sono stati indicati come giustificazione per la concessione di una tale sovvenzione. Questa incapacità di cogliere propriamente gli obiettivi posti dal sussidio differimento è un problema condiviso da molte altre *tax expenditure provisions* nazionali e internazionali.

In quarto luogo, la sovvenzione "differimento" è disponibile anche rispetto alle controllate estere delle multinazionali statunitensi che producono beni per la vendita negli Stati Uniti (tema a volte indicato come il problema "runaway plant")¹⁵⁵. In questo caso, il differimento crea un vantaggio competitivo per quelle controllate estere rispetto ai concorrenti nazionali che vendono gli stessi beni negli Stati Uniti. Questa caratteristica è ancor meno difendibile di altri aspetti della sovvenzione e non rende giustizia né all'equità, né all'efficienza. Qualsiasi riforma razionale delle norme di fiscalità internazionale degli Stati Uniti dovrebbe come minimo eliminare questo elemento della sovvenzione differimento.

¹⁵² Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁵³ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁵⁴ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 845; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁵⁵ Vedi, per esempio, FRISCH, op. cit., p. 585.

In quinto luogo, la sovvenzione differimento è pienamente disponibile a prescindere dalla misura in cui migliora effettivamente gli altri asseriti vizi della normativa fiscale internazionale degli Stati Uniti, come il presunto eccesso di restrittività della limitazione del credito per le imposte assolute all'estero e le modalità di ripartizione degli interessi passivi, che si ritiene, da parte dei fautori del differimento, contribuiscano a creare un problema di competitività per le imprese multinazionali statunitensi¹⁵⁶. Questo argomento a favore del differimento era difficile da sostenere anche prima dell'*American Jobs Creation Act* del 2004 che ha sviscerato i limiti del credito per le imposte assolute all'estero della sezione 904 (d), e ha cambiato le regole di ripartizione degli interessi passivi in modo favorevole alle società multinazionali americane (Il secondo cambiamento è efficace per periodi di imposta chiusi dopo il 2008)¹⁵⁷. Qualunque sia la forza che questo argomento in favore del differimento abbia mai avuto, è stata dissipata dalla legislazione del 2004. Infatti, in molti casi, l'aliquota fiscale effettiva statunitense sui redditi d'impresa di fonte straniera è piuttosto basso o addirittura negativo¹⁵⁸, per cui non può essere dimostrata l'esistenza di nessun problema di competitività.

¹⁵⁶ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 846; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 469–70.

¹⁵⁷ Vedi FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit. . Per un'altra vivace critica delle disposizioni fiscali internazionali nella legislazione del 2004, vedi CHARLES I. KINGSON, *The Great American Jobs Act Caper*, 58 Tax L. Rev. 327 (2005). Per una tesi contraria che caratterizza la componente fiscale internazionale della legislazione 2004, come composto di «*mostly justified simplification measures*», vedi REUVEN S. AVI-YONAH, *The Silver Lining: The International Tax Provisions of the American Jobs Creation Act — A Reconsideration*, 59 Bull. for Int'l Fiscal Documentation 27 (2005); REUVEN S. AVI-YONAH, *All of a Piece Throughout: The Four Ages of U.S. International Taxation*, 25 Va. Tax Rev. 313, 334 (2005), 15, p. 104 (si noti che con il vigente sistema fiscale internazionale degli Stati Uniti, alcune multinazionali statunitensi sono tassate con una aliquota più bassa sul reddito di fonte estera di quella che avrebbero avuto con un sistema esplicito di esenzione e che alcune multinazionali sono tassate con una aliquota negativa sul loro reddito di fonte estera); *International Task Force Report*, op. cit., pp. 655–56 («*The effective rate of U.S. and foreign income taxation of foreign income is understood to be materially lower than the effective rate on domestic income.*»).

¹⁵⁸ Cfr. per esempio, ROSANNE ALTSHULER & T. SCOTT NEWLON, *The Effects of U.S. Tax Policy on the Income Repatriation Patterns of U.S. Multinational Corporations*, in *Studies in International Taxation* 77, 90–92 (Alberto Giovannini, R. Glenn Hubbard & Joel Slemrod eds., 1993) constata che l'aliquota media di imposta degli Stati Uniti sul reddito di fonte straniera di un ampio campione di società multinazionale americana è stata solo del 3,4% nel 1986; HARRY GRUBERT & JOHN MUTTI, *Taxing Multinationals in a World with Portfolio Flows and R&D: Is Capital Export Neutrality Obsolete?*, 2 Int'l Tax & Pub. Fin. 439, 451–52 (1995) [d'ora in poi GRUBERT & MUTTI, *Taxing Multinationals*] (utilizzando le risultanze delle dichiarazioni dei

Così, come è vero per la gran parte delle *tax expenditure provisions* presenti nel sistema fiscale federale, il differimento fornisce un sollievo governativo molto più di quanto è necessario per raggiungere gli obiettivi dichiarati e, perciò, è molto dispendioso. Il Congresso non avrebbe probabilmente emanato un programma governativo diretto di spesa con questo effetto.

In sesto luogo, la disponibilità e l'importo del vantaggio ricevuto dalla sovvenzione differimento non è correlato al fatto che la sovvenzione promuova una politica estera o un obiettivo specifico di assistenza economica degli Stati Uniti, incoraggiando il contribuente ad operare in un Paese a bassa tassazione estera¹⁵⁹. Così, il differimento è un programma scarsamente mirato di incentivi fiscali, che possono lavorare disgiuntamente con altre politiche governative fiscali e non fiscali degli Stati Uniti. In sintesi, la TEA dimostra che il differimento è una sovvenzione fiscale costosa e inefficace - vale a dire, una *tax expenditure* che non può superare una seria analisi costi/benefici. Di conseguenza, come noi e un altro co-autore abbiamo sostenuto in una serie di articoli, la sovvenzione "differimento" dovrebbe essere eliminata tassando la parte del reddito netto di una CFC in proporzione alla quota attualmente del socio americano, anche se non distribuita, e consentendo loro un credito per le imposte sul reddito estero pagate all'estero su tale reddito (soggetto a una limitazione correttamente progettata del credito d'imposta estero)¹⁶⁰.

redditi 1990, gli autori hanno calcolato una effettiva aliquota residuale statunitense di circa il 2,7% sul reddito di fonte estera e una effettiva aliquota fiscale di solo il 1,9% se è preso in considerazione il reddito delle controllate estere; gli autori hanno calcolato una aliquota fiscale effettiva negativa di circa il 2,6% se alcuni errori di qualificazione di redditi di fonte estera come redditi di fonte statunitense ai sensi delle norme vigenti sono presi in considerazione); STEPHEN E. SHAY, *Exploring Alternatives to Subpart F*, 82 *Taxes* 29, 38 (Mar. 2004); MARTIN A. SULLIVAN, *Economic Analysis: Data Shows Dramatic Shift of Profits to Tax Havens*, 104 *Tax Notes* 1190 (Sept. 13, 2004) («*The profits of foreign subsidiaries of U.S. corporations in 18 tax havens soared from \$88 billion in 1999 to \$149 billion in 2002.*»); vedi anche PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit.

¹⁵⁹ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 846; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., p. 469.

¹⁶⁰ Vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit., p. 850; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 989-92; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit., pp. 523-24. Per i dibattiti del Dipartimento del Tesoro sulle varie alternative al vigente regime Subpart F, vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., pp. 86-95; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 41-53. Per altri commenti che raccomandano la cessazione del privilegio del differimento, vedi REUVEN S. AVI-YONAH, *To End Deferral As We Know It: Simplification Potential of Check-the-Box*, 74 *Tax Notes* 219 (Jan. 13, 1997); ASIM BHANSALI, *Globalizing Consolidated Taxation of United States Multinationals*, 74 *Tex. L. Rev.* 1401 (1996); GREEN, op. cit., pp. 74-80; J. ISENBERGH, *Perspectives on the Deferral of U.S.*

Abrogare il differimento nel modo che proponiamo in questi articoli vorrebbe dire accrescere la competitività delle multinazionali statunitensi, eliminando le distorsioni del comportamento economico derivanti dalla sovvenzione, differimento attuale, combinata con l'incoerente capitolo F e il regime anti-differimento degli interessi passivi delle società dovuti ad investimenti esteri. Le multinazionali statunitensi sarebbero quindi liberi di prendere decisioni di localizzazione e decisioni di rimpatrio dei guadagni in base al miglior uso dei fondi coinvolti¹⁶¹. Se, nonostante questo cambiamento, l'effetto della tassazione degli Stati Uniti sulla competitività delle aziende americane multinazionali nell'economia mondiale si dimostrasse un problema reale e grave, il primo rimedio che dovrebbe essere provato è una riduzione lineare dell'insieme delle aliquote fiscali della imposta sul reddito delle società nella sezione 11, non un regime di distorsione che di fatto esonera un solo tipo di reddito (il reddito d'impresa di fonte straniera) dalle imposte sul reddito degli Stati Uniti¹⁶².

B. Cross-Crediting

Al fine di attenuare la doppia imposizione internazionale e cercare di impedire che questa doppia imposizione scoraggi operazioni transfronta-

Taxation of the Earnings of Foreign Corporations, 66 *Taxes* 1062 (1988); S. E. SHAY, *Revisiting U.S. Anti-Deferral Rules*, 74 *Taxes* 1042 (1996). Per una critica delle proposte di eliminazione del differimento, vedi R.S. AVI-YONAH, *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 *Tex. L. Rev.* 1301, 1329 (1996) [d'ora in poi AVI-YONAH, *Structure of International Taxation*].

¹⁶¹ Vedi anche E. D. KLEINBARD, *Throw Territorial Taxation from the Train*, 114 *Tax Notes* 547 (Feb. 5, 2007) [d'ora in poi KLEINBARD, *Territorial Taxation*] (fa una richiesta simile rispetto alla sua proposta di piena inclusione di una "business enterprise income tax"). La proposta di Kleinbard di una "business enterprise income tax" apparve per la prima volta in una stampa in *bare-bones* nel 2005. Vedi E. D. KLEINBARD, *The Business Enterprise Income Tax: A Prospectus*, 106 *Tax Notes* 97 (Jan. 3, 2005).

¹⁶² Vedi STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 106TH CONG., *Overview of Present-Law Rules and Economic Issues in International Taxation* 57 (Joint Comm. Print 1999) («A policy that reduces all tax rates (applied to domestic and foreign source income equally) is superior to a policy of equal revenue cost that reduces tax rates only on foreign source income. With a broad reduction in rates, there is a comparable increase in the rate of saving with no distortion of the allocation of capital.»); MICHAEL J. GRAETZ, *100 Million Unnecessary Returns: A Simple, Fair, and Competitive Tax Plan for the United States* 123 (2008) («In my view, the most important corporate tax change Congress could enact — both to stimulate our domestic economy and to increase the competitiveness of U.S. companies throughout the world — would be to lower our corporate tax rate substantially.»); SULLIVAN, *A Challenge*, op. cit., p. 959; vedi anche PERONI, *End It, Don't Mend It*, op. cit., p. 1619; PERONI, *The Proper Approach*, op. cit., p. 1592.

liere economicamente efficienti¹⁶³, gli Stati Uniti conferiscono ai cittadini degli Stati Uniti, agli stranieri residenti e alle imprese nazionali un credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero¹⁶⁴. Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero è nella forma di un dollaro-per-un dollaro di compensazione delle imposte estere con il debito d'imposta statunitense, ma è stato a lungo soggetto a limitazioni di vario tipo. In base alla limitazione complessiva della sezione 904(a), il credito d'imposta del contribuente per i redditi prodotti all'estero nell'anno è limitato al debito d'imposta statunitense sul reddito imponibile di fonte estera del contribuente (i.e., il reddito di fonte estera lordo meno le deduzioni ammissibili che sono assegnabili e inerenti a tale reddito¹⁶⁵). Il fine della limitazione complessiva è che il credito per le imposte assolute all'estero compensi il debito d'imposta statunitense sul reddito imponibile statunitense¹⁶⁶. Secondo la normativa vigente, la sezione 904(d) divide questo limite complessivo in due categorie, o "baskets," che impediscono che gli eccessi di crediti per le imposte assolute all'estero provenienti da un *basket* di reddito imponibile di fonte estera siano compensati con il residuo debito d'imposta statunitense sul reddito imponibile di fonte estera da Paesi a bassa tassazione¹⁶⁷. Si noti, tuttavia, che un contribuente può libe-

¹⁶³ Vedi, per esempio, GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 277; OWENS, op. cit., pp. 2–3.

¹⁶⁴ Vedi I.R.C. §§ 901–903.

¹⁶⁵ I.R.C. § 904(a).

¹⁶⁶ Vedi, per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 3–4, 18; U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 45; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 372; OWENS, op. cit., p. 198. I limiti al credito per le imposte assolute all'estero previsti nella sezione 904, inclusa la limitazione globale, confliggono con una stretta applicazione degli obiettivi di efficienza poichè questi limiti possono scoraggiare i soggetti statunitensi dall'investire in Paesi ad alta tassazione. Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 18; AULT & BRADFORD, op. cit., p. 40. Ad ogni modo, la preoccupazione per la preservazione della base imponibile statunitense dall'erosione inappropriata supera questi obiettivi di efficienza e, conseguentemente, il Congresso ha imposto alcune forme di limitazione al credito per le imposte assolute all'estero dal 1921. Detto diversamente, consentire un credito per le imposte assolute all'estero illimitato equivarrebbe a concedere fiscalmente una sovvenzione degli Stati Uniti all'investimento in Paesi esteri ad alta tassazione e «would encourage foreign countries to impose discriminatorily higher taxes on U.S. persons.» PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 978; vedi FRISCH, op. cit., p. 583; CHARLES I. KINGSON, *The Foreign Tax Credit and Its Critics*, 9 Am. J. Tax Pol'y 1, 56 (1991) [d'ora in poi KINGSON, *Foreign Tax Credit*]. Inoltre, il fine fondamentale del credito d'imposta per i redditi esteri è mitigare la doppia imposizione internazionale e questo risultato si ottiene se un credito d'imposta estero è concesso nella misura del precredito statunitense sul reddito di fonte estera del contribuente statunitense. Vedi anche, AULT & ARNOLD, op. cit., p. 362.

¹⁶⁷ Vedi GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 34, 377–87; 2 ISENBERGH, op. cit., ch. 57; KUNTZ & PERONI, op. cit., B4.16.

ramente compensare i crediti per imposte generati su redditi esteri altamente tassati con le residue imposte statunitensi sul reddito di fonte estera da Paesi a bassa tassazione senza alcuna limitazione di categoria o *basket*¹⁶⁸.

I sostenitori del *cross-crediting* sostengono solitamente che gli Stati Uniti dovrebbero consentire un pieno *cross-crediting* perché aumenta la competitività delle multinazionali statunitensi nell'economia globalizzata¹⁶⁹. Queste affermazioni, però, soffrono molti degli stessi difetti riscontrati nelle argomentazioni poste a sostegno della competitività della sovvenzione "differimento" discussi in precedenza, tra cui, soprattutto, una carenza di supporto empirico per tale rivendicazioni.

Per determinare se un *cross-credit* rappresenta uno scostamento da un riferimento normativo di base e, di conseguenza, una *tax expenditure provision*, dobbiamo prima individuare una linea di base. In questo contesto, possiamo articolare la linea di base in due modi alternativi – una limitazione del credito d'imposta *per-item* (cioè, per transazione) o per Paese.

Limitazione al credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero per-item. Poiché il sistema di imposte sul reddito si basa sulle transazioni e lo scopo fondamentale del credito d'imposta estera è quello di attenuare la doppia imposizione internazionale, toricamente una limitazione pura del credito d'imposta per i redditi esteri dovrebbe essere applicata su una base *item-by-item* (i.e., operazione per operazione)¹⁷⁰. Una limitazione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero della tipologia *item-by-item* assicurerebbe che il credito d'imposta del contribuente sarebbe limitato

¹⁶⁸ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 18; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 373–75, 383–85; SCHOLLES, WOLFSON, ERICKSON, MAYDEW & SHEVLIN, op. cit., pp. 318–22; AULT & BRADFORD, op. cit., p. 18.

¹⁶⁹ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 22; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 375–76; 1 NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, *The NFTC Foreign Income Tax Project: International Tax Policy for the 21st Century—Part Two: Relief of International Double Taxation* 301–09 (2001) [d'ora in poi NFTC, *Relief of International Double Taxation*], disponibile all'indirizzo web http://www.nftc.org/default/tax/fip/NFTC1a%20Part%20Volume1_part2Chap1-5.pdf.

¹⁷⁰ Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *The President's Tax Proposals to the Congress for Fairness, Growth, and Simplicity* 386 (1985) [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*], disponibile all'indirizzo web <http://www.ustreas.gov/offices/tax-policy/library/tax-reform/pres85index.shtml> («Double taxation would be fully relieved if income derived from each separate transaction were treated separately for credit purposes and the U.S. tax were offset by a credit for the foreign tax paid with respect to that income.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 318–21 («It is believed that an item-by-item approach provides the correct theoretical starting point for considering the credit limitation . . . »); PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 996; vedi anche AULT & ARNOLD, op. cit., p. 362; KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., p. 17. Vedi McCLURE & BOUMA, op. cit., p. 1403 n.192.

all'ammontare esatto delle imposte assolute sul reddito di fonte estera del contribuente, garantendo una notevole limitazione, se non la completa eliminazione, degli aspetti di sovvenzione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero¹⁷¹. Ogni altra tipologia di limitazione diversa dalla *per-item* permette alcuni mimini *cross-crediting*, che in effetti sovvenzionano le attività di impresa e gli investimenti del contribuente statunitense in Paesi a bassa tassazione¹⁷². Un approccio *per-item* non è stato tuttavia adottato perchè potrebbe comportare ingenti costi amministrativi sia per i contribuenti che per il Governo tali da eccedere i suoi benefici¹⁷³. Ciò nonostante, poiché un tale approccio rappresenta la limitazione più idonea nell'ambito del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero perchè maggiormente raggiunge il fine della mitigazione della doppia imposizione, è opportuno utilizzare la limitazione *per-item* come un punto di riferimento per valutare se il *cross-crediting* possa ritenersi una *tax expenditure*.

La limitazione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero Per-country. La limitazione *per-country* consente ad un contribuente statunitense di fruire di un credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero solo nella misura del debito d'imposta statunitense pre-credito d'imposta sul reddito prodotto dal contribuente in un determinato Paese¹⁷⁴. Questo ap-

¹⁷¹ Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–88; ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 318–19.

¹⁷² Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–87 («Any departure from a transactional approach to crediting foreign tax will permit some averaging of foreign taxes and will therefore involve some surrender of the residual tax imposed by the United States on foreign income that is taxed by foreign countries at rates below the U.S. rate.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 318–19.

¹⁷³ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 388 («The technical complexity of such a system would make it unworkable.»); ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 319–20; YARIV BRAUNER, *An International Tax Regime in Crystallization*, 56 *Tax L. Rev.* 259, 286 (2003).

¹⁷⁴ Cfr. 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 360–63; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 385–96; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 995–96; ROBERT J. PERONI, J. CLIFTON FLEMING, JR. & STEPHEN E. SHAY, *Reform and Simplification of the U.S. Foreign Tax Credit Rules*, 101 *Tax Notes* 103, 121 (Oct. 6, 2003) [d'ora in poi PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*]; vedi anche ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 321, 323–26; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., pp. 376–77. Per critiche della limitazione del credito per imposte estere per Paese, vedi ALAN W. GRANWELL, *Calculating the Foreign Tax Credit Limitation on a Per Country Basis*, 28 *Tax Notes* 567 (July 29, 1985); JOHN P. STEINES, JR., *Foreign Tax Credit Reform: A Response to Peroni*, et al., 101 *Tax Notes* 134 (Oct. 6, 2003); DAVID R. TILLINGHAST, *International Tax Simplification*, 8 *Am. J. Tax Pol'y* 187, 216–17 (1990).

proccio, perciò, non permette al contribuente di utilizzare il *cross-credit* o mediare alte imposte estere superiori alla massima aliquota statunitense sul reddito di fonte estera in un Paese straniero con il residuo debito d'imposta sul reddito di fonte estera guadagnato in un Paese straniero differente e con bassa o nulla tassazione¹⁷⁵. Il limite per-country restringe le opportunità del contribuente americano di *cross-crediting* i diversi redditi altamente tassati o poco tassati all'interno dello stesso Paese estero. In pratica, ciò si avvicina al criterio più corretto teoricamente, ovvero il *per-item*, perchè i paradisi fiscali raramente imporranno tasse superiore all'aliquota statunitense su qualsiasi tipologia di reddito di ammontare significativo e, conseguentemente, le opportunità di *cross-crediting* sarebbero minimali. Pertanto, a differenza della limitazione complessiva o anche di una limitazione del credito per i redditi prodotti all'estero del tipo *multi-basket*, la limitazione *per-country* elimina la doppia imposizione senza creare un incentivo significativo ai contribuenti statunitensi a spostare gli investimenti dagli Stati Uniti a Paesi a bassa tassazione¹⁷⁶. Perciò, la limitazione *per-country* promuove l'efficienza economica¹⁷⁷.

Il *cross-crediting* permesso dal vigente sistema *two-basket* nella rivista sezione 904(d) (che è stata emanata nel 2004 ed è entrata in vigore nel 2007) è un chiaro allontanamento sia dalla base *per-item* che da quella *per-country*¹⁷⁸. Perciò, il *cross-crediting* opera come una sovvenzione per gli investimenti all'estero consentendo al soggetto statunitense di compensare il credito per imposte estere più alto dell'aliquota statunitense su alcune tipologie di reddito di fonte estera con il residuo debito d'imposta statunitense su altre tipo-

¹⁷⁵ Vedi per esempio, OWENS, op. cit., pp. 198–200.

¹⁷⁶ Vedi 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 360–61, 363; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 386–88, 394–95; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 995–96; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., p. 121; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., p. 153.

¹⁷⁷ ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 323; FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., p. 1405. Vedi anche, 1 NFTC, *Relief of International Double Taxation*, op. cit., pp. 296–97.

¹⁷⁸ il sistema *nine-basket* emanato come parte del the Tax Reform Act del 1986 permetteva una gran quantità di *cross-crediting* e quindi era un chiaro allontanarsi dalle fondamenta perchè uno dei *baskets* in quell sistema, il *basket* generale o residuo, conteneva una maggioranza significativa di reddito di fonte estera guadagnato da soggetti statunitensi. Vedi, U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 20 (afferma che «*approximately 75 percent of all foreign source income falls within the general limitation category*» della vecchia sezione 904(d)(1)(I), prima del suo emendamento nel 2004). Per una critica dei cambi alla limitazione del credito d'imposta estero operato dall'American Jobs Creation Act del 2004, vedi FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit.

logie di reddito di fonte estera soggette a minore o nulla tassazione, che è l'equivalente di un *grant* concesso dal Governo statunitense al soggetto statunitense di ammontare pare al residuo debito d'imposta statunitense compensato¹⁷⁹. Inoltre, il *cross-crediting* aumenta il vantaggio del differimento eliminando o riducendo la residua imposizione statunitense sul reddito prodotto da una CFC quando il reddito è infine rimpatriato¹⁸⁰.

Nella misura in cui il residuo debito d'imposta statunitense è eliminato, il sistema fiscale americano di *worldwide taxation* con differimento è convertito in un sistema di esenzione elettivo "*self-help*", che è più generoso con i contribuenti di un sistema per tassare i redditi di fonte estera opportunamente congegnato e non elettivo¹⁸¹ e che è incoerente con i principi di SHS e di capacità contributiva che informano un sistema fiscale.

Il sussidio *cross-crediting* non supera un'analisi costi/benefici perchè ha l'effetto inefficiente di incoraggiare i soggetti statunitensi con redditi di fon-

¹⁷⁹ Come discusso nella prima parte dell'articolo, il *cross-crediting* rimane un serio problema remains a serious problem a prescindere dal declino nominale mondiale nelle aliquote delle imposte sulle società. Vedi FLEMING & PERONI, *ETI Repeal*, op. cit., pp. 1403–04; vedi anche SIMEON DJANKOV, TIM GANSER, CARALEE MCLEISH, RITA RAMALHO & ANDREI SHLEIFER, *The Effect of Corporate Taxes on Investment and Entrepreneurship* (2007), disponibile all'indirizzo internet <http://www.nber.org/confer/2007/pef07/shleifer.pdf> (paragrafo intitolato "*Effective Corporate Tax Rate on Business Density*," che individua circa una ventina di Paesi con un'aliquota fiscale dell'imposta sulle società effettiva superiore a quella degli Stati Uniti). Per una tesi contraria che sostiene che probabilmente il *cross-crediting* dovrebbe essere ignorato dai *policymakers* statunitensi e che dovrebbe essere adottata una limitazione del credito d'imposta complessivo per i redditi prodotti, vedi AVI-YONAH, *International Tax as International Law*, op. cit., pp. 158–62.

¹⁸⁰ Vedi per esempio, STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 108TH CONG., *The Impact of International Tax Reform: Background and Selected Issues Relating to U.S. International Tax Rules and the Competitiveness of U.S. Businesses* 64 (Joint Comm. Print 2006) («*Because excess foreign tax credits cannot be carried forward indefinitely, deferral expands the opportunity for cross-crediting (if effective foreign tax rates vary across years or across jurisdictions) by not deeming high foreign taxes to be paid until a year when the U.S. taxpayer chooses also to repatriate low-taxed foreign source income.*»); JAMES R. HINES, JR. & R. GLENN HUBBARD, *Coming Home to America: Dividend Repatriations by U.S. Multinationals*, in *Taxation in the Global Economy* 161, 178 (Assaf Razin & Joel Slemrod eds., 1990) («*The combination of the credit system and deferral can diminish substantially the revenue raised by the United States from the taxation of overseas operations of U.S. multinationals.*»); vedi anche KINGSON, *Coherence*, op. cit., p. 1270 («*Ending deferral without changing the overall foreign tax credit limitation might have only limited revenue impact . . .*»).

¹⁸¹ Vedi GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit., pp. 12–13, 27–28, 42; PERONI, *The Proper Approach*, op. cit., p. 1586; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., p. 153; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *Competitiveness Report*, op. cit., p. 57 (descrive come il vigente sistema di imposizione dei redditi transnazionali statunitense permette alle multinazionali statunitensi di assumere una «self-help territoriality»).

te estera soggetti ad un'elevata imposizione a spostare parte del loro *business* e dei loro investimenti in Paesi a bassa tassazione anche se il ritorno pre imposte in quei Paesi è più basso che negli Stati Uniti¹⁸². Il Congresso probabilmente non avrebbe emanato un programma di spesa diretta equivalente per elargire *grants* e incoraggiare i contribuenti americani a spostare i loro *business* e i loro investimenti in questa maniera.

C. Un esempio che illustra gli effetti del differimento e del cross-crediting

Queste note che esaminano gli effetti del differimento e del cross-crediting in quanto sussidi fiscali possono essere illustrati con l'esempio seguente. USCo è una società statunitense che sta valutando la costruzione di una nuova fabbrica manifatturiera e si sta domandando se localizzarla negli Stati Uniti o in un Paese X, un paradiso fiscale senza imposizione sui profitti degli imprese, senza ritenute di nessuna tipologia, senza imposizione sui profitti delle *branch*¹⁸³. USCo è soggetta ad una imposta federale sul reddito delle società con un'aliquota del 35%. A prescindere da dove la nuova fabbrica della USCo sarà ubicata, produrrà \$1 milione di profitti pre-imposte nell'anno *Year 1* che saranno reinvestiti con un rendimento del 10% nelle nuove operazioni della fabbrica per poi essere estratti e rimpatriati in USCo alla fine dell'anno 2.

Le colonne seguenti mostrano i risultati di quattro differenti scenari. Per chiarire: nella colonna (1), la nuova fabbrica è situata negli Stati Uniti ed è sottoposta alla normativa vigente¹⁸⁴. Nella colonna (2), la nuova fabbrica è costruita in un Paese X ed è di proprietà di una *subsidiary* detenuta al cento per cento dalla USCo e gli Stati Uniti applicano un sistema di tassazione *worldwide* (sui redditi ovunque prodotti) con differimento ma

¹⁸² Vedi per esempio, AULT & BRADFORD, op. cit., pp. 40–41; JAMES KVAAL, *Removing Tax Subsidies for Foreign Investment*, 111 Tax Notes 1299 (June 12, 2006). Vedi anche 1 NFTC, Relief of International Double Taxation, op. cit.

¹⁸³ L'esempio esplicitamente assume che il Paese X sia un paradiso fiscale. Di conseguenza, se questi prelievi fossero stati imposti dal Paese X, avrebbero avuto un'aliquota molto inferiore e sarebbero stati pienamente eliminati attraverso i crediti d'imposta esteri della USCo. Così, tutte queste imposte sarebbero irrilevanti e, per semplificare questo esempio, supponiamo che il Paese X non le imponga affatto.

¹⁸⁴ La colonna (1) mostra anche i risultati se USCo localizzasse lo stabilimento nel Paese X e facesse l'investimento attraverso una controllata del Paese X, ma il diritto tributario statunitense venga cambiato per (i) impedire definitivamente il differimento e (ii) prevenga effettivamente il *cross-crediting*.

senza barriere effettive al *cross-crediting*. Nella colonna (3), le ipotesi sono le stesse della colonna (2) eccetto la possibilità per la USCo di eliminare l'imposta statunitense sul rimpatrio del reddito dal Paese X compensandola con l'alto credito per i redditi d'impresa prodotti all'estero nei Paesi Y e Z, due Paesi stranieri sviluppati che applicano aliquote sui redditi d'impresa superiori alla maggiore aliquota statunitense. Nella colonna (4), il nuovo stabilimento è situato nel Paese X e gli Stati Uniti si avvalgono di una esenzione (territoriale) sui redditi d'impresa di fonte estera¹⁸⁵.

¹⁸⁵ Per una critica della politica fiscale degli autori di due simili sistemi di esenzione statunitensi proposto, vedi J. CLIFTON FLEMING, JR. & ROBERT J. PERONI, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial) Tax System*, 109 Tax Notes 1557 (Dec. 19, 2005) [d'ora in avanti FLEMING & PERONI, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption System*] (critica le proposte dello *Staff of the Joint Committee on Taxation*, STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *Options*, op. cit., pp. 186–97, e dall'*Advisory Panel on Federal Tax Reform* del Presidente Bush, PRESIDENT'S ADVISORY PANEL ON FEDERAL TAX REFORM, *Proposals*, op. cit., pp. 105, 132–35). Per altri commenti di queste due proposte di esenzione, vedi LAWRENCE LOKKEN, *Territorial Taxation: Why Some U.S. Multinationals May Be Less Than Enthusiastic About the Idea (And Some Ideas They Really Dislike)*, 59 SMU L. Rev. 751 (2006); MCDANIEL, *Herman Goldman Lecture*, op. cit.; MCDANIEL, *Territorial vs Worldwide*, op. cit.; PETER MERRILL, OREN PENN, HANS-MARTIN ECKSTEIN, DAVID GROSMAN & MARTIJN VAN KESSEL, *Restructuring Foreign-Source-Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience*, 111 Tax Notes 799 (May 15, 2006); JAMES R. REPETTI, *Will U.S. Investment Go Abroad in a Territorial Tax: A Critique of the President's Advisory Panel on Tax Reform*, 8 Fla. Tax Rev. 303 (2007); GEORGE K. YIN, *Reforming the Taxation of Foreign Direct Investment by U.S. Taxpayers*, 118 Tax Notes 173 (Jan. 7, 2008). Per altre critiche di proposte di esenzione per tassare il reddito di fonte estera, vedi U.S. TREAS. DEP'T, PRESIDENT'S 1985 TAX PROPOSALS, op. cit., p. 383; HUGH J. AULT, *Commentary*, 9 Am. J. Tax Pol'y 61 (1991); KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., pp. 52–55; KLEINBARD, *Territorial Taxation*, op. cit.. Per commenti che sostengono una forma o un'altra di sistema di esenzione per tassare il reddito di fonte internazionale, vedi GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit.; TERRENCE R. CHORVAT, *Ending the Taxation of Foreign Business Income*, 42 Ariz. L. Rev. 835 (2000); MICHAEL J. GRAETZ & PAUL W. OOSTERHUIS, *Structuring an Exemption System for Foreign Income of U.S. Corporations*, 54 Nat'l Tax J. 771 (2001) (sostiene che l'emanazione di un sistema di esenzione potrebbe fornire opportunità significative per semplificare il diritto tributario internazionale degli Stati Uniti); KVAAL, op. cit. (sostiene un sistema parziale di esenzione); H. DAVID ROSENBLUM, *From the Bottom Up: Taxing the Income of Foreign Controlled Corporations*, 26 Brook. J. Int'l L. 1525, 1544 (2001); KLAUS VOGEL, *World-wide vs. Source Taxation of Income — A Review and Reevaluation of Arguments*, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* 117 (1990). Per un precedente *report* del Tesoro che compara un sistema di esenzione modificato con il regime di inclusione vigente così come alternative proposte di riforme fiscali, vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 41–53.

	Colonna (1) Stabilimento Negli USA, Legislazione Vigente	Colonna (2) Paese X CFC, Worldwide Taxation Con differimento, ma Non Cross-Crediting	Colonna (3) Come in Colonna (2), Ma con Cross-Crediting	Colonna (4 Paese X, Sistema di esenzione U.S.A.
Anno 1 Utile anteimposte	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000
Anno 1 U.S.A. Tax @ 35%	- 350,000	-0-*	-0-	-0-
Investimento nell' Anno 2 @ 10%	\$ 650,000	\$1,000,000	\$1,000,000	\$1,000,000
Anno 2 Rendimento	+ 65,000	+ 100,000	+ 100,000	+ 100,000
Anno 2 35% Imposizione Statunitese sul Rendimento del Anno 2	- 22,750	-0-	-0-	-0-
Distribuzione alla Casa madre USCo	\$ 692,250	\$1,100,000	\$1,100,000	\$1,100,000
Imposta sui dividendi @ 35%	-0-**	-385,000	-0-***	-0-****
Utile netto Post-imposte Della USCo	\$ 692,250	\$ 715,000	\$1,100,000	\$1,100,000

* Il reddito del Paese X è un reddito da stabilimento sito nel Paese X e, perciò, la Subpart F non si applica all'imposta statunitense dell'anno 1, indipendente dal fatto se o come imposte estere siano imposte su tale reddito e indipendentemente dal fatto se i prodotti siano venduti a parte correlate o consumatori in altre Paesi. Vedi I.R.C. § 959. See I.R.C. § 954(d). Così, la Subpart F non fa niente per prevenire il differimento in questo esempio; conseguentemente, l'imposta di \$350,000 nella colonna (1) è differita nella colonna (2) e (3), e eliminate dall'esenzione nella colonna (4) e gli investimenti in quelle colonne sono in scala da \$650,000 a \$1,000,000.

** Non c'è imposta sui dividendi in questa colonna perchè la distribuzione alla casa madre statunitense è o un pagamento da una stabile organizzazione dell'impresa statunitense o una distribuzione da una controllata al 100 per cento che non è tassabile secondo quanto stabilito dalle norme di consolidamento o dalla sezione 243(a)(3). Alternativamente, se la USCo localizza lo stabilimento nel Paese X e utilizza la controllata nel Paese X per fare l'investimento, ma il differimento è concluso completamente e il *cross-crediting* impedito, la distribuzione dalla controllata del Paese X alla USCo sarebbe esente dall'imposta statunitense perchè i redditi della controllata nel Paese X distribuiti sarebbero soggetti all'imposizione statunitense una volta nelle mani dell'azionista statunitense nell'anno 1.

*** *Cross-crediting* elimina effettivamente l'imposta sui dividendi statunitensi.

**** Secondo il sistema di esenzione statunitense, sia la distribuzione da una controllata estera che da una stabile organizzazione sarebbe esente dall'imposta statunitense. Vedi in generale FLEMING & PERONI, *Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption System*, op. cit..

Si noti che la differenza tra l'utile post-imposte tra le colonne (1) e (2) è \$22,750¹⁸⁶, che equivale all'imposta dovuta da USCo indicata nella colonna (1) sul rendimento dell'investimento nel Anno 2 quando lo stabilimento è costruito negli Stati Uniti. In altre parole, la conseguenza del differimento indicato nella colonna (2) è l'eliminazione dell'imposta statunitense di \$22,750 dell'anno 2 che USCo avrebbe dovuto pagare se avesse costruito lo stabilimento negli Stati Uniti. Quindi, USCo riceve effettivamente nell'anno 2 una sovvenzione di \$22,750 dal sistema fiscale statunitense per avere localizzato la nuova fabbrica nel Paese X invece che negli Stati Uniti. Questa sovvenzione può essere goduta ogni anno in quantità diverse a seconda dei profitti della USCo e delle decisioni di reinvestimento nell'anno 3 e oltre.

Inoltre, si noti che poichè il *cross-crediting* elimina l'imposta sui dividendi nella colonna (3), le colonne (3) e (4) producono, morale della favola, gli stessi identici risultati. Detto diversamente, come accennato prima, un *cross-crediting* approssimativamente frenato, come è comunemente consentito con il sistema attuale statunitense di *worldwide taxation* con differimento e una limitazione non restrittiva al credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero, effettivamente muta il sistema fiscale internazionale degli Stati Uniti in un regime di esenzione mal progettato¹⁸⁷ e facoltativo che è più generoso di un tradizionale sistema di esenzione¹⁸⁸.

Infine, si noti che la differenza tra il reddito pre-imposte della USCo indicato nelle colonne (1), (3) e (4) non è più semplicemente i \$22,750

¹⁸⁶ \$715,000 - \$692,250 = \$22,750.

¹⁸⁷ Ad esempio, è malamente progettato che, a differenza dei sistemi di esenzione di Paesi esteri che competono con gli Stati Uniti, il sistema statunitense permette che perdite di fonte estera siano dedotte da redditi di fonte statunitense ed effettivamente permette un trattamento di esenzione delle *royalties* estere.

¹⁸⁸ Infatti, alcuni importanti gruppi di pressione di multinazionali americani hanno capito che un sistema di esenzione correttamente definito potrebbe essere meno generoso del attuale incoerente sistema di tassazione dei redditi transnazionali. Vedi NATIONAL FOREIGN TRADE COUNCIL, INC., *The NFTC's Report on Territorial Taxation*, 27 Tax Notes Int'l 687, 707 (Aug. 5, 2002) (sostiene che il Congresso dovrebbe riformare il sistema statunitense di imposizione dei redditi transazionali rivedendo la Subpart F e le norme per il credito d'imposta estero piuttosto che emanando un sistema territoriale). Questo fatto aiuta a spiegarlo perchè molti multinazionali statunitensi e i loro gruppi di *lobbying* alle proposte di esenzione dello *Staff of the Joint Committee on Taxation's and the Presidential Advisory Panel on Federal Tax Reform's 2005*. Inoltre, poichè una combinazione di alcuni aspetti difettosi delle vigenti norme di tassazione internazionale statunitensi possono risultare in una aliquota fiscale effettiva negativa su alcune tipologie di reddito di fonte estera, vedi per esempio, GRUBERT & MUTTI, *Taxing Multinationals*, op. cit., pp. 451-52.

di differenza tra le colonne (1) e (2). C'è, invece, un'ammontare drammaticamente maggiore — vale a dire, \$407,750¹⁸⁹. La spiegazione è molto semplice. Al fine di rendere comparabili i \$350,000 di imposte statunitensi nell'Anno 1 indicate in colonna (1) con gli ammontari dell'anno 2 indicati nelle colonne (3) e (4), i \$350,000 di imposte dell'Anno 1 devono essere "cresciuti" per un anno al 10% (abbiamo assunto un 10% d'interesse) così da diventare \$385,000¹⁹⁰ alla fine dell'Anno 2. Quando aggiungiamo questi \$385,000 ai \$22,750 dell'Anno 2 della colonna (1), la somma è \$407,750, che equivale alla differenza tra l'utile post-imposte della USCo nella colonna (1) e nelle colonne (3) e (4). In altre parole, l'effetto del sistema fiscale statunitense nelle colonne (3) e (4) è ridurre il reddito di fonte estera della USCo sia nell'anno 1 che nel 2 che USCo avrebbe sostenuto se avesse costruito il nuovo stabilimento negli Stati Uniti.

Detto diversamente, il regime statunitense di differimento con un *cross-crediting* molto vagamente ridimensionato (colonna (3)) e un'esenzione (colonna (4)) fornisce alla USCo una sovvenzione fiscale di \$407,750 negli anni 1 e 2 per costruire la nuova fabbrica nel Paese X invece che negli Stati Uniti. Questa sovvenzione può essere goduta negli anni futuri in quantità diverse a seconda dei profitti e delle decisioni di reinvestimento della USCo per l'Anno 3 e oltre. Per le ragioni precedentemente addotte, questo incentivo fiscale non supera una rigorosa analisi costi/benefici cui dovrebbero essere sottoposte tutte le *tax expenditure provisions*. Di conseguenza, la TEA apporta un sostegno significativo alle proposte di riforma per eliminare o ridurre significativamente il differimento e inasprire le limitazioni al credito per le imposte estere per portare la normativa del credito in linea con il suo fine fondamentale di mitigare la doppia imposizione internazionale¹⁹¹.

¹⁸⁹ $\$1,100,000 - \$692,250 = \$407,750$.

¹⁹⁰ $\$350,000 + (\$350,000 \times 0,10) = \$385,000$.

¹⁹¹ Per alcuni esempi di proposte volte a ridurre in modo sostanziale il differimento, vedi FLEMING, PERONI & SHAY, *Consider Ending It*, op. cit.; KLEINBARD, *Territorial Taxation*, op. cit.; PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 989–92; PERONI, FLEMING & SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral*, op. cit.; vedi anche *International Task Force Report*, op. cit., pp. 731–35. Per esempi di proposte per riformare sostanzialmente la limitazione del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero per limitare il *cross-crediting*, vedi PERONI, *Back to the Future*, op. cit., pp. 994–1002; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., pp. 113–23; vedi anche *International Task Force Report*, op. cit., pp. 772–76.

D. La Export Sales Source Rule

Secondo la normativa attuale, il reddito derivante dalla vendita della merce stoccata è considerato come prodotto nel luogo della vendita¹⁹² e, secondo le leggi¹⁹³ e la giurisprudenza¹⁹⁴, il luogo di vendita è considerato il posto dove i diritti, la proprietà, i rischi passano dal venditore delle giacenze all'acquirente (spesso detto il “*title-passage test*”). Nei casi in cui il venditore statunitense è anche il produttore della merce, il reddito è considerato in parte reddito derivante dalla produzione e in parte reddito derivante dalla vendita¹⁹⁵, con la componente produzione sorgente laddove sono localizzati i beni di produzione del venditore¹⁹⁶ e la componente vendite solitamente localizzata nel luogo in cui avviene il *title passage test*¹⁹⁷. La normativa vigente distingue il reddito prodotto tra le funzioni produzione e vendite applicando una formula arbitraria che considera il 50% del reddito di una vendita all'esportazione come reddito da vendita, che generalmente sarà considerato di fonte straniera se la proprietà della merce passerà all'acquirente al di fuori degli Stati Uniti¹⁹⁸.

¹⁹² Vedi I.R.C. §§ 861(a)(6), 862(a)(6), 865(b).

¹⁹³ Vedi Treas. Reg. § 1.861-7(c) (1960). Le normative, tuttavia, prevedono che il posto dove si verifica la sostanza della vendita, invece del posto dove si è verificato il passaggio di proprietà, sarà il posto della vendita se «*sales transaction is arranged in a particular manner for the primary purpose of tax avoidance.*» vedi anche *United States v. Balanovski*, 236 F.2d 298, 306 (2d Cir. 1956), *cert. denied*, 352 U.S. 968 (1957). Il Governo non ha per lo più avuto successo quando ha contestato l'applicazione di questa eccezione antielusiva. Vedi BITTKER & LOKKEN, op. cit., pp. 73-42, -43; GUSTAFSON, PERONI & PUGH, op. cit., p. 90; PHILIP F. POSTLEWATE & SAMUEL A. DONALDSON, *International Taxation: Corporate and Individual* 46 (4th ed. 2003). Il *title passage test* essenzialmente determina il luogo di vendita secondo la proprietà delle giacenze, con poche eccezioni. Vedi per esempio, I.R.C. § 865(e)(2).

¹⁹⁴ Vedi per esempio, *A.P. Green Exp. Co. v. United States*, 284 F.2d 383 (Ct. Cl. 1960); *Liggett Group, Inc. v. Commissioner*, T.C. Memo. 1990-18 (1990).

¹⁹⁵ Vedi I.R.C. §§ 863(b), 865(b); Treas. Reg. § 1.863-3(a), (b) (2006). Vedi BITTKER & LOKKEN, op. cit., ch. 73; 1 ISENBERGH, op. cit., 19.9-19.26; 1 KUNTZ & PERONI, op. cit., A2.03[9][d].

¹⁹⁶ Vedi Treas. Reg. § 1.863-3(c)(1) (2006).

¹⁹⁷ Vedi I.R.C. §§ 861(a)(6), 862(a)(6), 863(b), 865(b); Treas. Reg. §§ 1.863-3(c)(2) (2006), 1.861-7(c) (1960).

¹⁹⁸ Vedi Treas. Reg. § 1.863-3(b)(1) (2006). Un contribuente può invece scegliere di determinare l'importo del reddito di produzione utilizzando la cosiddetta «*independent factory or production price*» se il contribuente può stabilire che esiste un tale prezzo di produzione tra parti indipendenti. Cfr. Treas. Reg. § 1.863-3(b)(2) (2006). Una terza, utilizzata raramente, alternative permette ad un contribuente di allocare il reddito da vendite all'esportazione tra le funzioni produzione e vendite basandosi sui libri contabili del contribuente, ma solamente se

Il risultato è che il 50% del reddito di vendite da esportazione di merce prodotta negli Stati Uniti può essere considerato reddito di fonte straniera senza considerare se il venditore/esportatore statunitense ha un ufficio di vendita o agenti di vendita all'estero, se l'acquirente della merce è una CFC in cui il venditore/esportatore statunitense ha una significativa partecipazione, e se il Paese straniero applichi o meno un qualsiasi tipo di imposizione sul reddito da vendite¹⁹⁹. In effetti, il reddito derivante da vendite all'esportazione di merci di un venditore/esportatore statunitense di solito non è soggetto a nessuna o ad una bassissima imposizione, a meno che il venditore/esportatore statunitense abbia un ufficio di vendita o un'altra stabile organizzazione o agenti di vendita nel Paese estero in cui viene venduta la merce²⁰⁰. Ciò significa che se il venditore/esportatore produce la merce e la vende ad un cliente straniero, che potrebbe essere la CFC del venditore, e il passaggio di proprietà dei beni venduti all'estero avviene all'estero, il risultato è la non imposizione del reddito estero, metà del quale è ritenuto reddito di vendite di fonte estera ai fini della limitazione del credito d'imposta²⁰¹. Questo risultato si verifica anche se la maggior parte delle attività che producono reddito si verificano negli Stati Uniti. Se il venditore/esportatore statunitense ha anche un reddito di fonte estera altamente tassato derivante da altre transazioni (i.e., un reddito tassato all'estero con aliquote eccedenti la maggiore aliquota statunitense), i crediti in eccesso derivanti dal reddito altamente tassato possono essere compensati (*cross credited*) con la residua imposizione statunitense sul reddito da vendite all'esportazione non tassato all'estero così riducendo o eliminando l'imposizione statunitense sul reddito derivante da vendite all'esportazione²⁰². Conseguentemente, l'attività di vendita all'esportazione è sovvenzionata dalla riduzione effettiva dell'imposizione statunitense sul reddito da vendita all'esportazione²⁰³.

il contribuente ha ricevuto previamente un permesso dal direttore del *Service district* e se certi altri requisiti richieste dalle normative sono rispettati. Cfr. Treas. Reg. § 1.863-3(b)(3) (2006).

¹⁹⁹ Vedi Treas. Reg. § 1.863-3(b)(1) (2006).

²⁰⁰ Vedi per esempio, U.S. TREASURY DEP'T, *Report to the Congress on the Sales Source Rules 1* (1993) [d'ora in poi U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*].

²⁰¹ Cfr. per esempio, DONALD J. ROUSSLANG, *The Sales Source Rules for U.S. Exports: How Much Do They Cost?*, 62 Tax Notes 1047 (Feb. 21, 1994) [d'ora in poi ROUSSLANG, *Sales Source Rules*].

²⁰² Vedi per esempio, *International Task Force Report*, op. cit., pp. 703-05; KINGSON, *Foreign Tax Credit*, op. cit., pp. 20-22; PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., p. 118. L'effetto del *cross-crediting* di ridurre l'imposizione statunitense del reddito è illustrato con l'esempio *supra* Part VI.C.

²⁰³ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., p. 13; ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op. cit., p. 1047.

La Export sales source rule è una tax expenditure. Le norme per determinare l'origine geografica del reddito del contribuente e le deduzioni sono essenzialmente concetti giuridici che non hanno rilevanza economica²⁰⁴. Piuttosto, esse lavorano con altre norme del codice fiscale per definire la vigenza della giurisdizione fiscale degli Stati Uniti sui soggetti esteri rispetto alle loro attività negli Stati Uniti e sui soggetti statunitensi rispetto alle loro attività al di fuori degli Stati Uniti²⁰⁵. Nel contesto della tassazione statunitense del *business* e delle attività di investimento all'estero di un soggetto degli Stati Uniti, compresa una società multinazionale statunitense, le norme sulla fonte di origine hanno la funzione di definire (attraverso il meccanismo del credito d'imposta estera) le circostanze in cui gli Stati Uniti sono disposti a concedere ai propri residenti un credito d'imposta estera e, quindi, cedere una primaria giurisdizione fiscale ad un Paese straniero in quanto si ritiene che il reddito in questione abbia origine in quel Paese²⁰⁶. Come primo principio, le norme sulla fonte «dovrebbero distribuire il reddito nel luogo dove si ritiene che l'attività economica l'abbia generato.»²⁰⁷ Inoltre, nel contesto della limitazione del credito d'imposta estero, ha senso che le norme sulla fonte siano designate al fine di prevenire l'erosione della base imponibile legittima degli Stati Uniti attraverso la manipolazione del contribuente delle norme sulla fonte e della limitazione del credito d'imposta estero²⁰⁸. Per raggiungere questo obiettivo di una preservazione appropriata della base imponibile statunitense e di una accurata determinazione della

²⁰⁴ Vedi AULT & BRADFORD, op. cit., pp. 12, 30–31; vedi anche GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317.

²⁰⁵ Vedi per esempio, 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit.; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²⁰⁶ Vedi, 2 U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 364; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²⁰⁷ U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., at 399; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 1–2 («Sourcing rules for both income and expense must permit accurate measurement of the taxable income generated by economic activity in the United States and by the foreign activities of U.S. investors.»), 30; GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317 («The source rules should be overhauled to be better linked to the location of real economic activity, the location of customers, workers, or assets.»); vedi anche ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 19.

²⁰⁸ U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 1–2 (ritiene che norme sulla fonte del reddito correttamente progettate dovrebbero aiutare la salvaguardia della base imponibile statunitense da un'erosione inappropriata), 4, 30 (si noti la relazione tra norme sulla fonte propriamente designate e lo scopo appropriato di una limitazione del credito per imposte estere del contribuente).

limitazione del credito d'imposta estero dei soggetti statunitensi, le norme sulla fonte dovrebbero considerare ogni tipologia di reddito come avente fonte statunitense quando quella tipologia di reddito abbia un "ragionevole nesso economico" con gli Stati Uniti²⁰⁹. Inoltre, poiché lo scopo primario del credito d'imposta estera è quello di attenuare la doppia imposizione internazionale, le norme sulla fonte che si applicano al fine del credito d'imposta estera dovrebbero trattare gli elementi di reddito come se fossero di fonte statunitense, se non sono generalmente soggetti a tassazione estera²¹⁰.

La *export sales source rule* non tenta di associare in realtà la fonte del reddito con l'attività economica che ha generato quel reddito²¹¹. Né considera il reddito da esportazione come di fonte estera se quel reddito è all'estero esentasse. Invece, questa norma consente arbitrariamente di considerare il 50% del reddito del produttore statunitense di fonte estera, anche se non è soggetto ad imposizione estera e anche se il grosso delle attività economiche del soggetto passivo che ha dato luogo alla formazione del reddito (la produzione e la vendita di beni) potrebbero avere avuto luogo negli Stati Uniti²¹². Questa norma consente arbitrariamente di considerare il 50% del reddito da esportazione come reddito da vendita, indipendentemente dai contributi effettivi alla produzione dell'esportatore statunitense al guadagno di quel reddito, e perciò consente di utilizzare il *title passage test* per considerare artificialmente la componente vendita di quel reddito come reddito di fonte estera. Il luogo in cui avviene il passaggio di proprietà di norma avrà poca o nulla connessione economica con il guadagno del reddito da esportazione ed è soggetto ad una grande manipolazione dai contribuenti a fini elusivi²¹³. Inoltre, la maggior parte dei Paesi stranieri potrebbe non tassare il reddito derivante dalla vendita di merce semplice-

²⁰⁹ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 30; vedi anche ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 348.

²¹⁰ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 4, 30.

²¹¹ Vedi *id.* p. 31 (conclude che la *export sales source rule* vigente «can reach results that depart significantly from the 'economic nexus' principle»), 32 (afferma che la *export sales source rule* vigente «can source income in a manner that departs significantly from the 'economic nexus' principle»); ISENBERGH, op. cit., 19:46-19:47.

²¹² U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365-67; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²¹³ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365-67; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 399-400; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; cfr. ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 21-22; ISENBERGH, op. cit., ¶¶ 16:9-16:10; OWENS, op. cit., p. 220.

mente perché la proprietà della merce venduta passa all'interno del Paese²¹⁴. Invece, un ufficio o una base fissa di affari a cui sia attribuibile la vendita della merce è un presupposto per la tassazione di tale reddito in gran parte dei Paesi esteri²¹⁵. Perciò, il *title passage test* per determinare la fonte della porzione del reddito della vendita da esportazione consente effettivamente al contribuente statunitense di crearsi un reddito da vendita di fonte estera a zero o poca tassazione che amplia la limitazione al credito d'imposta estero del contribuente e incrementa le opportunità di *cross-crediting*²¹⁶.

Questa norma è congegnata per promuovere una particolare tipologia di attività economica — ovvero la produzione di beni per l'esportazione²¹⁷. La *export sales source rule* è una sovvenzione perchè aumenta il differimento e il *cross-crediting* creando artificialmente reddito di fonte estera, gran parte del quale è poco o per nulla tassato²¹⁸. Questo aumenta l'utilità di crediti d'imposta esteri incrementando il numeratore della limitazione dei crediti d'imposta esteri e spesso consente all'esportatore statunitense di compensare il credito per imposte estere alte su altre tipologie di reddito d'impresa con la residua imposizione statunitense sul reddito da esportazione soggetto all'estero ad una bassa o nulla tassazione, così riducendo od eliminando del tutto la residua imposizione statunitense²¹⁹. Nell'analizzare se la *export*

²¹⁴ U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399; U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 354.

²¹⁵ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., pp. 365–67; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., p. 399.

²¹⁶ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Tax Reform*, op. cit., p. 365; U.S. TREAS. DEP'T, *President's 1985 Tax Proposals*, op. cit., pp. 350–51, 399–400; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 354. Le preoccupazioni per la manipolabilità della *sales source rules* per il reddito d'impresa sono di vecchia data. Per esempio, Thomas Sewell Adams, un economista dell'inizio del ventesimo secolo e consulente del Dipartimento del Tesoro, il cui lavoro fu influente nel creare le norme statunitensi per l'imposizione di reddito transazionale, obbiettava ad una prima versione della *export sales source rule* sulle basi che «*such a rule denied the United States authority to tax much income that was, in essence, produced domestically and that such a rule was open to taxpayer manipulation.*» GRAETZ & O'HEAR, op. cit., p. 1057.

²¹⁷ Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., p. 1; ISENBERGH, op. cit., 19:47 (si noti che il fine della *export sales source rule* «*is to confer a tax benefit on the export of manufactured goods from the United States*»); GRAETZ, *Taxing International Income*, op. cit., p. 317; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32 (conclude che la *export sales source rule* vigente «*can create a tax preference for exports over domestic sales*»). Un importante commentatore ha sostenuto che la *export sales source rule* è una sovvenzione fiscale più potente che dedicate sovvenzioni all'esportazione, cfr. ISENBERGH, op. cit..

²¹⁸ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., p. 32.

²¹⁹ Vedi per esempio, U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 32; PERONI, *Back to the*

sales source rule sia una sovvenzione, abbiamo bisogno di un orientamento di base per capire quanta parte del reddito da esportazione debba essere propriamente considerato reddito di fonte estera.

Una base appropriata potrebbe essere una ripartizione basata sul principio dell'*arm's length* o sul *production price method* presenti nella normativa vigente²²⁰. In base a questo approccio, la porzione di produzione del reddito da esportazione sarebbe determinata usando il prezzo a cui il prodotto sarebbe scambiato tra un produttore ed un distributore indipendente in base ai principi della normativa sul *transfer pricing* della sezione 482²²¹. Questa pozione da produzione del reddito sarebbe localizzata secondo il luogo di produzione dell'esportatore, ciò significa che questa produzione di reddito sarebbe interamente o prevalentemente reddito di fonte statunitense nel caso consueto. La parte rimanente del reddito dovrebbe essere considerato come reddito da vendita e usualmente come reddito di fonte estera se è il *title passage test* a determinare la fonte del reddito da vendite.

Una seconda base appropriata per determinare la porzione di fonte statunitense del reddito da vendite all'esportazione potrebbe essere l'ammontare del reddito da vendita calcolato con una formula di ripartizione che si avvalga di un appopriato test multi fattore²²². Questo approccio evita le

Future, op. cit., p. 1007; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *Background Paper*, op. cit., p. 48 («*The shielding of export income is an export incentive for corporations with excess foreign tax credits.*»). In effetti, la *export sales source rule*, se combinata con le opportunità di *cross-crediting* nella categoria di limitazione generale, possono determinare un'aliquota fiscale statunitense negativa sul reddito di fonte estera da una vendita all'esportazione di merce sotto alcuni aspetti. Vedi ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op. cit.; vedi anche U.S. TREAS. DEP'T, *Deferral Study*, op. cit., p. 46.

²²⁰ Cfr. Treas. Reg. § 1.863-3(b)(2) (2006). Per un esempio di critiche dell'utilizzo del *arm's length standard* come metodo per allocare il reddito imponibile delle imprese multinazionali tra differenti Paesi, vedi REUVEN S. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 Va. Tax Rev. 89 (1995); AVI-YONAH, *Structure of International Taxation*, op. cit., pp. 1339-52; STANLEY I. LANGBEIN, *The Unitary Method and the Myth of Arm's Length*, 30 Tax Notes 625, pp. 669-70 (Feb. 17, 1986); DALE W. WICKHAM & CHARLES J. KERESTER, *New Directions Needed for Solution of the International Transfer Pricing Tax Puzzle: Internationally Agreed Rules or Tax Warfare?*, 56 Tax Notes 339, pp. 344-55 (July 20, 1992).

²²¹ Vedi per esempio., U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., at 32; ALI, *International Tax Study*, op. cit., pp. 33, 353-54; I ISENBERGH, op. cit., 19:46; vedi anche OWENS, op. cit., p. 221 («*The independent factory price establishes a constructive selling price for the purpose of determining the manufacturing income from sources in the United States and a constructive cost of goods sold for determining the sales income from sources in the foreign country.*»).

Questa linea sarebbe in generale adeguata alle norme dei *partners* commerciali degli Stati Uniti per l'imposizione del reddito da esportazione e con le norme per tassare le vendite da esportazione dei trattati statunitensi. Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op.cit., p. 33.

²²² In argomento PERONI, *Back to the Future*, op.cit., p. 1008.

difficoltà amministrative di utilizzare l'*arm's length approach* e riconosce che ci sono un notevole numero di situazioni in cui la ricognizione di un prezzo di mercato è indisponibile o non ottenibile a un costo ragionevole²²³.

Un terzo metodo portebbe essere considerare il reddito da esportazione come un reddito interamente statunitense secondo la residenza del venditore, a meno che l'esportatore statunitense non possa dimostrare che il reddito da esportazione ha un nesso significativo con il Paese estero — in particolare che quel reddito è attribuibile ad un ufficio straniero dell'esportatore che ha materialmente partecipato alla vendita e/o è stato soggetto ad una imposta sul reddito estero anche se minima (per esempio, un'imposta sul reddito con aliquota al 10%)²²⁴. Secondo questa terza metodologia, solamente la porzione di reddito da vendite all'esportazione per il quale fosse dimostrato il nesso con l'estero sarebbe considerata reddito di fonte estera; la parte restante del reddito sarebbe considerata come reddito di fonte statunitense²²⁵.

Indipendentemente da quale di queste tre linee di base viene utilizzata, il metodo arbitrario di assegnazione del 50% proprio della *export sales source rule* si allontana significativamente da una corretta impostazione e ciò equivale a promuovere l'attività di esportazione ed aumentare le opportunità di *cross-crediting*. Perciò, la *export sales source rule* vigente è un sussidio all'esportazione concesso mediante il sistema fiscale ed è quindi propriamente considerata una *tax expenditure*. Concordi con questa analisi, lo *Staff of the Joint Committee on Taxation* e l'*Office of Management and Budget/Treasury* hanno entrambi costantemente trattato tale istituto come una *tax expenditure provision* ed hanno tentato di quantificarne il costo²²⁶.

L'analisi costi/benefici del sussidio export sales source rule. Questa sovvenzione fiscale non supererebbe un'analisi costi/benefici. I costi della sovven-

²²³ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

²²⁴ Cfr. PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1007; ROBERT J. PERONI, *A Hitchhiker's Guide to Reform of the Foreign Tax Credit Limitation*, 56 SMU L. Rev. 391, 396 (2003); PERONI, FLEMING & SHAY, *Reform of Foreign Tax Credit Rules*, op. cit., pp. 118, 132; SHAY, FLEMING & PERONI, *Source Rules*, op. cit., pp. 150–52; vedi anche LOKKEN, op. cit., p. 769. Questa linea rifletterebbe meglio l'approccio dei *partners* commerciali degli Stati Uniti e la tassazione delle vendite da esportazione secondo le normative dei trattati statunitensi che la vigente *export sales source rule*. Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

²²⁵ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., p. 33.

²²⁶ STAFF OF JOINT COMM. ON TAX'N, *2007 Estimates*, op. cit., p. 24 (stima il costo totale per gli anni d'imposta 2007–2011 dell'*inventory property export sales source rule* in \$34.0 miliardi); 2008 ANALYTICAL PERSPECTIVES, op. cit., p.287 (stima il costo totale per gli anni d'imposta 2008–2012 dell'*inventory property export sales source rule* in \$12.577 miliardi).

zione in termini di perdita di guadagni e *welfare* domestico superano di gran lunga ogni beneficio che la sovvenzione fornisce in termini di incremento di investimenti interni e aumento di esportazioni statunitensi. Per essere precisi, questo sussidio fiscale distorce il comportamento economico di alcuni contribuenti americani creando un incentivo economico ai contribuenti in possesso di un credito per imposte estere in eccesso allo spostamento di investimenti da altre attività di impresa domestiche a attività di esportazione, anche se le esportazioni hanno un rendimento pre-imposte minore²²⁷. Questa regola ha avuto effetti negativi anche sulle condizioni del commercio degli Stati Uniti, provocando un effetto complessivo negativo sul benessere economico nazionale²²⁸. Inoltre, tale istituto sembra fare ben poco per aumentare le esportazioni degli Stati Uniti e il vantaggio che si avrebbe cambiando la norma con una nuova disciplina basata sul peso effettivo delle varie attività economiche connesse all'esportazione sarebbe almeno un po' maggiore della riduzione delle esportazioni che ne risulterebbe²²⁹. Sembra ragionevolmente chiaro che l'effetto sulle esportazioni della abrogazione della norma sarebbe probabilmente minimo²³⁰.

In ogni caso, la *export sales source rule* è stranamente designata per sovvenzionare le esportazioni statunitensi. Questa norma generalmente beneficia gli esportatori statunitensi che hanno crediti per imposte estere in eccesso nella categoria di reddito soggetta a limitazione generale (più credito nella categoria che limitazione disponibile) cosicché l'esportatore non sopporta una imposizione statunitense residua sul reddito d'impresa estero altamente tassato nella categoria soggetta a limitazione generale e deve generare un reddito addizione estero a bassa tassazione per assorbire

²²⁷ Vedi ROUSSLANG, *Sales Source Rules*, op.cit., pp. 1051–53; vedi anche STAFF OF JOINT COMM. ON TAXATION, 102d Cong., *Factors Affecting the International Competitiveness of the United States* 256–57 (Joint Comm. Print 1991); DONALD J. ROUSSLANG, *Comments on Hufbauer and DeRosa, Costs and Benefits of the Export Source Rule*, 76 Tax Notes 541, 543–45 (July 28, 1997). Vedi anche GARY C. HUFBAUER & DEAN A. DEROSA, *Costs and Benefits of the Export Source Rule*, 75 Tax Notes 1401, 1412 (June 9, 1997) [d'ora in poi HUFBAUER & DEROSA, *Costs and Benefits*]; G. C. HUFBAUER & D. A. DEROSA, *The Costs and Benefits of the U.S. Export Source Rule: A Rejoinder*, 77 Tax Notes 103 (Oct. 6, 1997).

²²⁸ Cfr. GRUBERT & MUTTI, *Taxing International Business Income*, op. cit., pp. 46–47 (usa un modello di equilibrio generale e stima che da questa *export sales source rule* risulti un beneficio fiscale totale di circa \$315 milioni ed una perdita di *welfare* per gli Stati Uniti di circa \$115 milioni).

²²⁹ Cfr. U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 2, 23–25. Ma vedi anche HUFBAUER & DEROSA, *Costs and Benefits*, op. cit..

²³⁰ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 2, 23–25.

l'eccesso di credito²³¹. Per contro, questa norma non beneficia gli esportatori/venditori statunitensi che sono in posizione di un eccesso di limite al credito per imposta estera (il limite al credito per imposte estere eccede le imposte assolute all'estero dall'esportatore/venditore o, detto diversamente, l'imposta statunitense dell'esportatore sul suo reddito estero è più grande delle imposte assolute all'estero cosicché non può ottenere un beneficio d'imposta statunitense dalla creazione di un reddito estero addizionale a bassa imposizione)²³². Pertanto, l'importo della sovvenzione prevista varia con l'importo dei crediti in eccesso dell'esportatore statunitense e con l'abilità del contribuente di utilizzarli anche in anni successivi²³³. Inoltre, questa norma non beneficia gli esportatori/venditori statunitensi che sono in una posizione creditoria in eccesso in una serie di situazioni a causa di altri aspetti complessi e specifici di prescrizione del credito d'imposta dell'esportatore statunitense²³⁴. Non è immediatamente chiaro perché il Congresso vorrebbe mettere in atto un programma di sovvenzione alle esportazioni che si applica in modo arbitrario, perché è legato alla posizione di prescrizione del credito d'imposta estero dell'esportatore degli Stati Uniti²³⁵.

Infine, questa norma crea un incentivo per gli esportatori americani a spostare gli investimenti in Paesi stranieri con tasse elevate, perché le conseguenti alte imposte estere possono essere compensate con l'imposizione residua degli Stati Uniti sui redditi imponibili di fonte straniera a bassa imposizione creati attraverso l'applicazione della *export sales source rule*²³⁶. Ciò porta il Tesoro americano ad alleviare i Paesi esteri ad alta tassazione di alcune delle conseguenze negative della competizione fiscale che potrebbero essere determinate dalle loro politiche fiscali. Un tale effetto di incentivazione non sarebbe possibile in un programma di sovvenzione strutturato razionalmente. Se la *export sales source rule* fosse ricostituita come un programma di spesa diretta con queste caratteristiche, avrebbe piccolissime se non addirittura nulle *chance* di essere emanato.

Un ultimo punto va menzionato. Tenuto conto degli obblighi assunti dagli Stati Uniti con il *General Agreement on Tariffs and Trade*, probabil-

²³¹ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Interim Report*, op. cit., pp. 32–33.

²³² Vedi *id.*

²³³ Vedi *id.* A norma della sezione 904(c) vigente, un contribuente può riportare l'eccesso di credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero del precedente anno d'imposta e portarlo avanti per i successive dieci anni.

²³⁴ Vedi U.S. TREAS. DEP'T, *Sales Source Rules Report*, op. cit., pp. 13–14.

²³⁵ Vedi *id.* at 16.

²³⁶ Vedi *id.* at 14.

mente non potrebbe essere possibile sostituire questa sovvenzione fiscale con un contributo governativo diretto volto ad incoraggiare le esportazioni²³⁷. Nell'applicare la TEA alla *export sales source rule*, questa considerazione forse sarebbe un fattore a favore dell'utilizzo del sistema fiscale per fornire una sovvenzione all'esportazione, se si dovesse ritenere che tale programma governativo di sovvenzione meritasse di essere emanato.

Tuttavia, si tratta di una proposta dubbia secondo la tradizionale teoria economica, perchè un tale programma di incentivazione sarebbe protezionistico e contrario alle teorie del libero scambio. In via generale, le sovvenzioni all'esportazione distorcono l'allocatione delle risorse e sono economicamente inefficienti²³⁸. Pertanto, i sussidi all'esportazione generalmente non sono programmi di governo sensati.

In sintesi, la TEA aiuta a dimostrare che la *export sales source rule* è una sovvenzione inappropriata e inefficiente alle esportazioni statunitensi. Conseguentemente, questo elemento del sistema statunitense di tassazione internazionale dovrebbe essere abrogato e le norme sulla fonte del reddito del Codice emendate affinché la fonte del reddito da vendite all'esportazione sia determinata usando una delle linee guida discusse precedentemente, ognuna delle quali riflette più chiaramente la localizzazione delle attività economiche che hanno generato quel reddito di quanto faccia la vigente *export sales source rule*.

VII. Conclusioni

L'analisi proposta sostiene l'assunto che la TEA si basa sui principi di neutralità e capacità contributiva, non è coinvolta dal concetto di imposizione implicita, ed ha un nucleo definito che la rende uno strumento analitico di politica fiscale, a dispetto delle molte critiche che le sono state rivolte negli anni. A nostro avviso, lo scopo principale e la giustificazione della TEA è di servire come meccanismo di innesco per un rimaneggiamento

²³⁷ Vedi anche, MICHAEL J. MCINTYRE, *Collecting Current Tax From U.S.-Resident Individuals and U.S.-Based MNEs on Income Earned Through Foreign Entities*, 11 Tax Notes Int'l 440 (Aug. 14, 1995); cfr. PERONI, *Back to the Future*, op. cit., p. 1006.

²³⁸ Vedi per esempio, ANDREW GREEN & MICHAEL TREBILCOCK, *Enforcing WTO Obligations: What Can We Learn From Export Subsidies?*, 10 J. Econ. L. 653, 660-64 (2007). Alcuni commentatori, ad ogni modo, hanno sostenuto che le sovvenzioni da esportazioni posso promuovere l'efficienza economica sotto certi aspetti, vedi *id.* pp. 62-64.

obbligatorio ed una analisi costi/benefici dei programmi governativi concessi mediante il sistema federale di imposizione del reddito. Detto diversamente, il focus principale della TEA è la trasparenza e la responsabilità rispetto ai programmi governativi concessi attraverso il sistema fiscale. Esso è destinato ad avere un effetto benefico sul contenimento del forte impulso di molti membri del Congresso ad impegnarsi ad offuscare programmi di spesa concessi attraverso il sistema fiscale che non avrebbero mai avuto sostenitori come programmi di spesa diretta. Questo potenziale effetto restrittivo della TEA è ancor più importante nel clima politico odierno in cui è difficoltoso per il Congresso spendere risorse apertamente emanando nuovi programmi di spesa diretti.

Nel contesto delle norme fiscali internazionali degli Stati Uniti, la TEA consente di esporre gravi difetti nel quadro vigente di tassazione dei redditi derivanti da attività estere dei soggetti statunitensi. Per essere precisi, quando tre importanti aspetti delle norme fiscali internazionali statunitensi — il differimento, il *cross-crediting*, e la *export sales source rule* — sono rimaneggiati e analizzati quali programmi di spesa diretta, la TEA mostra che queste norme sono sovvenzioni inefficienti che non superano una analisi costi/benefici, sono inappropriate da un punto di vista di politica fiscale, e devono essere significativamente modificati o abrogati. Per questo la TEA dovrebbe giocare sempre più un ruolo crescente nell'analisi delle proposte legislative nel campo della fiscalità internazionale.

An overview of recent ECJ decisions concerning cross-border loss relief at the company level (Marks & Spencer II, Columbus Container Services, Deutsche Shell, Lidl Belgium, Krankenhaus).

Gerard T.K. Meussen*

* Edited in English by the Author. The author can be contacted under: g.meussen@jur.ru.nl.

CONTENTS: 1. *Introduction*; 2. *Marks & Spencer II*; 3. *National follow-up of Marks & Spencer II*; 4. *Columbus Container Services*; 5. *Deutsche Shell*; 6. *Lidl Belgium*; 7. *Krankenhaus*; 8. *Epilogue*

1. Introduction

The development of the case law of the European Court of Justice (ECJ) on cross-border loss relief has been very interesting to follow and reaches the boundaries of community law. Taxation of a group of companies at the group level conflicts with the application of the territoriality principle. Given the fact that direct taxes are not harmonized in the European Union and that there is no cross-border loss relief Directive applicable, the ECJ has to operate on the basis van the EC Treaty freedoms. It is up to the Member States to provide for a more far reaching part of community legislation in that respect.

The Court has to take on the one hand national interests of the Member States into consideration while on the other hand some kind of company taxation is to the benefit of cross-border economic activities and lies within the heart of the freedom of establishment¹ (Article 43 and 48 EC

¹ The absence of cross-border loss relief in relation to third countries cannot be challenged

Treaty). In balancing these interests, the Court has developed a consistent line of reasoning while indirectly urging the Member States to really solve the problem by means of community legislation.

2. Marks & Spencer II²

The heart of the litigation conflict in the Marks & Spencer II-case was the question whether the United Kingdom could be obliged to expand the group relief system to non-resident subsidiaries, thus allowing a cross-border loss relief.

In this very famous ruling the Court rejected an obligation to apply cross-border loss relief rules for the country of origin in general, but stated furthermore in paragraph 59: «However, it is contrary to Articles 43 EC and 48 EC to prevent the resident company from doing so where the non-resident subsidiary has exhausted the possibilities available in its State of residence of having the losses taken into account for the accounting period concerned by the claim for relief and also for previous accounting periods and where there are no possibilities for those losses to be taken into account in its State of residence for future periods either by the subsidiary itself or by a third party, in particular where the subsidiary has been sold to that third party.»³

The Court therefore clearly makes a distinction between temporal and final foreign losses with regard to the European obligation to provide for cross-border loss relief.

With respect to temporal losses of a foreign permanent establishment or a foreign subsidiary, the EC Treaty does not encompass an obligation for the country of origin to take the foreign losses into account. It may do so as a matter of tax policy to establish and foster an entrepreneurial friendly tax climate, but it is not a logical consequence let alone obligation of community legislation.

before the ECJ as the freedom of establishment does not apply in relation with third countries. Compare ECJ, 6 November 2007, Case C-415/06, *Stahlwerk Ergste Westig GmbH v Finanzamt Düsseldorf-Mettmann*.

² ECJ, 13 December 2005, Case C-446/03, *Marks & Spencer plc. v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*.

³ The ECJ ruled in a comparable way in a Finnish case concerning the transfer of profits from Finland to a foreign loss making: ECJ, 18 July 2007, Case C-231/05, *Oy AA*.

3. National follow-up of Marks & Spencer II

As a result of the Marks & Spencer II ruling, all the Member States have had to monitor their tax legislation in order to determine whether it is compatible with this judgment. The compatibility clearly relates to the possibility of cross-border loss relief of losses from foreign permanent establishments and foreign subsidiaries. In detail this urge for compatibility still leads to unresolved discussions in a situation like for instance the United Kingdom and Germany where both government state that legislation does not have to be changed while experts in the tax field defend the opposite view.

On 18 September 2008⁴ however, the Commission announced that it had sent the United Kingdom a reasoned opinion under Art. 226 EC Treaty requesting the United Kingdom to properly implement the ECJ judgment in Marks & Spencer II (C-446/03).

The Commission argues that, although the United Kingdom has amended its tax legislation on cross-border loss relief, it still imposes conditions that make it impossible or virtually impossible to benefit from tax relief concerning final foreign losses in a UK group relief system. This relies especially to the following issues:

1. In the eyes of the Commission the United Kingdom tax legislator applies an unnecessarily restrictive interpretation of the condition that there should be no possibility of the use of the loss in the State of the subsidiary;
2. Furthermore the Commission states that the date for determining whether or not the condition that there should be no possibility of use of the loss in the State of the subsidiary is met, is unjustly set immediately after the end of the accounting period in which the losses arise⁵;
3. The United Kingdom group relief system in respect of losses made by subsidiaries established in other Member States can only be claimed within 12 months (extended in cases of enquiries by the Revenue) after the filing date for the claimant company's tax return;

⁴ European Commission Press Release IP/08/1365, 18 September 2008.

⁵ Presumably the time table being used is too short to secure a proper functioning of cross-border loss relief of losses from a foreign subsidiary.

4. The amended tax legislation only applies to losses incurred after 1 April 2006.

The example of the United Kingdom shows that a situation can be established by the tax legislator that, although final foreign losses of foreign permanent establishments and foreign subsidiaries are in principle deductible from the domestic tax base, and in this way provide for tax relief, the conditions can be so severe, that in the end it is (virtually) impossible to deduct the final foreign losses. It is easy to understand that this will lead to a violation of the freedom of establishment (Articles 43 and 48 EC Treaty).

And in Germany, one of the conditions of the German *Organschaft* (a kind of fiscal unity/consolidation) still is the presence of a so-called '*Gewinnabführungsvertrag*', a contract according to German civil law that is agreed upon by the German parent company and subsidiary company by which the subsidiary is obliged to pay out its profits to the parent company. As a foreign subsidiary is never able to meet this requirement, the question is whether this factual situation is legitimate to not only deny the *Organschaft* to a foreign subsidiary but in this way also denying every possibility of cross-border loss relief of final losses of a foreign subsidiary.

4. Columbus Container Services⁶⁷

Columbus Container Services BVBA & Co. (hereinafter Columbus) is a limited partnership (LLP) governed by Belgian law, which at the time of the facts in the main proceedings had its registered office in Antwerp (Belgium). In the disputed year 1996 its shares are being held by eight in Germany living natural persons, of whom at least six belong to the same family, who each held 10% of the shares. Besides that, a German partnership of which the partners are residing in Germany, holds the remaining 20% of the shares. The partners in this German partnership belong to that same family. At Columbus' general meeting, all shareholders are represented by the same person.

⁶ ECJ, 6 December 2007, Case C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*

⁷ Compare also: G. T.K. MEUSSEN, *Columbus Container Services – A victory for the Member States' Fiscal Autonomy*, European Taxation, Volume 48, Number 4, April 2008, p. 169-173.

Columbus is a Belgian coordination centre which favours from a special Belgian tax regime^{8 9 10} which results in a significant lower level of taxation in Belgium than would normally be due.

Through this favourable regime, taxation amounts in Belgium to less than 30% of the profit actually achieved.

Columbus is a member of an internationally important economic group. Its objects consist in the coordination of the activities of the group. They cover, in particular, the centralisation of financial transactions and of the accounts, the financing of the liquidity of subsidiaries and branches, the computerisation of data and advertising and marketing activities. Columbus earned in the course of the year 1996 profits derived from “trading results¹¹” to 4.113.148 euro and “other income” amounting to 27.342” euro. From this information as stated in the case one may derive that Columbus has a real economic substance in Belgium and one may – as not stated otherwise – that the profit of Columbus has been calculated on general recognized at arms’ length principles (e.g. the “cost-plus” method is applied).

An important element of the Columbus case is the fact that a state may apply the credit method as a form of CFC-legislation with regards to foreign permanent establishments and therefore from a European perspective is al-

⁸ In its decision of 17 February 2003 (2003/757/EC) the European Commission decided that the special tax regime for Belgian Coordination centres constituted state aid. The action of the Commission was determined by the deviation from OECD guidelines on the cost-plus method:

- significant costs (financial charges and staff costs) were excluded from the tax base;
- the profit margin was generally set at 8%, regardless of the work actually performed.

The taxable income so calculated was unlikely to coincide with income determined under ordinary tax law. The same held true for the exemptions from property tax, withholding tax and capital duty. The decision of the Commission was upheld by the ECJ in his judgment of the Second Chamber of 22 June 2006 in joined cases C-182/03 and C-217/03.

⁹ For a description of the Belgian coordination centres tax regime see: J. MALHERBE - M. WATHELET, *Pending Cases Filed by Belgian Courts: Belgian Coordination Centres* (C-182/03, C-217/03, C-399/03, C-176/03, and C-433/04, p. 31-52, in: M. LANG, JOSEF SCHUCH and C. STARINGER, *ECJ Recent Developments*, in *Direct Taxation*, Linde Verlag, Vienna, Austria, 2005, in cooperation with Kluwer Law International.

¹⁰ Finally, after various amendments, the Belgian Government gave up on coordination centres with a special tax regime. Instead, as a general replacement measure, effective from the tax year 2007 (normally accounting year 2006), it introduced a tax deduction for equity, also labelled as deduction of notional interest. This general tax measure was approved by the Commission as not constituting state aid.

¹¹ The wording “trading results” seems a bit peculiar as Columbus does not carry on a trading business but renders services in the field of financial activities.

lowed to choose for the exemption method or the credit method, depending on the level of taxation in the source state, even if this leads to treaty override. It should be born in mind that treaty override in itself falls outside the scope of EC law and, therefore, outside the competence of the ECJ.

Another important element of the Columbus case is the fact that the Court recognizes that Member States may deviate in their tax legislation related to the type of company that is being used. It is therefore allowed to have a tax system in which losses of foreign permanent establishments are deductible from the domestic tax base with the application of a claw back with regards to future foreign profits while denying this kind of loss relief when a foreign subsidiary is being used. The Court furthermore states in paragraphs 52 and 53 of its judgment that this is allowed provided and therefore under the condition that those foreign companies or partnerships are not treated in a manner that is discriminatory in comparison with comparable national establishments. This was confirmed in a recent judgment of the Dutch Supreme Court¹² concerning a Dutch parent company and a German subsidiary. The Dutch court ruled that – in absence of a Dutch fiscal unity – there was no European obligation for the Dutch parent company to take the temporal loss of the German subsidiary into consideration as this was also not the case with regards to a Dutch subsidiary, not being part of a fiscal unity. The fact that if the Dutch company had made use of a German permanent establishment in stead of a German subsidiary the foreign losses had been deductible from the Dutch domestic tax base, does not alter this view as the Dutch Supreme Court stated, with reference to the Columbus judgment.

5. Deutsche Shell^{13 14}

Deutsche Shell is an example of the view of the ECJ, that a final foreign loss encountered in a group of companies, should be taken into consid-

¹² Dutch Supreme Court 2 October 2009, Nr. 08/00900.

¹³ ECJ, 28 February 2008, Case C-293/06, *Deutsche Shell GmbH v. Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*

¹⁴ See also: G. T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, European Taxation, Volume 48, Number 5, May 2008, p. 233-236.

eration somewhere. Either in the country of source, but if that is factual impossible it should be taken into consideration in the country of origin.

Deutsche Shell, a company with its registered office and principal place of business in Germany, set up a permanent establishment in Italy in 1974 for the purpose of prospecting for and extracting natural gas and oil. Between 1974 and 1991 Deutsche Shell injected capital into that establishment in the form of start-up capital.

The profits repatriated to Germany from the Italian permanent establishment were deducted from the “start-up capital” in amounts calculated on the basis of the exchange rate for the German mark and the Italian lira on the day of which each payment was made by that establishment to Deutsche Shell. The Deutsche Shell case concerns the deductibility of currency-losses dates from the pre-euro period.

On 28 February 1992, Deutsche Shell transferred the assets of its Italian permanent establishment to an Italian subsidiary, Sierra Gas S.r.l., a transaction for which it had to reveal its hidden reserves in Italy. The transfer of the assets put an end to the Italian permanent establishment of Deutsche Shell.

The resulting currency loss was not deductible in Italy as it did not form part of the permanent establishment’s profits to be assessed for purposes of taxation in Italy. In Italy, for profit computation, the result of the permanent establishment was calculated in the Italian lira.

In Germany, on the basis of specific legislation, the currency loss of the foreign permanent establishment was not tax deductible, e.g. it may only be deducted as operating expenditure in so far as no tax-free profits are obtained from the Italian permanent establishment.

First of all the Court argues that it is for the national court to determine whether the currency fluctuations alleged in the main proceedings led to a currency loss constituting *a real economic loss* affecting Deutsche Shell’s results for the financial year concerned.

But then the Court concludes relatively quickly that the German tax system is an obstacle to the freedom of establishment because the currency loss cannot be taken into consideration in Italy (as the state where the permanent establishment is established but where the currency loss does not emerge) and this therefore would lead to a situation where the currency loss is nowhere tax deductible, not in Italy (the source country) and not in Germany (the resident country). Insofar the currency loss can be seen as a real economic loss, it should therefore be tax deductible in Germany, as deduction in Italy is not possible.

6. Lidl Belgium^{15 16}

The facts in this case are very straight forward and easily to comprehend. Lidl Belgium GmbH & Co KG (hereinafter called Lidl), a German partnership, established in Germany, carries out its business activities (trade and sale activities) through, inter alia, a permanent establishment situated in Luxembourg. In 1999, the financial year in dispute, Lidl incurred a loss from that permanent establishment, which it initially deducted in Germany in calculating its total income. The German tax office refused to allow the deduction. The losses were merely taken into account by the German tax administration for progression reasons in determining the partners' personal tax rates. The matter came before the German *Bundesfinanzhof*, which referred the case to the ECJ for a preliminary ruling.

The relevant double taxation convention concluded between Germany and Luxembourg¹⁷ provides for the exemption method in relation to the income of a permanent establishment.¹⁸ Where the company is resident in Germany, income subject to tax in Luxembourg is to be excluded from the taxable income in Germany. The *Bundesfinanzhof* indicates that it has interpreted that provision to mean that losses as well as profits made by a permanent establishment in Luxembourg are excluded from the German company's taxable income.

In dispute is a strict application of the exemption method by Germany, in which both foreign profits and foreign losses of a foreign permanent establishment are excluded from the tax base. First of all the ECJ argues that this situation constitutes a restriction, as domestic permanent establishments are treated more favourably compared to foreign permanent establishment. In the first situation loss relief when calculating the profits and taxable income of the principal company is possible, in the latter it is not.

¹⁵ ECJ, 15 May 2008, Case C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*.

¹⁶ See also: G. T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, European Taxation, Volume 48, Number 5, May 2008, p. 233-236.

¹⁷ Convention between the Grand Duchy of Luxembourg and the Federal Republic of Germany for the avoidance of double taxation and relating to mutual administrative and legal assistance in the fields of taxation of income and capital and of business and land taxation, signed in Luxembourg on 23 August 1958 (BGBl. 1959 II, p. 1270).

¹⁸ Article 5, paragraph 1 in conjunction with Article 20, paragraph 2, 1st sentence, of the German-Luxembourg DTC.

After the ruling in the Marks & Spencer II case, it does not come as a surprise that the ECJ accepts two grounds for justification namely first the need to preserve the allocation of the power to impose taxes between the Member States concerned and second the need to prevent the danger of losses that might be taken into account twice. Concerning the first justification the Court describes this as follows in paragraph 32 of its ruling in Lidl Belgium: “To give companies the right to elect to have their losses taken into account in the Member State in which they are established or in another Member State would seriously undermine a balanced allocation of the power to impose taxes between the Member States, since the tax base would be increased in the first State, and reduced in the second, by the amount of the losses surrendered.” Furthermore the Court ruled that the German tax regime in question is appropriate for ensuring the attainment of the objectives pursued by it and must also be considered to be proportionate to the objectives pursued by it. Concerning a temporal loss of a foreign permanent establishment, there is no obligation following from the EC Treaty that the State of residence of the company is forced to take these losses into account by lowering the taxable base.

7. **Krankenheim**^{19 20}

The Krankenheim-case concerned a limited liability company established in Germany that also operated a permanent establishment in Austria. The company encountered losses for some years in Austria which were deductible in Germany on the basis of the application of a claw-back rule. When in the subsequent years the Austrian permanent establishment generated profits, Germany applied the recapture rule and taxed the Austrian profits (in so far as they did not exceed the previously deducted Austrian losses), while at the same time in Austria the profits were taxable because on the basis of domestic tax legislation, the previously suffered losses could not be credited against the profits. The end effect of both German and Austrian domestic tax legislation was that the Austrian profits of the Austrian

¹⁹ ECJ, 23 October 2008, Case C-157/07, *Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v. Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*.

²⁰ See also, G. T.K. MEUSSEN, *The ECJ's Judgment in Krankenheim – The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?*, European Taxation, Volume 49, Number 7, July 2009, p. 361-363.

permanent establishment were taxed both in Germany and in Austria. The question was which state should resolve this situation of double taxation e.g. if community law obliged to some kind of solution.

Decisive paragraph in the *Krankenheim*-ruling is paragraph 49 in which the Court states: "That competence also implies that a Member State cannot be required to take into account, for the purposes of applying its tax law, of the possible results arising from particularities of legislation in another Member State applicable to a permanent establishment situated in the territory of the said State which belongs to a company with a registered office in the first State." And in paragraph 50 the Court states: "The Court has held that freedom of establishment cannot be understood as meaning that a Member State is required to draw up its tax rules on the basis of those in another Member State in order to ensure, in all circumstances, taxation which removes any disparities arising from national tax rules, given that the decisions made by a company as to the establishment of commercial structures abroad may be to the company's advantage or not, according to circumstances."

The Court therefore does not mend the situation of double taxation which result from the different national tax rules on company loss relief. If the state of source changes its domestic tax legislation in such a way that it limits the possibilities of domestic cross-border relief, the state of origin where the parent company or the headquarters of the company in question are situated, is not obliged to take a possible evaporated foreign temporal loss into consideration.

8. Epilogue

Cross-border loss relief may be provided by Member States on a voluntary basis, but it is not an obligatory consequence of primary or secondary community legislation. The obligation to provide for cross-border loss relief only arises in situations of terminal (final) losses. One may predict that future case law of the European Court of Justice will focus on the way in which the amount of terminal losses encountered in the source state should be calculated and when foreign losses can be considered to be final.

Concerning the first aspect, an example can be drawn from tax legislation in the Netherlands. The Dutch Corporate Income Tax Act 1969 contains a provision within the participation exemption (Article 13d) that

provides for the deductibility of liquidation losses of a foreign subsidiary. The deductible liquidation loss of a foreign subsidiary is calculated according to Dutch tax law on the basis of the liquidation revenues minus the historical amount that has been paid for (has been sacrificed) to obtain the shares of the foreign subsidiary including subsequent formal and informal capital contributions. The in this way calculated deductible foreign liquidation loss of the foreign subsidiary has no connection what so-ever with the amount of foreign losses that actually evaporated in the country of the subsidiary itself upon liquidating the subsidiary. The question arises whether the way in which the deductible foreign liquidation is calculated on the basis of Dutch tax legislation, is in conformity with the freedom of establishment as laid down in Articles 43 and 48 EC Treaty. Furthermore, the afore mentioned Article 13d Dutch Corporate Income Tax Act 1969 contains a lot of anti-abuse provisions and also there the question is if they do not go further than is strictly necessary to secure a proper functioning tax system of deductibility of liquidation losses of a foreign subsidiary.

At the community level two developments are of relevance. First of all the Commission has launched a Communication on cross border loss relief in the year 2006.²¹ This is the second effort of the Commission to launch an initiative for some kind of coordination in this matter. Lately nothing much has been heard about any progress made in the negotiation process to come up with a text of a draft Directive that is agreeable for all twenty seven Member States. Expectations concerning a successful adoption of a possible Directive on cross-border loss relief by all the Member States are therefore at present relatively low. The Commission stresses that the limited availability of cross-border loss relief is one of the most significant obstacles to cross-border business activity and an effective internal market.

The Common Consolidated Corporate Tax Base²² and Home State Taxation²³ initiatives of the Commission are the other development that

²¹ See: "The European Commission proposes an EU co-ordinated approach on relief for losses incurred in other Member States (cross-border loss relief)", European Commission Press Release IP/06/1825, 19 December 2006. And also: Communication of 19 December 2006 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on tax treatment of losses in cross-border situations, COM(2006) 824 final.

²² European Commission, *Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, 23 October 2001, COM(2001) 582.

²³ European Commission, *Outline of a Possible Experimental Application of Home State*

can be seen as a big step forward in solving the problems that occur out of a lack of cross-border loss relief for companies within the European Union. But one can have great doubts concerning the political viability of such Community concepts.

Furthermore, in times of an economic crises and massive state intervention in the financial sector, one can imagine that states are looking for possibilities to increase their tax revenues in order to lower their state budget deficit. A strict application of the territoriality principle can then become an attractive tax policy in the eye of many politicians.

Taxation to Small and Medium-Sized Enterprises, 24 June 2004.

Panoramica sulle recenti decisioni della Corte di Giustizia Europea concernenti la compensazione delle perdite transfrontaliere a livello societario (Marks & Spencer II, Columbus Container Services, Deutsche Shell, Lidl Belgium, Krankenhaus).

Gerard T.K. Meussen*

* Professore di Diritto Tributario alla *Radboud University Nijmegen* (Paesi Bassi) e consulente tecnico della *BDO CampsObers Tax Advisers* a Tilburg (Paesi Bassi). L'autore può essere contattato all'indirizzo: g.meussen@jur.ru.nl. (Traduzione italiana di Domenico Buonviaggio).

SOMMARIO: 1. *Introduzione*; 2. *Marks & Spencer II*; 3. *Recepimento nazionale della Marks & Spencer II*; 4. *Columbus Container Services*; 5. *Deutsche Shell*; 6. *Lidl Belgium*; 7. *Epilogo*

1. Introduzione

L'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea (CGE) in merito alla compensazione delle perdite transfrontaliere è stata molto interessante da seguire e giunge ai confini del diritto comunitario. L'imposizione di un gruppo di società in forma consolidata è in contrasto con l'applicazione del principio di territorialità. Dato il fatto che le imposte dirette non sono armonizzate nell'Unione Europea e che non esiste alcuna direttiva applicabile sulla compensazione delle perdite transfrontaliere, la CGE deve operare sulla base delle libertà sancite dal Trattato ce. Compete agli Stati Membri adoperarsi per avere una legislazione comunitaria di più ampia portata.

La Corte deve da un lato tener conto dell'interesse nazionale dei Paesi Membri mentre dall'altro alcune tipologie di tassazione societaria vanno a beneficio delle attività economiche transfrontaliere ed a tutela della libertà d'impresa¹ (art. 43 e 48 del Trattato ce). Nel bilanciare questi interessi, la Corte ha sviluppato una linea di ragionamento coerente esortando indirettamente gli Stati Membri a risolvere realmente i problemi mediante la legislazione comunitaria.

2. Mark & Spencer II²

Il nucleo del conflitto sul contenzioso nel caso Mark & Spencer II era la questione se il Regno Unito potesse essere obbligato ad espandere il sistema di sgravio di gruppo alle consociate non residenti permettendo così la compensazione delle perdite transfrontaliere.

In questa famosissima sentenza la Corte rigettò generalmente l'obbligo per il Paese d'origine di applicare regole sulla compensazione delle perdite transfrontaliere, ma affermò inoltre nel paragrafo 59: «*However, it is contrary to Articles 43 EC and 48 EC to prevent the resident company from doing so where the non-resident subsidiary has exhausted the possibilities available in its State of residence of having the losses taken into account for the accounting period concerned by the claim for relief and also for previous accounting periods and where there are no possibilities for those losses to be taken into account in its State of residence for future periods either by the subsidiary itself or by a third party, in particular where the subsidiary has been sold to that third party*»³.

La Corte quindi ha fatto chiaramente una distinzione tra le perdite estere temporanee e definitive per quanto riguarda l'obbligo europeo di prevedere la compensazione delle perdite transfrontaliere.

Per quanto riguarda le perdite temporanee di una stabile organizzazione estera o di una controllata estera, il Trattato CE non comprende l'obbligho

¹ L'assenza di una compensazione delle perdite transfrontaliere in relazione a paesi terzi non può essere impugnata dinanzi alla Corte di Giustizia Europea, così come la libertà di stabilimento non si applica in relazione a paesi terzi. Confronta CGCE, 6 novembre 2007, causa C-415/06, *Stahlwerk Ergste Westig GmbH / Finanzamt Düsseldorf-Mettmann*.

² CGE, 13 Dicembre 2005, Caso C-446/03, *Marks & Spencer plc. v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*.

³ La Corte statui in maniera analoga in un caso concernente il tresaferimento di profitti dalla Finlandia ad una società estera in perdita : CGCE, 18 Luglio 2007, Caso C-231/05, *Oy AA*.

go per il Paese di origine di prendere in considerazione le perdite straniere. Può farlo per una questione di politica fiscale per creare e favorire un clima fiscale favorevole per le imprese, ma non è una conseguenza logica né tanto meno un obbligo della legislazione comunitaria.

3. Recepimento nazionale della *Mark & Spencer II*

A seguito della sentenza *Marks & Spencer II*, tutti gli Stati membri hanno dovuto monitorare la loro legislazione fiscale, al fine di determinare se essa fosse compatibile con questa sentenza. La compatibilità si riferisce chiaramente alla possibilità di una compensazione delle perdite transfrontaliere derivanti da stabili organizzazioni e controllate estere. In dettaglio, questo stimolo alla compatibilità lascia ancora delle discussioni in sospeso, in situazioni come ad esempio il Regno Unito e la Germania, dove i governi ritengono che la legislazione non debba essere modificata, mentre gli esperti in materia fiscale difendono la tesi opposta.

Il 18 settembre 2008⁴, tuttavia, la Commissione ha annunciato di aver inviato al Regno Unito un parere motivato ai sensi art. 226 del trattato CE chiedendo al Regno Unito di applicare correttamente la sentenza della Corte di Giustizia sul caso *Marks & Spencer II* (C-446/03).

La Commissione sostiene che, sebbene il Regno Unito abbia modificato la sua legislazione fiscale sulla compensazione delle perdite transfrontaliere, si impongono ancora le condizioni che rendono impossibile o quasi impossibile beneficiare di agevolazioni fiscali relative alle perdite straniere definitive in un sistema britannico di sgravio di gruppo. Questo dipende soprattutto dai seguenti temi:

1. Agli occhi della Commissione, il legislatore fiscale del Regno Unito applica una interpretazione eccessivamente restrittiva della condizione per cui non vi dovrebbe essere alcuna possibilità di utilizzare la perdita nello Stato della società controllata;
2. Inoltre, la Commissione afferma che il termine per determinare o meno la condizione che non vi sia alcuna possibilità di utilizzo della perdita nello Stato della controllata è ingiustamente fissato immediatamente dopo la fine del periodo contabile in cui le perdite aumentano⁵;

⁴ Comunicato stampa della Commissione Europea IP/08/1365, 18 Settembre 2008.

⁵ Probabilmente il tempo è troppo corto per assicurare un corretto funzionamento della

3. Il sistema del Regno Unito di sgravio di gruppo nei confronti delle perdite subite dalle società controllate stabilite in altri Stati membri può essere chiesto solo entro 12 mesi (esteso in caso di indagini da parte del Fisco), dopo la data di consegna della dichiarazione dei redditi della società;
4. La normativa fiscale modificata si applica solo alle perdite subite dopo il 1 ° aprile 2006.

L'esempio del Regno Unito dimostra come possa darsi una situazione disposta dal legislatore fiscale in cui, nonostante le perdite finali delle imprese straniere e delle controllate estere siano in linea di principio deducibili dalla base imponibile nazionale, e in questo modo siano forniti degli sgravi fiscali, le condizioni possono essere così severe, tanto che alla fine è (quasi) impossibile dedurre le perdite straniere. È facile capire che questo porterà a una violazione della libertà d'impresa (Art. 43 e 48 del trattato CE).

In Germania, una delle condizioni del *Organschaft* tedesca (una sorta di uniformità fiscale/consolidamento) è ancora la presenza di una cosiddetta '*Gewinnabführungsvertrag*', un contratto che, in base al diritto civile tedesco, è concordato tra la società capogruppo tedesca e la società controllata grazie al quale la controllata è tenuta a pagare i suoi profitti alla casa madre. Giacché una controllata estera non è mai in grado di soddisfare tale requisito, la questione è se questa situazione di fatto sia legittimata non solo a negare l'*Organschaft* ad una controllata estera, ma in questo modo neghi anche ogni possibilità di una compensazione delle perdite transfrontaliere delle perdite finali di un controllata estera.

4. Columbus Container Services^{6 7}

Columbus Container Services BVBA & Co. (in prosieguo: Colombo) è una società in accomandita semplice (LLP) di diritto belga, che al momento dei fatti nella causa principale, aveva la sua sede ad Anversa (Belgio). Nel contestato anno 1996 le sue azioni erano detenute da otto

compensazione delle perdite transfrontaliere di una controllata estera.

⁶ CGE, 6 Dicembre 2007, Caso C-298/05, *Columbus Container Services BVBA & Co. v. Finanzamt Bielefeld-Innenstadt*

⁷ Confronta anche: G. T.K. MEUSSEN, *Columbus Container Services – A victory for the Member States' Fiscal Autonomy*, in *European Taxation*, Volume 48, Number 4, April 2008, p. 169-173.

persone fisiche che vivevano in Germania, delle quali almeno sei appartenevano alla stessa famiglia, che detenevano ciascuno il 10% delle azioni. Oltre a questo, una società tedesca, i cui soci erano residenti in Germania, deteneva il restante 20% delle azioni. I soci di questa società tedesca appartenevano alla stessa famiglia. All'assemblea generale della Colombo, tutti gli azionisti erano rappresentati dalla stessa persona. Colombo è un centro di direzione belga che, favorito da uno speciale regime fiscale belga^{8 9 10}, è soggetto ad un livello di tassazione in Belgio significativamente più basso di quel che normalmente è dovuto.

Attraverso questo regime favorevole, il livello di tassazione in Belgio è a meno del 30% degli utili effettivamente conseguiti.

Columbus è un membro di un gruppo economico importante a livello internazionale. Il suo scopo consiste nel coordinamento delle attività del gruppo. Esse riguardano, in particolare, la centralizzazione delle operazioni finanziarie e di contabilità, il finanziamento della liquidità delle filiali e succursali, l'informatizzazione dei dati e delle attività di pubblicità e di marketing. Columbus ha guadagnato nel corso del 1996 profitti derivanti dagli 'utili commerciali'¹¹ per euro 4.113.148 e "altre entrate" pari a euro 27.342. Da queste informazioni, come indica-

⁸ Nella sua decisione del 17 Febbraio 2003 (2003/757/EC) la Commissione Europea decise che lo speciale regime fiscale belga per i centri di direzione in Belgio costituiva un aiuto di Stato. La decisione della Commissione fu motivata dalla deviazione dalle *guidelines* dell'OCSE sul *cost-plus method*:

- Costi significativi (finanziari e di staff) erano esclusi dalla base imponibile;
- Il margine di profitto era stabilito generalmente al 8%, eccetto del lavoro di fatto eseguito.

Era poco probabile che il reddito imponibile così determinato coincidesse con il reddito determinato secondo il diritto tributario ordinario. Le stesse argomentazioni furono sostenute per le esenzioni dalle *property tax*, *withholding tax* e dalla *capital duty*. La decisione della Commissione fu confermata dalla Corte nel suo giudizio di Seconda Camera del 22 giugno 2006 nelle cause congiunte C-182/03 and C-217/03.

⁹ Per una descrizione del regime fiscale dei centri di direzione belgi cfr.: J. MALHERBE - M. WATHELET, *Pending Cases Filed by Belgian Courts: Belgian Coordination Centres* (C-182/03, C-217/03, C-399/03, C-176/03, and C-433/04, p. 31-52, in: M. LANG, J. SCHUCH AND C. STARINGER, *ECJ Recent Developments in Direct Taxation*, Linde Verlag, Vienna, Austria, 2005 in collaborazione con Kluwer Law International.

¹⁰ Infine, dopo vari emendamenti, il Governo belga rinunciò a detto speciale regime fiscale. Invece, come generale misura di ripiego, in vigore dall'anno d'imposta 2007 (normalmente l'anno contabile 2006), introdusse una deduzione fiscale per *equity*, anche etichettata quale deduzione di interesse teorico. Questa disposizione fiscale generale non fu ritenuta un aiuto di Stato dalla Commissione Europea.

¹¹ Il termine 'utili commerciali' sembra poco pertinente poichè Columbus non è impegnato in un *business* commerciale ma rende servizi nel campo finanziario.

to nella sentenza, si può desumere che Colombo ha una reale sostanza economica in Belgio e si può desumere - in quanto non diversamente indicato - che il profitto della Columbus è stato considerato *at arms' length principles* (ad esempio, il metodo "cost-plus" viene applicato). Un elemento importante del caso Columbus è il fatto che uno Stato possa applicare il metodo del credito come forma di legislazione CFC in materia di stabili organizzazioni estere e quindi da una prospettiva europea è consentito scegliere il metodo di esenzione o il metodo del credito, a seconda del livello di tassazione nello Stato della fonte, anche se ciò porta ad ignorare il trattato. Si deve tenere presente che ignorare il Trattato di per sé non rientra nel campo di applicazione del diritto comunitario e, pertanto, è al di fuori della competenza della Corte di giustizia europea.

Un altro elemento importante del caso Columbus è il fatto che la Corte riconosca che gli Stati membri possono diversificare la loro legislazione fiscale in relazione al tipo di società che si utilizza. È pertanto consentito avere un sistema fiscale in cui le perdite di stabili organizzazioni estere siano deducibili dalla base imponibile nazionale con l'applicazione di un recupero per quanto riguarda i profitti esteri futuri pur negando questo tipo di sgravio sulle perdite in riferimento ad una controllata estera. La Corte inoltre afferma ai paragrafi 52 e 53 della sua sentenza, che questo è permesso a condizione e fintanto che tali società estere non siano trattate in un modo che sia discriminatorio a confronto con analoghe imprese nazionali. Ciò è stato confermato in una recente sentenza della Corte suprema olandese¹² riguardante una società madre olandese e una filiale tedesca. Il tribunale olandese ha stabilito che - in assenza di un consolidato fiscale olandese - non vi era alcun obbligo europeo per la società madre olandese di prendere in considerazione la perdita temporanea della filiale tedesca in quanto ciò non era dovuto per una controllata olandese, non facendo parte di un consolidato fiscale. Il fatto che se la società olandese avesse avuto una stabile organizzazione tedesca invece che una controllata tedesca le perdite straniere sarebbero state deducibili dalla base imponibile nazionale olandese, non modifica questa visione come la Corte suprema olandese ha affermato con riferimento alla sentenza Columbus.

¹² Corte Suprema Olandese 2 Ottobre 2009, Nr. 08/00900.

5. Deutsche Shell¹³ ¹⁴

Deutsche Shell è un esempio dell'opinione della Corte di Giustizia che una perdita permanente straniera generata in un gruppo multinazionale, dovrebbe essere ammessa in deduzione. In primo luogo nel Paese della fonte, ma se ciò è di fatto impossibile, dovrebbe essere preso in considerazione nel Paese di origine.

Deutsche Shell, una società con propria sede legale e attività principale in Germania, nel 1974 impiantò una stabile organizzazione in Italia, ai fini della prospezione ed estrazione di gas naturale e petrolio. Tra il 1974 e il 1991, Deutsche Shell investì capitale in quello stabilimento sotto forma di capitale d'avviamento.

I profitti rimpatriati in Germania dalla stabile organizzazione italiana erano stati dedotti dal "capitale d'avviamento" in importi calcolati sulla base del tasso di cambio del marco tedesco con la lira italiana nel giorno in cui ogni pagamento era stato effettuato da tale stabile organizzazione a Deutsche Shell. Il caso Deutsche Shell riguarda la deducibilità delle perdite su cambi con riferimento al periodo pre-euro.

Il 28 febbraio 1992, Deutsche Shell aveva trasferito il patrimonio della sua stabile organizzazione italiana ad una società controllata italiana, Sierra Gas Srl, con un'operazione che avrebbe dovuto far emergere le sue riserve occulte in Italia. Il trasferimento degli *assets* pose fine alla stabile organizzazione italiana di Deutsche Shell.

Di conseguenza la perdita su cambi non era considerata deducibile in Italia in quanto non faceva parte degli utili della stabile organizzazione tassati in Italia. In Italia, per il calcolo del profitto, il risultato della stabile organizzazione era stato calcolato in lire italiane.

In Germania, sulla base di una normativa specifica, la perdita su cambi della stabile organizzazione estera non era deducibile fiscalmente; essa poteva essere dedotta solo come spesa di funzionamento, in quanto nessuno dei profitti esenti da imposta era stato ottenuto dalla stabile organizzazione italiana.

¹³ CGE, 28 Febbraio 2008, Caso C-293/06, *Deutsche Shell GmbH v. Finanzamt für Grossunternehmen in Hamburg*

¹⁴ Cfr. anche: G. T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, *European Taxation*, Volume 48, Number 5, May 2008, p. 233-236.

Prima di tutto la Corte afferma che spetta al giudice nazionale stabilire se le fluttuazioni valutarie oggetto nella causa principale abbiano portato ad una perdita in questione che costituisce una perdita economica reale incidente sui risultati di Deutsch Shell per l'esercizio in questione.

Ma poi la Corte conclude che il sistema fiscale tedesco è un ostacolo alla libertà di stabilimento, perché la perdita su cambi non può essere presa in considerazione in Italia (in quanto Stato dove la stabile organizzazione è situata ma in cui la perdita su cambi non emerge; e ciò porterebbe ad una situazione in cui la perdita non è deducibile in nessun luogo, né in Italia (Paese di origine) né in Germania (il Paese di residenza). Nella misura in cui la perdita su cambi può essere considerata come una perdita economica reale, essa dovrebbe essere deducibile in Germania, dato che la deduzione in Italia non è possibile.

6. Lidl Belgium¹⁵ ¹⁶

I fatti in questo caso sono molto semplici e facili da comprendere. Lidl Belgium GmbH & Co KG (di seguito denominata Lidl), una società tedesca, con sede in Germania, svolgeva le proprie attività (commerciali e di vendita) attraverso, tra l'altro, una stabile organizzazione in Lussemburgo. Nel 1999, Lidl aveva subito una perdita proveniente dalla stabile organizzazione, che inizialmente detrasse in Germania nel calcolo del suo reddito complessivo. L'ufficio delle imposte tedesco aveva rifiutato di riconoscere la deduzione. Le perdite sono state prese in considerazione esclusivamente dall'amministrazione fiscale tedesca, per motivi di progressività nel determinare le aliquote d'imposta dei soci. La questione fu sollevata innanzi al *Bundesfinanzhof* tedesco, che sottopose il caso alla Corte di Giustizia Europea in via pregiudiziale.

Il vigente trattato sulla doppia imposizione concluso tra la Germania e il Lussemburgo¹⁷ prevede il metodo dell'esenzione in relazione al reddito di

¹⁵ CGE, 15 Maggio 2008, Caso C-414/06, *Lidl Belgium GmbH & Co. KG v. Finanzamt Heilbronn*

¹⁶ Cfr. anche: G. T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, European Taxation, Volume 48, Number 5, May 2008, p. 233-236.

¹⁷ Convenzione tra il Granducato del Lussemburgo e la Repubblica Federale di Germania per evitare la doppia imposizione, firmata in Lussemburgo il 23 Agosto 1958 (BGBl.

una stabile organizzazione¹⁸. Qualora la società sia residente in Germania, il reddito soggetto ad imposta in Lussemburgo è da scorporare dal reddito imponibile in Germania. Il *Bundesfinanzhof* indica di aver interpretato tale disposizione nel senso che le perdite così come gli utili realizzati da una stabile organizzazione in Lussemburgo sono esclusi dal reddito imponibile della società tedesca.

E' in discussione una rigida applicazione del metodo dell'esenzione da parte della Germania, in cui sia i profitti che le perdite estere di stabile organizzazione estera sono escluse dalla base imponibile. Prima di tutto la Corte sostiene che questa situazione costituisca una restrizione, in quanto le stabili organizzazioni estere ricevono un trattamento più favorevole rispetto ad una società controllata estera. Nella prima circostanza la compensazione delle perdite è possibile nel calcolo degli utili e del reddito imponibile della società madre, nella seconda non lo è.

Dopo la sentenza nella causa Marks & Spencer II, non è una sorpresa che la Corte di giustizia europea accetti due motivi di giustificazione: vale a dire in primo luogo la necessità di preservare la ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri interessati, e in secondo luogo la necessità di prevenire i rischi di perdite che potrebbero essere prese in considerazione due volte. Riguardo alla prima motivazione, la Corte la esplicita così nel paragrafo 32 della sua sentenza Lidl Belgium: «*To give companies the right to elect to have their losses taken into account in the Member State in which they are established or in another Member State would seriously undermine a balanced allocation of the power to impose taxes between the Member States, since the tax base would be increased in the first State, and reduced in the second, by the amount of the losses surrendered*». Inoltre la Corte ha statuito che il regime fiscale tedesco in questione è appropriato e proporzionato per garantire il conseguimento degli obiettivi da lei perseguiti. Per quanto riguarda una perdita temporanea di una stabile organizzazione estera, non vi è alcun obbligo disposto dal Trattato CE per lo Stato di residenza della società di prendere queste perdite in considerazione riducendo la base imponibile.

1959 II, p. 1270).

¹⁸ Articolo 5, paragrafo 1 in combinato con l'art. 20, paragrafo 2, prima sentenza della *German-Luxembourg DTC*.

7. **Krankenheim**¹⁹ ²⁰

Il caso *Krankenheim* riguardava una società a responsabilità limitata con sede in Germania operante anche in Austria con una stabile organizzazione. La società ha riscontrato perdite per alcuni anni in Austria, che erano deducibili in Germania, sulla base dell'applicazione della legge sul recupero. Quando negli anni successivi la stabile organizzazione in Austria ha generato profitti, la Germania ha applicato la legge sulle riacquisizioni tassando gli utili austriaci (nella misura in cui essi non superino le perdite austriache precedentemente dedotte), mentre allo stesso tempo, in Austria, gli utili erano imponibili in quanto, sulla base della normativa fiscale nazionale, le perdite subite in precedenza non potevano essere compensate con gli utili. L'effetto finale dell'applicazione di entrambe le normative fiscali nazionali, tedesca e austriaca, è stato che i profitti austriaci della stabile organizzazione austriaca sono stati tassati sia in Germania che in Austria. La questione era quale Stato avrebbe dovuto risolvere questa situazione di doppia imposizione, i.e. se il diritto comunitario obbligasse ad un qualche tipo di soluzione.

Punto decisivo nella sentenza *Krankenheim* è il paragrafo 49, in cui la Corte afferma: «*That competence also implies that a Member State cannot be required to take into account, for the purposes of applying its tax law, of the possible results arising from particularities of legislation in another Member State applicable to a permanent establishment situated in the territory of the said State which belongs to a company with a registered office in the first State.*» E nel paragrafo 50 la Corte afferma: «*The Court has held that freedom of establishment cannot be understood as meaning that a Member State is required to draw up its tax rules on the basis of those in another Member State in order to ensure, in all circumstances, taxation which removes any disparities arising from national tax rules, given that the decisions made by a company as to the establishment of commercial structures abroad may be to the company's advantage or not, according to circumstances.*»

La Corte, pertanto, non corregge la situazione di doppia imposizione che deriva da diverse normative fiscali nazionali in materia di compensazione delle perdite delle società. Se lo Stato della fonte modifica la pro-

¹⁹ CGE, 23 Ottobre 2008, Caso C-157/07, *Finanzamt für Körperschaften III in Berlin v. Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*.

²⁰ Cfr. anche, G.T.K. MEUSSEN, *The ECJ's Judgment in Krankenheim – The Last Piece in the Cross-Border Loss Relief Puzzle?*, *European Taxation*, Volume 49, N. 7, July 2009, p. 361-363.

pria normativa fiscale nazionale in modo tale da limitare le possibilità di compensazioni nazionali-transfrontaliere, lo Stato di origine della società madre, non è obbligato a prendere in considerazione una possibile perdita temporale straniera.

8. Epilogo

La compensazione delle perdite transfrontaliere può essere consentita dagli Stati membri su base volontaria, ma non è una conseguenza dell'applicabilità del diritto comunitario primario o secondario. L'obbligo di fornire una compensazione delle perdite transfrontaliere si pone soltanto in situazioni di perdite permanenti. Si può prevedere che la futura giurisprudenza della Corte di giustizia europea si concentrerà sul modo in cui dovrebbe essere calcolato l'ammontare delle perdite permanenti affrontate nello Stato d'origine e sul quando le perdite straniere possano essere considerate definitive.

Per quanto riguarda il primo aspetto, un esempio si può trarre dalla legislazione fiscale dei Paesi Bassi. Il *Dutch Corporate Income Tax Act* del 1969 contiene una disposizione di *participation exemption* (Art. 13d) che prevede la deducibilità delle perdite da liquidazione di una controllata estera. La deducibilità delle perdite da liquidazione di una controllata estera è calcolata in base alla normativa fiscale olandese, sulla base dei ricavi della liquidazione meno l'importo storico che è stato pagato per ottenere le azioni della controllata estera comprese le successive dotazioni di capitale formali e informali. La perdita così calcolata come deducibile proveniente dalla liquidazione della controllata estera non ha alcun tipo di connessione con l'ammontare effettivo svanito nel Paese della controllata stessa subito dopo averla liquidata. Si pone la questione se il modo in cui è calcolata la liquidazione estera deducibile sulla base della normativa fiscale olandese, è in conformità con la libertà di stabilimento di cui agli articoli 43 e 48 del trattato CE. Inoltre, il citato articolo 13d del *Dutch Corporate Income Tax Act* del 1969 contiene molte disposizioni anti-abuso e a tal proposito bisogna chiedersi se non si vada oltre quanto è strettamente necessario per garantire un adeguato sistema della deducibilità fiscale delle perdite di liquidazione di una controllata estera.

A livello comunitario, due sviluppi sono rilevanti. Prima di tutto, nel 2006, la Commissione ha prodotto una comunicazione sulla compensazio-

ne delle perdite transfrontaliere²¹. Questo è il secondo tentativo della Commissione di lanciare un'iniziativa per una sorta di coordinamento in questa materia. Ultimamente non si è sentito parlare molto di eventuali progressi compiuti nel processo di negoziazione per elaborare un testo di un progetto di direttiva che sia soddisfacente per tutti e ventisette gli Stati membri. Le speranze circa l'adozione con successo di una direttiva sulla compensazione delle perdite transfrontaliere da parte di tutti gli Stati membri sono al momento relativamente basse. La Commissione sottolinea che le limitate aperture per le compensazioni delle perdite transfrontaliere sono uno degli ostacoli più significativi per le attività di mercato transfrontaliere e per un mercato interno efficace.

Le iniziative della Commissione sulla *Common Consolidated Corporate Tax Base*²² e la *Home State Taxation*²³ sono altri sviluppi che possono essere visti come un grande passo in avanti verso la soluzione dei problemi che si verificano in mancanza della compensazione delle perdite transfrontaliere per le imprese all'interno dell'Unione europea. Ma si possono avere grandi dubbi in merito all'attuabilità politica di tali progetti comunitari.

Inoltre, in tempi di crisi economica e di massiccio intervento dello Stato nel settore finanziario, si può immaginare che gli Stati siano alla ricerca di possibilità per aumentare le loro entrate fiscali, al fine di ridurre i propri deficit di bilancio. Una rigorosa applicazione del principio di territorialità può allora indurre a politiche fiscali attraenti agli occhi di molti politici.

²¹ Cfr.: *The European Commission proposes an EU co-ordinated approach on relief for losses incurred in other Member States (cross-border loss relief)*, European Commission Press Release IP/06/1825, 19 December 2006. e anche: Communication of 19 December 2006 from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on tax treatment of losses in cross-border situations, COM(2006) 824 final.

²² EUROPEAN COMMISSION, *Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, 23 Ottobre 2001, COM(2001) 582.

²³ EUROPEAN COMMISSION, *Outline of a Possible Experimental Application of Home State Taxation to Small and Medium-Sized Enterprises*, 24 giugno 2004.

The mutual assistance in tax matters. Situation and perspectives in the EU Member States*

Giovanni Puoti

* Speeches presented by the author as the chairman of the Congress *The mutual assistance in tax matters. Situation and perspectives in the EU Member States*, held in Sapienza Università di Roma, 26 January 2009. Translation by Chiara Albano

CONTENTS: 1. *Introductory Statement*; 2. *Debate*; 3. *Final remarks*

1. Introductory Statement

The subject of today's meeting is "*The mutual assistance in tax matters. Situation and perspectives in the EU Member States*".

It's about an important theme for all of us: for the speakers intervened at the meeting and for all the guests who are present today. That's because international co-operation in the fiscal area, maybe, actually represents the history itself of the International Tax Law, an history which interlaces itself since the end of the XIXth century, when, within an internationalization of the relationships between the States (especially in the economical fields), the problem of a possible conflict among the State regulations with reference to the right to tax rose up immediately.

Due to the above, mentioned circumstances, in the last century the jurisprudence, the doctrine and the praxis have been oriented to the elaboration of an international co-operation theory and the principles of tax co-operation, leading – little-by-little - to what we can define as a "living right" (which is just the International Tax Law).

Obviously, this path found a set of problems, of internal nature as well.

For example, the topic of tax co-operation provided elements to get to a unitary notion of International Tax Law. As you know, it does exist a

bipartition between International Tax Law and International law on tax matters, which expresses, with reference both to source and contents, a depth diversification of the rules included in the different groups. Anyway, I've to say that today it has been arrived, at least, to a unitary definition of International Tax Law in order to individuate both the sectors and, therefore, for individuating both the position of the Member States within the international relationships (and then of the relevant and consequent right to tax) and of the taxpayers with reference to the protection of their positions.

Therefore, today's theme is particularly interesting and current, not only on the practical side but also on the theoretical side, and represents the common point of reference for several initiatives that will involve (for different aspects) almost all the people that will intervene during this meeting.

The first – and I would say the most important in this moment – is that relevant to the next meeting organised by the EATLP - *European Association of Tax Law Professors*, which will take place in Santiago de Compostela on the first days of June 2009.

So, the meeting of Rome is exactly intended to allow the Italian members of the Association to present the early results of their research and to let them have the possibility to compare with Italian and foreign colleagues, with the representatives of the financial institutions and all the people involved in this issue, in view of the final presentation of Santiago.

This is the reason why prof. Roman Seer from Bochum University (who I thank for accepting our invitation) has been proposed for the role of work co-ordinator and discussant. Indeed, professor Seer is the co-ordinator of the working-group that has been preparing the convention of Santiago since 2007, as well as the general relation.

Moreover, this initiative involves prof. Fabrizio Amatucci, member of the Academic Committee of the Association, and, of course, prof. Claudio Sacchetto, who – if I'm not mistaken – is a founder member of the Association (which nowadays is active from ten years).

With reference to this link, the speakers of today's meeting are (most of them) Italian professors who will take part to the Santiago's meeting presenting the same themes, and the program follows the same scheme adopted within the Association for the preparation of the research.

I also show our gratitude for being here to prof. Pedro Manuel Herrera Molina from the Complutense University of Madrid. He is a member of the EATLP working-group too that will enrich the results of our meet-

ing with an important contribution about the guidelines of the European Court of Justice in the field of tax co-operation.

Moreover, I would particularly thank the civil and military functionaries of the Italian Tax Administration (of which we have some representatives among the speakers) who collaborated with the Italian research group for the acquisition and valuation of the data.

I think that, today, the theme of international co-operation will be treated under all the main points of view, so, I'd say under a theoretical point of view, under an historical point of view, under a point of view of the research of the principles and – as we'll see in the second part of this meeting – under an operational and applicatory point of view as well.

I would mention another subject which is strictly linked to this meeting: our *International Tax Law Review*. All the people here, or most of them, are linked to this Review both with reference to the Scientific Committee and the Direction and the Organizing Committee. Then we have here our prestigious editor the “*Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato*” represented here by Dott. Antonio Licordari who represents the managing director of the Institute as well, Dott. Lamberto Gabrielli.

I've to remind you that our review - and I think professor Sacchetto (who actively collaborates with other international tax law reviews) will agree with me – has been the first specialized Review in the field of International Tax Law. It was founded exactly ten years ago - in January 1999 – so we could celebrate its first ten years. It's a review that, among great difficulties both under an organizational and financial profile, is trying to promote the study in depth of international tax law themes involving both Italian and foreign experts. Moreover, I think this has been one of the first (maybe the first) Tax Law Reviews to edit the articles of the correspondents of different Countries in the original languages and, most important, to utilize the system of the translation in English of the articles of the Italian experts in order to consent the maximum level of development against the foreign Countries. By doing so, we tried to represent a sort of “meeting point” between Italian and foreign authors; and, well, “meeting point” means sometimes a comparison or confrontation point for the ideas about different tax systems, common problems and differences that obviously exist between the systems.

Besides the Review we have a *Master Course in International Tax Planning*, which is also linked with this meeting. Established at Sapienza University since 1989, it allows students to approach the subject of Interna-

tional Tax Law involving a lot of Italian and foreign researchers. Since the first years of this course, we have organised a lot of conferences about foreign tax systems with the participation of professors from several States in order to have a discussion about the domestic Tax Law under a comparative point of view. The Master course still goes on and this meeting represents the beginning of the lessons for the current academic year.

I hope that today's discussion about the several subjects involved in this meeting could be useful to develop further synergies. Indeed, it exists a convergence through a common aim, which is the study in depth of International Tax Law. This convergence is possible through different ways: the Association (*EATLP*) of which a lot of European professors of tax law are members, the Review which collects not only the acts of this meeting but also the contribution that our Italian and foreign colleagues will give us about the aspects of international co-operation and the Master course that studies in depth this matter too.

The Master course develops not only the subject of International Tax Law. Indeed, prof. Pietro Selicato (who is the Master and the Review coordinator) and me have always believed that in order to enhance the knowledge of International Tax Law it is also necessary to study other subjects involved in the international operations. They are International Trade Law, Public and Private International Law, International Finance and the principles of International Accounting. The International Tax Law has towards these subjects the same role of the National Tax Law, as this one can be seen as a "second level" law. This is because the national tax rule becomes part of a structured economic and juridical system which already exists. The International Tax Law as well has the same structure. It refers indeed to a plurality of subjects between Law and Economics in a global perspective of the international tax phenomenon.

2. Debate

I would like to speak about the question raised by prof. Del Federico about the protection of the taxpayer with reference to the acquisition of tax information from a foreign State by the national Tax Authority.

I think we should divide two spheres: the first one concerns the relationship among States with reference to the exchange of tax information, the request and the compliance by the requested State. The other one, com-

pletely different, concerns the protection of the taxpayer (who is protected by the national rules in connection with the fiscal authority that is acting).

Although the request of information by the national Tax Authority constitutes a kind of increase of the Authority's powers, the acquired information is a part of those powers and it is used for carrying out of the tax assessment.

Because of this, when the Italian Tax Authority requests the French one to provide information about the incomes earned in France by a person who has the residence in Italy, it wouldn't be legitimate if the Italian taxpayer could stop the request of information or intervene in an inquiry activity. This is true owing to the principle of the *Administration's Presumption of Legitimacy* that exists in Italy and in the European Countries which are different from the Anglo-Saxon model. Another principle which is directly involved in this situation is the one of the *efficiency of the procedure*, so that the taxpayer cannot proceed against the inquiry act but only against the final act of the procedure when it violates his rights. It could even happen that the requesting State doesn't use the information asked, so it would be absurd to be opposed this request giving the taxpayer the possibility to ask to a judge for stopping the inquiry activity. This is true even in the opposite situation when a foreign State requests Italy about some information regarding Italian incomes earned by a non-resident that could be taxed in the requesting State. This taxpayer has for sure domestic rules that ensure the control on the tax assessment activity ran by the Revenue Service of his Country.

Finally, I think that it is correct that the Law doesn't provide any rule on these issues, because, otherwise, the national mechanisms of each State would be twisted by an excess of favour for the taxpayer. A solution would be to reach the harmonisation of the rules concerning the tax assessment of incomes in every State. Indeed, this point has not been achieved yet.

Anyway, the taxpayer is protected by the national rules and it has all the legal remedies provided by its national system. So, I'd disagree with prof. Del Federico's opinion, and I think it shouldn't be possible to appeal to the judge against the request of information (in theory it could even exist a damage but the problem is to assess which can be actually the damage resulting from a simple request of information). For this reason, I believe that whether one would appeal to the European Convention of Human Rights admitting the taxpayer to an immediate action, a consent to the acquisition of information, that would trigger, at least for Italy, an unequal treatment between the position of the taxpayer for which this information are available. I think everything should be related to the position of the national taxpayer.

3. Final remarks

I hope that this meeting has given prof. Seer and the other foreign colleagues the possibility of understanding the mechanisms and the functions of the Italian structures. Even because there are here a lot of entities working together: the Economy Ministry and the Finance Department, the Revenue Agency and the “Guardia di Finanza”. All of these institutions ensure the efficiency of the fiscal activities.

I have caught a correct prof. Seer’s remark about the training of those that develop this activity in the international field, which must be not only a technical training but also a cultural one because it is based on the idea of a united Europe. I would make sure to him that in Italy we have an adequate training activity in the field of International Tax Law, especially in Rome because, as I have already said, we have a Master course in International Tax Planning, which is organised by Sapienza University in collaboration with the “*Scuola Superiore dell’Economia e delle Finanze*” the cultural institute of the Economy and Finance Ministry. This course allows a collaboration between University and Public Administration with a continuous exchange of ideas, because the people who attend it are either graduated or professionals and in part functionaries of the fiscal Administration. We follow this aim not only in Rome but in other Italian Universities too. So I believe that Italy must be considered a Country that gives a strong cultural contribute to the exchange of information and to collaboration and unity at the European level.

After that I would also observe that a lot of interesting topics arose from the reports and the statements that we have been listening today.

Starting with the interesting topics pointed out by prof. Sacchetto’s report about the relationship between tax treaties and the Constitutional principles of the Member States. He has presented the example of the bank secrecy referring to Austria, which protects this matter in its Constitution. I think that this theme should be studied in depth and analyzed in close connection with another theme that has not been sufficiently studied by the researchers from all the Countries: the relationship among the Constitutional principles, those that are part of the same Act (the Constitution) and that could integrate or derogate to another one. This is a fundamental aspect because if the bank secrecy becomes a Constitutional principle it might rise a problem of legitimacy of a convention or of a request of information about bank matter in connection with that principle. Furthermore,

some researchers have stated that it would be possible in this case to refer to the principle of the ability-to-pay principle that forces the Administration to exactly determine the taxable income. In this way, article 53 of the Italian Constitution can be seen as a “super” constitutional rule, a far stronger disposition than the others. So I think it could be very useful to study the aspects of the interrelation among the Constitutional principles.

Last but not least, some other important issues are the ones proposed by prof. Amatucci with reference to the burden of proof and the limits in the exchange of information among States and the ones of prof. Del Federico about the protection of the taxpayer in the mutual assistance procedures.

What has really impressed me today is the possibility of a different treatment among taxpayers. Indeed, the one for which it is not requested the exchange of information can't intervene in the inquiry activity and has to wait the final act of the procedure to lodge an appeal whilst the one for which information are requested from a foreign Country could react immediately stopping the Administration's activity. This causes of course a problem of inequality.

In conclusion, today has been a useful day, full of achievements, and I hope that there will be in the future other chances to propose these matters again and to analyze in depth them, maybe, taking advantage of the kindness of our foreign colleagues, which I thank once again.

Thanks everybody.

La cooperazione internazionale in materia fiscale. Situazione e prospettive negli Stati membri dell'Unione Europea*

Giovanni Puoti

* Interventi dell'autore al Convegno internazionale su *La cooperazione internazionale in materia fiscale. Situazione e prospettive negli Stati membri dell'Unione Europea*, tenutosi a Roma il 26 gennaio 2009, del quale l'Autore ha presieduto i lavori.

SOMMARIO: 1. *Intervento introduttivo*; 2. *Intervento al dibattito*; 3. *Intervento conclusivo*

1. Intervento introduttivo

L'incontro odierno ha ad oggetto un tema vicino a tutti noi, ai relatori di questo Convegno ed a molti degli ospiti presenti in sala. Invero, il tema della cooperazione in materia fiscale rappresenta forse la stessa storia del diritto tributario internazionale, una storia che si intreccia fin dalla fine del 1800, fin dal momento in cui, nell'ambito di una sempre più intensa internazionalizzazione dei rapporti tra gli Stati (soprattutto in materia economica), si è posto immediatamente il problema della fiscalità delle operazioni internazionali sotto il profilo della possibile conflittualità degli ordinamenti statali con riferimento alla pretesa tributaria.

Per questo motivo, fin dal secolo scorso la giurisprudenza, la dottrina e la prassi si sono orientate all'elaborazione di una teoria della cooperazione internazionale, dei principi della cooperazione tributaria, portando a poco a poco a quello che possiamo dire è un diritto vivente, che è appunto il diritto tributario internazionale. Questo percorso, naturalmente, ha attraversato una serie di problematiche, anche di carattere interno.

Ad esempio, la materia della cooperazione ha fornito elementi per arrivare ad una nozione unitaria di diritto tributario internazionale. Come sapete vi è una bipartizione tra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario che esprime, con riferimento alla fonte ed ai contenuti, una diversificazione profonda delle norme che fanno parte dei due gruppi ma devo dire che oggi si è arrivati, in fondo, alla definizione unitaria di diritto internazionale tributario per individuare tutti e due i settori e, dunque, sia la posizione degli Stati nell'ambito dei rapporti internazionali e quindi della relativa, conseguente, pretesa fiscale, sia dei contribuenti in riferimento alla tutela delle loro posizioni.

Di conseguenza, l'argomento odierno è di particolare interesse ed attualità, non solo sul piano pratico ma anche su quello teorico, e rappresenta oggi il denominatore comune rispetto ad una serie di iniziative che vedono direttamente impegnati, per diversi aspetti, quasi tutti coloro che interverranno in questa giornata.

La prima, e direi la più importante in questo momento, è quella relativa al prossimo convegno che si terrà a Santiago de Compostela nei primi giorni di giugno di quest'anno, organizzato dalla EATLP – *European Association of Tax Law Professors*. E l'odierno incontro di Roma serve proprio a consentire ai componenti italiani dell'Associazione di presentare in Italia i primi risultati della loro ricerca e di confrontarsi con i colleghi italiani e stranieri, con i rappresentanti delle istituzioni finanziarie, con gli operatori del settore, in vista appunto della presentazione del loro rapporto finale al convegno di Santiago de Compostela.

Per questo motivo è stato proposto al prof. Roman Seer dell'Università di Bochum (che ringrazio per aver accettato il nostro invito) il ruolo di coordinatore dei lavori e di *discussant*. Il prof. Seer è infatti il coordinatore del gruppo di lavoro che dal 2007 sta preparando il convegno di Santiago de Compostela e, in tale veste, sta redigendo la relazione generale. Inoltre, questa iniziativa vede la presenza del prof. Fabrizio Amatucci, membro del Comitato Accademico dell'Associazione, oltre ovviamente al prof. Claudio Sacchetto che, se non vado errato, è socio fondatore dell'Associazione (che vanta ormai dieci anni di intensa attività).

Con riferimento a questo collegamento, i relatori oggi intervenuti sono in gran parte i professori italiani che parteciperanno al Convegno EATLP di de Compostela presentando in quella sede gli stessi temi ed il programma segue lo stesso schema adottato in sede associativa per la preparazione della ricerca.

Unico “estraneo” (si fa per dire, tenuto conto dei nostri consolidati rapporti), è il prof. Pedro Manuel Herrera Molina, dell’Università Complutense di Madrid (al quale pure esprimo la nostra gratitudine per la sua presenza), Corrispondente scientifico dalla Spagna della Rivista di Diritto Tributario Internazionale e componente anch’egli del gruppo di lavoro EATLP, che arricchirà i risultati del nostro Convegno con un importante contributo sugli orientamenti della Corte di giustizia europea in materia di cooperazione fiscale.

Un particolare ringraziamento va rivolto, infine, ai funzionari civili e militari dell’Amministrazione finanziaria italiana (di cui oggi abbiamo tra i relatori qualificati esponenti) che hanno collaborato con il gruppo italiano di ricerca nell’acquisizione e nella valutazione dei dati.

Come si desume, poi, dal titolo delle relazioni, credo che sia stata coperta a trecentosessanta gradi la materia della cooperazione internazionale in tutte le sfaccettature, direi quindi da tutti i punti di vista, sia sotto il profilo teorico, dell’analisi dei principi fondamentali, sia (come vedremo soprattutto nella seconda parte della giornata) sotto il profilo operativo e applicativo.

Detto questo, e quindi collegata adeguatamente la manifestazione di oggi al prossimo convegno di Santiago de Compostela, devo aggiungere che un secondo soggetto legato al convegno è la nostra Rivista di Diritto Tributario Internazionale. Tutti coloro che sono qui presenti o quasi tutti sono legati alla rivista, sia con riferimento al comitato scientifico, sia con riferimento alla direzione e al comitato di redazione. E qui ovviamente – non voglio fare pubblicità, anche perché tra l’altro abbiamo invitato il nostro prestigioso editore, l’Istituto Poligrafico dello Stato, ad essere presente nella persona del dott. Antonio Licordari che rappresenta anche l’Amministratore Delegato dell’Istituto il Dott. Lamberto Gabrielli. Avendo invitato un qualificato esponente dell’Istituto mi ritengo esonerato dal descrivere nel dettaglio il progetto editoriale che sta alla base della Rivista.

Devo però ricordare che la nostra Rivista, credo me lo possa riconoscere anche il prof. Sacchetto che tra l’altro è attivissimo membro di altre Riviste di diritto internazionale tributario, è stata la prima rivista specializzata in questa materia. Nata esattamente dieci anni fa, nel gennaio del 1999, (quindi possiamo festeggiare oggi il primo decennio di vita), è una rivista che con grandi difficoltà sotto il profilo organizzativo e, devo dire, sotto il profilo finanziario, sta cercando di portare avanti l’approfondimento delle tematiche di diritto tributario internazionale coinvolgendo

non solo gli studiosi italiani ma anche gli studiosi stranieri e, fra l'altro, credo che sia stata una delle prime riviste giuridiche se non la prima ad organizzare il sistema della pubblicazione in lingua originale con riferimento agli articoli dei corrispondenti dei diversi Paesi e soprattutto ha utilizzato il sistema della traduzione in inglese degli articoli degli studiosi italiani, in modo da consentire il massimo sviluppo possibile nei confronti dell'estero. Così facendo, abbiamo voluto rappresentare fin dall'inizio un punto d'incontro tra autori italiani e stranieri e punto d'incontro vuol dire anche punto di confronto delle idee sui diversi sistemi fiscali e quindi delle problematiche comuni e delle differenze che naturalmente esistono tra sistema e sistema.

Devo dire (e continuo in qualche modo a fare pubblicità) che accanto alla Rivista c'è un altro soggetto che partecipa all'organizzazione di questo Convegno: è il Master in Pianificazione Tributaria Internazionale che fin dal 1989 e, dunque, da oltre un ventennio, è stato istituito presso la Sapienza Università di Roma e da parecchi anni consente a moltissimi giovani di affacciarsi alle tematiche di diritto tributario internazionale coinvolgendo una pluralità di studiosi sia italiani che stranieri. Soprattutto nei primi anni di attività del Master abbiamo organizzato, proprio in questa sala, numerose conferenze sui sistemi fiscali stranieri coinvolgendo, appunto, docenti ed operatori dei vari Stati in modo da creare immediatamente il dialogo e il confronto sui temi più che del diritto tributario internazionale in senso stretto, del diritto tributario interno, in un'ottica che forse è stata inizialmente più di carattere comparativo che di analisi e sviluppo di tematiche di diritto tributario internazionale. Il Master continua e questo Convegno costituisce l'inizio delle lezioni dell'anno accademico in corso.

Spero che tra i numerosi soggetti coinvolti in questo Convegno (l'EATLP, la Rivista, il Master) vi sia la possibilità di sviluppare anche in futuro delle nuove sinergie. E in realtà vi è una convergenza verso un obiettivo comune che è quello dello studio e dell'approfondimento del diritto tributario internazionale; convergenza che appunto avviene attraverso sistemi diversi: con un'associazione (l'EATLP) nella quale sono presenti moltissimi colleghi docenti europei di diritto tributario; con la Rivista, che accoglierà non solo gli atti di questo convegno ma anche i contributi che i nostri colleghi, italiani e stranieri, vorranno inviarci per approfondire in modo sempre maggiore gli aspetti della cooperazione internazionale. Anche il Master, con una serie di iniziative che verranno poste in essere nei prossimi mesi, concorrerà a questo approfondimento soprattutto scegliendo i temi di maggior

rilievo e di più stringente attualità, non solo nell'ambito del diritto tributario internazionale. Soffermandomi brevemente sulla struttura del Master, devo in effetti ricordare che con il prof. Pietro Selicato (che è da sempre il coordinatore del Master nonché della Rivista), abbiamo sempre ritenuto che fosse necessario fornire a chi volesse sviluppare la conoscenza del diritto tributario internazionale anche le nozioni rientranti in materie diverse, giuridiche e non giuridiche, comunque coinvolte nelle operazioni internazionali, quali il diritto del commercio internazionale, il diritto internazionale pubblico e privato, l'economia internazionale, la finanza internazionale, i principi contabili internazionali.

E da questo punto di vista direi che il diritto tributario internazionale in fondo si pone nei confronti di queste discipline nello stesso modo in cui il diritto tributario interno si pone nei rapporti con altre discipline. Se il diritto tributario nazionale può essere visto come un diritto, diciamo così, di secondo grado in quanto entra in una realtà (economica e giuridica) che è già organizzata a sistema e, quindi, lo studioso del diritto tributario deve conoscere il diritto amministrativo, il diritto penale, il diritto civile e così via, anche nel diritto tributario internazionale è presente la stessa fisionomia con riferimento ad una pluralità di materie che ruotano tutte attorno al diritto e all'economia in una visione di tipo globale (non solo sotto il profilo territoriale) del fenomeno tributario internazionale.

2. Intervento al dibattito

Con riferimento alla questione che ha posto il prof. Del Federico, cioè la tutela del contribuente in relazione all'acquisizione di informazioni dallo Stato estero, informazioni che vengono richieste dall'autorità nazionale, vorrei formulare alcune osservazioni.

Mi sembra che bisognerebbe dividere le due sfere: una è quella del rapporto tra gli Stati con riferimento allo scambio di informazioni, alla richiesta e poi all'adempimento da parte dello Stato cui l'informazione è richiesta; l'altra è quella, completamente diversa, relativa alla tutela del contribuente, il quale è tutelato dalla norma nazionale che disciplina l'attività di accertamento dell'autorità fiscale che procede alla richiesta. Voglio dire che la possibilità di richiedere informazioni spettante ad una determinata autorità nazionale è una sorta di accrescimento dei poteri di questa autorità ma le informazioni acquisite rientrano sempre nell'ambito dei suoi poteri e

vengono comunque utilizzate nello svolgimento dell'attività di accertamento e di imposizione.

E allora, facendo un esempio banale, se l'autorità italiana richiede all'autorità francese delle informazioni per conoscere quali siano, ad esempio, i redditi prodotti in Francia dal soggetto residente in Italia, che cosa avviene? Avviene che l'acquisizione di queste informazioni è utilizzata dall'autorità italiana e quindi, a mio avviso, non sarebbe legittimo che il contribuente italiano possa bloccare la richiesta di informazioni o intervenire in un'attività istruttoria perché, in buona sostanza, il principio che opera nella normativa italiana analogamente a quei sistemi europei diversi dal modello anglosassone è quello della presunzione di legittimità nello svolgimento dell'attività amministrativa e della economicità del procedimento, nel senso che il contribuente può impugnare non l'atto istruttorio ma solo l'atto finale della sequenza procedimentale che sia lesivo del proprio diritto, del proprio interesse legittimo e, più in generale, della propria posizione giuridica.

Del resto, l'informazione che l'autorità italiana chiede all'autorità francese potrebbe non essere utilizzata dall'autorità italiana e allora sarebbe assurdo permettere di opporsi a questa richiesta dando la possibilità al contribuente di chiedere ad un giudice di inibire l'attività istruttoria. Quindi, e questo vale anche al contrario (nel caso cioè di uno Stato straniero che chieda informazioni allo Stato italiano con riferimento a redditi prodotti in Italia ma che sarebbero tassabili nel Paese che ha fatto la richiesta): anche in questo caso ci sarà una disposizione interna che regola lo svolgimento dell'attività di accertamento.

Conclusivamente, io credo che opportunamente vi sia il silenzio del legislatore su questi punti perché forse non si è voluto distorcere i meccanismi interni di ciascuno Stato: Altrimenti si dovrebbe arrivare ad un punto che non è stato raggiunto, cioè l'armonizzazione di tutte le norme relative all'accertamento vigenti in ciascuno Stato.

Invece, ripeto, il contribuente è tutelato dalla norma nazionale e avrà da questa tutti i mezzi di ricorso che sono previsti nei vari ordinamenti. Non vedrei, pertanto, (e su questo dissentirei da quello che diceva il prof. Del Federico) la possibilità di proporre con successo un ricorso al giudice ordinario (ci potrebbe essere in teoria un danno ma il problema è quello di vedere in concreto quale sia il danno derivante da una semplice richiesta di informazioni) per cui credo che, tutto sommato, se si volesse richiamare la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e si volesse riconoscere in questi casi al contribuente un'azione immediata, subordinando in buona

sostanza l'acquisizione delle informazioni al consenso del controinteressato, si creerebbe, quanto meno per l'Italia, una disparità di trattamento fra la posizione del contribuente per cui non è necessario richiedere informazioni ad uno Stato estero e quella del contribuente per cui tale richiesta è necessaria. Io credo che vada tutto rapportato alla posizione del contribuente nel diritto nazionale.

3. Intervento conclusivo

Spero che soprattutto i colleghi stranieri e il prof. Seer abbiano avuto nella parte pomeridiana della conferenza l'idea dei meccanismi di funzionamento delle strutture italiane impegnate nello scambio di informazioni, perché come avete potuto vedere vi sono più soggetti che si muovono: il Ministero dell'Economia e delle Finanze con il Dipartimento delle Finanze, l'Agenzia delle Entrate, la Guardia di Finanza. Quindi, indubbiamente, la pluralità dei soggetti richiede un coordinamento al fine di assicurare l'efficienza nello svolgimento di queste attività.

Ho colto un'esatta osservazione del prof. Seer con riferimento alla formazione dei soggetti che concorrono a questa attività sul piano internazionale; e non solo alla formazione tecnica ma anche alla formazione culturale, all'idea di Europa che è alla base di un discorso comune.

Vorrei su questo rassicurare il prof. Seer nel senso che in Italia credo vi sia un'adeguata attività di formazione sul diritto tributario internazionale. E lo dico, per certi aspetti, con falsa modestia, perché qui a Roma (come dicevo all'inizio del convegno) abbiamo il Master in Pianificazione tributaria Internazionale organizzato dal Dipartimento di Teoria dello Stato dell'Università Sapienza di Roma in collaborazione con la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (istituto culturale universitario del Ministero dell'Economia e delle Finanze). Quindi, nel Master romano noi abbiamo la collaborazione tra l'università e l'amministrazione e il fatto che coloro che frequentano il Master siano in parte laureati e professionisti, in parte soggetti che appartengono alle amministrazioni fiscali, crea tra gli stessi frequentatori uno scambio di idee molto proficuo. Non solo a Roma ma anche in altre università italiane è ben chiaro l'obiettivo di realizzare questi approfondimenti. Credo, pertanto, che l'Italia in questo debba essere considerato sicuramente un Paese che contribuisce in modo cospicuo, sotto un

profilo culturale e ideale, alla realizzazione dello scambio di informazioni e, di conseguenza, alla collaborazione a livello europeo.

Detto questo, vorrei anche osservare che sotto il profilo del diritto interno le relazioni e gli interventi che abbiamo oggi sentito sono stati ricchi di spunti al di là del confronto che era l'obiettivo del Convegno sulla cooperazione internazionale in vista del successivo convegno di Santiago de Compostela. Ricordo gli aspetti più importanti che sono emersi nel corso della giornata.

Innanzitutto il prof. Sacchetto, che per ragioni di tempo ci ha tenuti nascosti molti interessanti profili del suo contributo, tra i quali quelli relativi al processo penale. Dalla sua relazione, però, sono emersi interessanti spunti relativi al rapporto tra i trattati fiscali e i principi costituzionali degli Stati membri. Con riferimento a questo aspetto il prof. Sacchetto ha fatto l'esempio del segreto bancario, citando il caso dell'Austria, che ha tra i propri principi costituzionali la tutela del segreto bancario. Riflettendo bene, questo è un profilo che sicuramente deve essere approfondito ma che dovrebbe essere accompagnato ad un altro profilo che i tributaristi ed i costituzionalisti (parlo di quelli italiani ma credo che anche negli altri Paesi sia così) non hanno sufficientemente ad oggi approfondito: il rapporto tra i diversi principi costituzionali, tra le disposizioni che, facendo parte dello stesso atto, cioè della Costituzione, possono eventualmente integrarsi o derogarsi. E questo credo che sia un aspetto fondamentale perché, nel momento in cui ad esempio si ponga il problema del segreto bancario elevato al rango del diritto costituzionale, e quindi ci sia il problema di vedere se una convenzione o la richiesta di scambio di informazioni proprio nella materia bancaria possa in qualche modo creare dei problemi di legittimità del trattato in relazione a quel principio, mi chiedo se non sia richiamabile il principio di capacità contributiva e cioè quel principio che obbliga comunque l'amministrazione a determinare esattamente la base imponibile. E allora se c'è, e fra l'altro ricordo che alcuni studiosi hanno pensato che l'articolo 53, primo comma, della nostra Costituzione possa addirittura vedersi come norma supercostituzionale e in qualche modo come norma, diciamo, "blindata" rispetto alle altre, allora io credo che un approfondimento possa essere fatto in relazione alla interrelazione dei principi costituzionali.

Un altro aspetto di grande importanza è stato quello affrontato dal prof. Amatucci con riferimento sia all'onere della prova, sia soprattutto ai limiti nello scambio d'informazione e, per concludere, ricordo anche l'approfondimento del prof. Del Federico sulla tutela del contribuente nelle

procedure di mutua assistenza, sulle quali avevo fatto un intervento a fine mattinata e anche qui mi sembra che sia veramente molto interessante approfondire. Quello che mi ha colpito molto è la possibilità di una disparità di trattamento tra il contribuente per il quale non è richiesto lo scambio di informazione e che comunque non può intervenire nell'ambito dell'attività istruttoria ma deve aspettare l'atto finale per poter proporre un ricorso e quello che invece è fatto oggetto d'attenzione attraverso la richiesta di informazione e che, stando a quanto ho ascoltato, potrebbe reagire immediatamente. Ed è bene sottolineare che si parla di reazione con riferimento alla stessa attività, perché l'amministrazione che ha chiesto l'informazione è la stessa amministrazione che poi procede eventualmente all'accertamento. E questo fatto, cioè la reazione consentita al solo soggetto interessato dalla richiesta di informazioni dall'estero mi lascia sinceramente molto perplesso sotto il profilo dell'uguaglianza.

È stata una giornata credo proficua e ricca di risultati e io spero che ci sia la possibilità, al di là dell'incontro di giugno a Santiago de Compostela, di riproporre questi temi e di approfondirli, magari approfittando della cortesia dei nostri colleghi stranieri che sono qui e che ringrazio ancora una volta.

Grazie a tutti.

Exchange of information between tax authorities and taxpayer's protection: international, EU and domestic aspects*

Lorenzo del Federico**

* Contribution for the Essays in Memory of Prof. José Luís Saldanha Sanches. Edited in English by the Author.

** Full Professor of Tax Law at the University "Gabriele D'Annunzio" of Chieti-Pescara.

CONTENTS: 1. *Preliminary remarks*; 2. *The central position of EU administrative cooperation system between Member States' tax authorities*; 3. *Principles and lacking taxpayer's guarantees*; 4. *The discipline of unlawful tax claims*; 5. *Remedies implied by ECJ and ECHR case law: the Ravon leading case of 2008*

1. Preliminary remarks

Until recently the lively debate on international tax law was essentially focused on substantial profiles of taxation.

Nevertheless, it is now increasingly growing the feeling of international institutions towards topics of cross-border tax evasion, money laundering, artificial de-localizations in the so-called tax havens, etc.¹; this implies a

¹ See, for example, the OECD studies: *Report on Harmful Tax Competition*, Paris, 1998; FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FAFT) and OECD, *Progress Report on Non-Cooperative Countries or Territories*, Paris, 2000; FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FAFT), *Review to identify non-cooperative Countries or Territories: Increasing the worldwide effectiveness of anti-money laundering measures*, Paris, 2001; FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Working group on off-shore centres*, 2000; moreover, on the importance of exchange of information, see V. TANZI, – H.H. ZEE, *Taxation in a borderless world: the role of information exchange*, in *Intertax*, No. 2/2000, p. 58 et seq.; on the substantial profiles: V. TANZI, *Globalization, Tax competition and the future of*

strengthening of repressive and control tools which is hardly followed by an attention for taxpayers' guarantees.

States' response is almost always structured in institutions, mechanisms and procedures provided by national statutes, but also international law shows several profiles of undoubtable interest.

In relation to the controls, we should think about the exchange of information activity between tax administrations, traditionally disciplined by international double tax treaties and nowadays empowered by the Strasbourg multilateral convention of January 25, 1988 (ratified in Italy by Law of February 10, 2005, No. 19)².

Art. 26 of the OECD Model Tax Convention (and similarly, art. 26 of the UN Model) provides that tax authorities of contracting State shall exchange information aimed at applying treaty provisions and also «the domestic laws concerning taxes of every kind [...] insofar as the taxation thereunder is not contrary to the Convention»; therefore, the exchange of information is not limited to the persons and taxes listed in the Convention.

In any case, according to the OECD Model (similarly to the UN Model), provisions regarding the exchange of information cannot oblige a contracting State to:

- adopt administrative acts that are not allowed in its domestic legal order or in that of the other contracting State;
- provide information that could not be obtained on the basis of domestic legislation or that of the other contracting State;
- provide information that may «disclose any trade, business, industrial, commercial or professional secret or trade process, or information, the disclosure of which would be contrary to public policy».³

Tax Systems, Berlin, 1998; V. TANZI, *Globalization, Tax competition by the future of Tax Systems*, in V. UCKMAR (editor), *Diritto tributario internazionale*, Padua, 2005, p. 25 et seq.; R. LUPI, *Concorrenza tra gli ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2004, p. 989 et seq.; for the most recent evolutions: OECD, *International Tax Co-operation*, in *OECD's Current Tax Agenda*, 2010, p. 96 et seq..

² Convention on Mutual Administrative Assistance on Tax Matters jointly devised in 1988 by the Council of Europe and the OECD, which found an effective implementation in the recent years; it is symptomatic the late ratification by The Netherlands in 1996, France in 2005, Italy in 2005, UK in 2008, Germany which still did not intervened, etc..

For a correct framing of the Convention, its institutional vicissitudes and the developing perspectives, see the Revised *Explanatory Report to the Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, issued in 2010 by the Council of Europe and the OECD, following the signature of the Protocol on May 27, 2010.

³ On these issues, see OECD, *Manual on the implementation of exchange of information provisions*

Some States have entered into bilateral administrative agreements in order to allow simultaneous tax examinations on taxpayers which are related to each other (such agreements have been signed by Italy with Austria, Belgium, Denmark, France, Finland, Norway, Poland, Slovakia, USA, Sweden and Hungary)⁴.

Sometimes, treaties include provisions regarding the cooperation between the tax administrations also in the field of tax recovery, but only in 2003 it has been specifically included Art. 27, indexed “*Assistance in the collection of taxes*”, in the OECD Model.

In relation to the guarantees aspect, both the OECD Model Tax Convention and the UN Model are lacking of relevant and precise provisions.

On the contrary, the focus should be pointed to some provisions of the Strasbourg Convention. Firstly, the Preamble, where it is specified that «fundamental principles entitling every person to have his rights and obligations determined in accordance with a proper legal procedure should be recognised as applying to tax matters in all States and that States should endeavour to protect the legitimate interests of taxpayers, including appropriate protection against discrimination and double taxation». Art. 4.3 provides that «any Party may, by a declaration addressed to one of the Depositories [Gen. Secr. of the Council of Europe or Gen. Secr. of the OECD], indicate that, according to its internal legislation, its authorities may inform its resident or national before transmitting information concerning him». Other important rules are provided by Art. 21, which includes some limitations to the exchange of information, and by other norms that substantially deal with similar questions of those arising in the EU discipline of exchange of information.

for tax purposes, Paris, 2006; see also: F.A. GARCIA PRATS, *Exchange of Information under Article 26 of the UN Model Tax Convention*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, p. 541 et seq.; M. BARASSI, *Lo scambio di informazioni in materia di imposte sui redditi e sul patrimonio*, in C. SACCHETTO - L. ALEMANNI (editors), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milan, 2002, p. 377 et seq.; V. THURONYI, *International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty*, in *Brooklyn Journal of International Law*, n. 4/2001, p. 1641 et seq.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in V. UCKMAR (EDITOR), *Diritto tributario internazionale*, Padua, 2005, p. 1148 et seq.; R. CASTIGLIONE, *Coperazione fra autorità fiscali, accertamento tributario e garanzie del contribuente*, in *Giust. Trib.*, 2009, p. 258 et seq.; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale in materia tributaria*, Padua, 2007, p. 257 et seq.; P. MERKS, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, in *Intertax*, 2006, p. 272 et seq..

⁴ On simultaneous tax examinations, see R. CASTIGLIONE, *I poteri delle autorità fiscali nazionali nelle verifiche extraterritoriali*, in *Dir. e Prat. Trib. Int.*, 2008, p. 1109 et seq..

2. The central position of EU administrative cooperation system between Member States' tax authorities

The EU system of administrative cooperation and exchange of information between member States' tax authorities is important and plays a central role⁵.

The main legal source is the EEC Directive of December 19, 1977, No. 77/799, as amended, applicable to direct and indirect taxes, which provides the three usual forms of exchange of information between tax authorities of different member States: - exchange upon request (Art. 2); - automatic exchange (Art. 3); - spontaneous exchange (Art. 4).

Then, on January 27, 1992, it has been issued the EC Regulation No. 218/92, subsequently replaced by EC Regulation No. 1798/2003, issued on October 7, 2003, applicable to Value Added Tax, which is a crucial point for the correct functioning of the EU market⁶.

With Regulation No. 1798/2003 the exchange of information has been fully strengthened and rendered simpler: it has been introduced a specific time limit, providing that the «requested authority shall provide the information [...] as quickly as possible and no later than three months following the date of receipt of the request. However, where the requested authority is already in possession of that information, the time limit shall be reduced

⁵ Reference should be made to the International meeting of the *European Association of Tax Law Professors* (EATLP), held in Santiago de Compostela (Spain) in June 4–6, 2009, whose official reports are now in R. SEER, – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, EATLP International Tax Series, Vol. 8, Amsterdam, 2010; see also the International meeting *La cooperazione internazionale in materia fiscale. Situazione attuale e prospettive degli Stati membri dell'Unione Europea*, held in Rome on January 26, 2009, whose official reports are published in special number 2009 of this Review.

With reference to the central role of the EU system, see F. FERNÁNDEZ MARIN, *Lo scambio di informazione tra i Paesi membri*, in A. DI PIETRO (editor), *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, vol. I e II, Rome, 2003, p. 872 et seq.; and, with reference to the Italian doctrine: A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in *Rass. Trib.*, 1999, p. 49 et seq.; M. BARASSI, *Lo scambio di informazioni*, op. cit.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, cit., p. 1129 et seq.; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale*, op. cit., p. 151 et seq..

⁶ Among the “whereas” of the Regulation it is stated that «(1) Tax evasion and tax avoidance extending across the frontiers of Member States lead to budget losses and violations of the principle of fair taxation and are liable to bring about distortions of capital movements and of the conditions of competition. They therefore affect the operation of the internal market. (2) Combating value added tax (VAT) evasion calls for close cooperation between the administrative authorities [...]».

to a maximum period of one month» (Art. 8); it has been strengthened the cooperation between tax authorities, even through joint teams of tax inspectors (Art. 11) and simultaneous controls (Arts. 12 and 13)⁷. The Regulation provides several duties and limitations (Arts. 40 and 41), which are substantially common to all the various types of exchange of information procedures between member States tax authorities.

Finally, the tax cooperation discipline in the field of VAT is now regulated by the recent Council Regulation (EU) No. 904/2010 of October 7, 2010 on administrative cooperation and combating fraud in the field of value added tax.

Similar rules are provided also in the field of custom duties, agricultural resources and excise duties, and also in relation to tax collection⁸.

In 2009 a revision project of the EU discipline of this sector has been issued, through the *Directive proposal of the Council relevant to the cooperation in tax matters* (COM(2009) 29 final)⁹.

In this frame the obligations and limitations to the exchange of information play a pivotal role, but it should be verified the relevance of potential violations in the field of relationships between the Tax Administration and taxpayers, or in the field of validity of tax claims, all aspects that are completely unregulated in the EU discipline¹⁰.

It should be highlighted the developing study of new international standards aimed at significantly strengthening the exchange of information and cooperation between tax authorities of different Countries, which is at the same time focused on guaranteeing the protection of taxpayers' rights¹¹.

⁷ B. BAGNARDI, *Le modifiche alla direttiva 77/799 sullo scambio di informazioni tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Pra. Trib. Int.*, 2004, p. 605 et seq.; R. CASTIGLIONE, *I poteri delle autorità fiscali nazionali*, op. cit..

⁸ See: Regulation (EEC) 2.7.1993, No. 2454/93, and Regulation (EC) 13.3.1997, No. 515/97, with reference to Custom Duties and agricultural resources; Regulation (EC) 16.11.2004, No. 2073/2004, for excise duties; Directive 15.3.1976 No. 76/308/EEC, for the mutual assistance in the recovery of tax claims, replaced by Directive 30.6.2008, No. 2008/55/EC and, finally, by Directive 16.3.2010, No. 2010/24/EU; Directive 3.6.2003, No. 2003/48/EC, relevant to capital income.

⁹ A. CARAM, *Enhancing International Cooperation among Tax Authorities in the Assessment and the Recovery of Taxes: The Proposals for New European Directives*, in *Intertax*, 2009, p. 630 et seq..

¹⁰ See, for example: A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni*, op. cit., p. 55; F. FERNÁNDEZ MARIN, *Scambio di informazioni e tutela del contribuente*, in T. TASSANI, (editor), *Attuazione del tributo e diritti del contribuente*, Rome, 2009, p. 265 et seq..

¹¹ OECD, *The Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes – A Background Information Brief*, 2011; TURINA, A., *I recenti sviluppi internazionali in materia di scambio di informazioni*, in *Fiscalità Internazionale*, 2010, p. 155 et seq..

3. Principles and lacking taxpayer's guarantees

The following remarks on the exchange of information between tax authorities and taxpayer's protection remain on a theoretical level and leave space neither for the description of procedures nor for several important applicative aspects¹².

At the EU level, the essential elements have been outlined in the analysis of the principles of Directive No. 77/799/EEC, relevant to direct and indirect taxes, and the Regulation (EC) No. 1798/2003, relevant to VAT.

From the beginning it has been clear that:

- EU interventions deal with cooperation and exchange of information under the profile of the relationships between member States' tax authorities;
- the activity of the requested tax authority, as well as actions of the requesting one, need to be qualified and examined on the basis of the relevant national law¹³;
- exchanged information converge in normal acts and orders fully governed by the national law;
- implementation is entirely managed by national tax authorities.

With reference to the Italian law system, Directive No. 77/799/EEC has been initially implemented with Presidential Decree of June 5, 1982, No. 506, which integrates Presidential Decree of September 29, 1973, No. 600 and Presidential Decree of October 26, 1972, No. 633.

Currently, on VAT issues, Regulation (EC) No. 1798/2003 is applicable (albeit from January 1, 2012, Regulation (EU) No. 904/2010 will enter into force), whilst referring to income and capital taxation, further to Legislative Decree of September 19, 2005, No. 215, it has been included Art. 31-*bis* in Presidential Decree No. 600/1973 "*Assistance for the exchange of information between the competent Authorities of the European Union Member States*", as

¹² See F. ARDITO, *La cooperazione internazionale*, op. cit., p. 89 et seq., and for comparison between EU Member States R. SEER – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, cit., p. 151 et seq.

¹³ It should be considered that, for example, according to Art. 5, para. 4, Reg. (EC) No. 1798/2003, «in order to obtain the information sought or to conduct the administrative enquiry requested, the requested authority or the administrative authority to which it has recourse shall proceed as though acting on its own account or at the request of another authority in its own Member State».

well as Art. 60-*bis* “*Assistance for the notification requests between the competent Authorities of the European Union Member States*”.

Comparing the EU sources¹⁴ and Italian rules, apart from the detailed aspects, the information exchange system is regulated quite uniformly¹⁵, with the exception of the definition of powers.

The exchange upon request represents the main type of cooperation, to which it should be added the automatic exchange – systematic and regular stream of predetermined data or information, without any specific request – and the spontaneous exchange – i.e. following the initiative of a tax authority, without any specific request by another one. Each exchange procedure shall be managed by offices identified at the EU level – normally, in the various national systems, the central offices – to which are peremptorily attributed these specific competences.

The duties and limitations provided by EU sources for identifying the power are basically common to all the exchange of information procedures between member States’ tax authorities. Nevertheless, in this respect Art. 31-*bis* of Presidential Decree No. 600/1973 does not fully implement Directive No. 77/799/EEC.

The circumstance is significant since Art. 31-*bis*, within the limits and modalities provided by Presidential Decree No. 600/1973, is applicable to income and capital taxes (paras. 1 and 2), while for VAT usually Regulation EC No. 1798/2003 finds direct application¹⁶ (Art. 65 of Presidential Decree No. 633/1972 provides to a limited extent a general obligation of the Italian tax authority to cooperate with other member States’ tax authorities, pro-

¹⁴ Among which it could be found analogous provisions relevant for custom taxes, agricultural resources, excise duties and capital income.

¹⁵ Anyway, tax cooperation applicable to the phase of collection assumes specific connotations since it is focused on the effectiveness of the instruments permitting enforcement and forced execution of claims rather than on controls and assessment. Directive No. 76/308/EEC, implemented in Italy by Presidential Decree of January 9, 1978, No. 35, Ministerial Decree of December 28, 1978 and Ministerial Decree of June 19, 1981, provisions issued initially, which have been followed by Legislative Decree of April 9, 2003, No. 69, and Ministerial Decree of July 22, 2005, No. 179. The whole discipline of mutual assistance in the collection of taxes has been totally amended by Directive No. 2008/55/EC and now contained in the recent Directive No. 2010/24/EU of March 16, 2010.

¹⁶ According to Art. 41 of Regulation (EC) No. 1798/2003 itself, «the information may also be used for the assessment of other levies, duties, and taxes covered by Article 2 of Council Directive 76/308/EEC of 15 March 1976 on mutual assistance for the recovery of claims relating to certain levies, duties, taxes and other measures». For custom duties, agricultural resources and excises there is a specific EU discipline.

viding the exchange of information considered necessary to ensure a correct tax assessment).

In this respect, it is mainly interesting to highlight those aspects that may become relevant for the tax claim in which the information are converged, by giving a primary importance to EU law and indicating from time to time the peculiarities of Art. 31-*bis* of Presidential Decree No. 600/1973:

- a) the requested authority is not obliged to act if the requesting authority did not exhausted «the usual sources of information, that it could have been utilized, according to the circumstances, in order to get the information required without jeopardizing the obtaining of the result» (Art. 40, para. 1, lett. b), Reg. (EC) No. 1798/2003). It is a limit which is the expression of the principle of subsidiarity, provided also by Directive No. 77/799/EEC (Art. 2, para. 1), but not by Art. 31-*bis*;
- b) the requested authority is not obliged to carry out or «provide information if the laws or administrative practices» do not allow it to «carry out those enquiries or collect or use that information for that Member State's own purposes» (Art. 40, para. 2, Reg. (EC) No. 1798/2003). *Also this limit*, deriving from the principle of equivalence, is provided by Directive No. 77/799/EEC (Art. 8, para. 1), but not by Art. 31-*bis*;
- c) the requested authority «may refuse to provide information where the Member State concerned is unable, for legal reasons, to provide similar information» (Art. 40, para. 3, Reg. (EC) No. 1798/2003). This limit, which is an expression of the principles of equivalence and reciprocity, is provided by both Directive No. 77/799/EEC and art. 31-*bis*, para. 3;
- d) «the provision of information may be refused where it would lead to the disclosure of a commercial, industrial or professional secret or of a commercial process, or of information whose disclosure would be contrary to public policy» (Art. 40, para. 4, Reg. (EC) No. 1798/2003). Maybe, it is excessive giving too much significance on the different formulations, but it appears that in this case Directive No. 77/799/EEC (Art. 8, para. 2), as well as the Regulation, outlines a discretionary power, while Art. 31-*bis*, para. 3, identifies it as legally determined («information shall not be exchanged when»)¹⁷;

¹⁷ Clearly, P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, op. cit., p. 1148 et seq. and 1156, who

- e) «information [...] shall be covered by the obligation of official secrecy and enjoy the protection extended to similar information» (Art. 41, para. 1, first part, Reg. (EC) No. 1798/2003). Art. 31-*bis*, para. 4 is consistent;
- f) «such information may be used for the purpose of establishing the assessment base or the collection or administrative control of tax for the purpose of establishing the assessment base» of the specific tax (VAT for Art. 41, para. 1, second part, Reg. (EC) No. 1798/2003). Directive No. 77/799/EEC clarifies that, according to the speciality principle, the exchanged information «shall in no circumstances be used other than for taxation purposes or in connection with judicial proceedings or administrative proceedings involving sanctions undertaken with a view to, or in relation to, the making or reviewing the tax assessment» (Art. 7, para. 1, last part). Conversely, in the VAT field the exchanged information «may be used in connection with judicial proceedings that may involve penalties, initiated as a result of infringements of tax law without prejudice to the general rules and legal provisions governing the rights of defendants and witnesses in such proceedings» (Art. 41 para. 1, last part, Reg. (EC) No. 1798/2003). Art. 31-*bis* is silent on this point;
- g) the tax authority supplying information «shall permit its use for other purposes in the Member State of the requesting authority, if, under the legislation of the Member State of the requested authority, the information can be used for similar purposes» (Art. 41, para. 3, Reg. No. 1798/2003). Also Directive No. 77/799/EEC provides and similarly limits said power (Art. 7, para. 3), but Art. 31-*bis* is silent on this point;
- h) «where the requesting authority considers that information it has received from the requested authority is likely to be useful to the competent authority of a third Member State, it may transmit it to the latter authority», informing in advance the requested authority, which «may require that the transmission of the information to a third party be subject to its prior agreement» (Art. 41, para. 4, Reg. EC No. 1798/2003). Also Directive No. 77/799/EEC has a similar provision (Art. 7, para. 4), but Art. 31-*bis* is silent about.

highlights the wide margins of discretionality on both the EU level and the international treaties level (on the basis of similar rules).

Now it is clear that the Italian legislator exceeded the limits provided by Directive No. 77/799/EEC, and remarked, for VAT purposes, by Regulation (EC) No. 1798/2003, trying to expand as much as possible the circulation of information¹⁸.

Anyway, it is obvious that the renewed Law No. 241 of August 7, 1990, concerning general rules on the administrative action (except for Ch. III – Art. 7-12, excluded *ex* Art. 13) is applicable to the activity of information exchange, according to the position already, widely and repeatedly, defended¹⁹.

Therefore, on the basis of Art. 1, para. 1, the principles of EU law shall be observed²⁰ and, among those, firstly, the principle of hearing both sides, even if without the detailed formal warranties normally provided by Law No. 241²¹.

¹⁸ R. CASTIGLIONE, *Cooperazione fra autorità fiscali*, op. cit., p. 264-265, tries to justify the vagueness of Art. 31-*bis* considering that the implementation of Directive 77/799/EEC in Italy has been made through an implicit reference, «in the sense that it has been implemented in its whole contents through the generic formulation “the Tax Administration provides to the exchange of information necessary to ensure the correct assessment of taxes on income and capital with the other competent Authorities of the EEC Member States”» (Art. 31-*bis*, para. 1, first part). It is sure that in case of divergence or silence of Art. 31-*bis*, the principles of Directive should be applicable, since they are self sufficient.

¹⁹ Law of August, 7 1990, No. 241 has been significantly modified by Law of February 11, 2005, No. 15. For the applicability of the renewed Law No. 241/1990 with reference to tax matters, see: L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milan, 2010, p. 269.

²⁰ According to this provision – symptomatic of the phenomenon of European juridical integration – «the administrative activity shall have the purpose provided by the law and is governed by criteria of inexpensiveness, effectiveness, publicity and transparency according to the modalities provided by this Act and the provisions governing single procedures and from the principles of the EU legal order».

²¹ There are many arguments in favour: it should be considered Art. 4, para. 3, Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters, according to which each contracting State may declare – in the application of the Convention – that according to its domestic legislation the competent Authorities must inform the citizen or resident before transmitting the information; at *Paragraph 3. 57* of the relevant Commentary, it is pointed out that «some systems of national legislation contain provisions requiring the state to inform the person concerned before information is communicated to another state; other states are contemplating the introduction of a similar practice, either on the occasion of the legislative approval of the multilateral Convention or in the framework of general measures to protect the taxpayer»; moreover, it seems to be ingrained in the protection of commercial, industrial and professional secrets, etc., that the recipient of the protection is able to intervene and qualify the consistency and relevance of the secrecy in the phase preliminary to the divulgation.

The scholars and international institutions tend to highly enhance the taxpayer's right to be informed on the request of exchange of information made by a foreign Tax Authority: OECD, *Tax Information Exchange between oecd Member Countries: a survey of current practices*, Paris, 1994, although in relation to Art. 26 OCED Model; J.D.B. Oliver, *Exchange of Information*

Moreover – especially following the ECJ *Sopropé* decision of 2008 – it is now undisputed that the principle of hearing both sides (or defence in administrative procedures) rises as a general principle of EU law²².

4. The discipline of unlawful tax claims

There are complex and sensitive issues concerning the discipline of unlawful tax claims, where the non utilisable information are contained.

From the EU perspective, it should be recalled that according to the EU Commission²³ the exchange of information must take place through the competent authorities, peremptorily individuated, and «if this procedure is not observed, the information exchanged has no value and cannot be used in legal proceedings».

This remark, which relates exclusively to the violation of competence provisions, may seem *prima facie* lacking of legal basis²⁴. Notwithstanding, on the one hand it could be considered as a general principle immanent in

and the oecd Model Treaty, in Intertax, No. 3/1995, p. 116 et seq.; R. BETTEN, An Analysis of the 1995 Update of the OECD Model Convention, in European Taxation, No. 2/1996, p. 59 et seq.; P. ADONNINO, Lo scambio di informazioni, cit., p. 1156–1160; R. CASTIGLIONE, Cooperazione fra autorità fiscali, op. cit., p. 295 et seq.; R. SEER – I. GABERT, Mutual assistance and information exchange, op. cit., p. 151 et seq.

Conversely, the praxis of Tax Authorities' praxis is much more restrictive and minimalist: concerning Italy see, for example, Agenzia delle Entrate, Circular Letter No. 32/E of October 19, 2006.

²² ECJ, 4.7.1963, *Alvis*, case C-32/62, in Racc. p. I-112; ECJ, 23.10.1974, *Transocean Marine Paint Association*, case C-17/74, cit.; ECJ, 9.11.1983, case C-322/81, *Michelin*, cit.; ECJ, 10.7.1986, case C-40/85, *Belgio c. Commissione*, in Racc. p. I-2321; ECJ, 12.12.2002, *Distillerie Cipriani*, case C-395/00, in *Giur. Imp.*, 2003, p. 637 et seq.; ECJ, 18.12.2008, *Sopropé*, case C-349/07, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 570 et seq.; among the scholars, see: A.G. TOTH, *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. I, Amsterdam, 1978; H.G. SCHERMERS – D.F. WAELEBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, The Hague, 2001, p. 39 et seq.; and on the most recent developments, G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. Trib.*, 2009, p. 580 et seq..

²³ In this sense, see the Report of the EU Commission to the *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on administrative cooperation in the field of value added tax Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct and indirect taxation* (COM(2001) 294 final of June 18, 2001).

²⁴ Indeed, such limitation is not expressed nor in Directive No. 77/799/EEC, and following amendments, neither by Regulation (EC) No. 218/92 and Regulation (EC) No. 1798/2003.

the tax system, on the other hand, according to the principle of procedural autonomy of the Member States it should be framed to the various regimes of validity-effectiveness-usability in force in the various national systems (which constitute its legal ground).

In another occasion, the Eu Commission made reference also to the existence of a prohibition for the Member States to request information that their own legislation or administrative practices do not allow to obtain. But also this prohibition has an uncertain legal basis, although in a certain way it is implied by EU sources (Art. 8, para. 1 and Art. 3 Dir. No. 77/799/EEC, and Art. 40, paras. 2 and 3, Reg. (EC) No. 1798/2003) and by the general principles of equivalence and reciprocity²⁵.

In general, the basic problem relates to the nature of the rules imposing limits and duties to the exchange of information, and the importance of their infringement within the relationship between tax authority and the single taxpayer.

Some authors minimise the possible violations, considering them on the level of relationships between member States' tax authorities, rather than on the level of validity of tax claims, underlining that limits and duties to the exchange are set in the interest of the States and not of taxpayers, observing that they do not concern prohibitions *strictu sensu* (at least in the Italian legal system²⁶), or redimensioning the problem through the doctrine of non-usability of unlawfully obtained proofs²⁷.

But these trends trigger deep doubts.

²⁵ Report of the EU Commission to the *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by competent authorities of the Member States in the field of direct and indirect taxation* (COM (2003) 446 final/2 of July 31, 2003). On the increasing value given to the reciprocity principle, see for example: A.M. GAFFURI, *I limiti allo scambio di informazioni nelle indagini fiscali*, in *Fiscalità Internazionale*, 2004, p. 413 et seq.; A. MONTI, *Poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nello scambio di informazioni e principio di «reciprocità»*, *ibidem*, 2010, p. 149 et seq..

²⁶ In other Member States the Directive has been implemented ensuring greater guarantees to the taxpayers through specific prohibitions, for example, in The Netherlands, France and Portugal; but there are other systems similar to the Italian one or much more permeable such as, for example the Irish and British ones. On the status of implementation of Directive No. 77/799/EEC in the EU member States, see R. SEER – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, op. cit., p. 151 et seq.

²⁷ A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni*, op. cit., p. 52 et seq.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, op. cit., p. 1156–1158, who criticizes the current discipline structure but remarks the low level of taxpayers' protection; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale*, op. cit., p. 257 et seq., although underlining the lack of protection, proposes the immediate appealability of the tax investigation acts before the Administrative Courts.

The circumstance that limits and duties are set in the interest of the States, on the one hand is denied by the nature of the values involved (except for the hypothesis *sub lett. a*)), and on the other hand is irrelevant, since it is absolutely normal to configure the protection of the legitimate interests in contraposition to the rules set for the public interest²⁸.

Moreover, the subjective situations have cross-border relevance – in the sense that, they arise similarly in the various national systems, apart from the contraposition, made only by certain States, between subjective rights and legitimate interest; consequently, what is important is that these subjective situation are considered worthy of protection.

For the majority of cases it is true that they are not prohibitions *strictu sensu*, but the emerging of discretionality aspects shapes appreciable forms of protection.

We believe that in the Italian system the new discipline of unlawful administrative acts, and in particular the weakening of formal defects provided by the renewed Law No. 241/1990, should overcome the non-usability problems.

Indeed, it remains normally voidable the act infringing the law, or affected by excess of power or incompetence (Art. 21-*octies*, para. 1), while it is not voidable the act adopted infringing the rules regarding the procedure and the form of the acts «whether, for the bound nature of the act, it is clear that the regulatory content could not differ from the one concretely adopted» (Art. 21-*octies*, para. 2). Therefore, the proof unlawfully obtained shall not bring to the annulment of the tax assessment act where it will result clearly irrelevant in relation to its regulatory content.

Generally speaking, the discipline of unlawful tax claims that contain the exchanged information, is variegated they may show unlawfulness profiles of EU level (for violation of EU Directives or Regulations) or for the violation of national statutes or, at least, of those in force in the State of the requested authority.

Therefore, the enforcement of concrete forms of protection results quite arduous because the activity of the requested tax authority, as well as the activity of the requesting one, shall be qualified and controlled on the basis of the relevant national discipline. Indeed, it would seem excessive to bur-

²⁸ See for example F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Diritto Amministrativo*, 1995, p. 22 et seq., p. 49 et seq., and in VV.AA., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milan, 1995, p. 282 et seq.; Consiglio di Stato, Ad. Plen., decision of July 5, 1999, No. 18, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, p. 1077 et seq.; Consiglio di Stato, Ad. Plen., decision of May 25, 2007, No. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

den the judge asked to settle a dispute on tax claim which includes foreign information with the knowledge of the law of the State of the requested Tax Authority and with the activities carried out abroad.

Moreover, there is a trend – with reference to international cooperation in tax collection – according to which the validity of the tax claims relates exclusively the legal system where those claims are issued, therefore it would be precluded to the Italian judge to annul a tax claim formed according to foreign provisions²⁹.

If we add that in the various tax systems and, of course, in the Italian one, it is usually excluded any chance of immediate protection in respect of tax investigation acts, by deferring taxpayer's protection once the tax authority issues the tax assessment act and therefore concretises its claim (technique of the *deferred protection*)³⁰, the scenario results totally discouraging.

5. Remedies implied by ECHR case law: the *Ravon* leading case of 2008

The described situation of inadequate protection of taxpayers' rights and interest is not anymore compatible with the fundamental principle of effectiveness of judicial protection, provided by Artt. 6 and 13 of the European Convention of Human Rights.

²⁹ The case law considers that the tax authority of the State where the tax obligation has arisen shall assess its existence and issue the imperative acts and the instrument permitting the enforcement according to the statutes in force in that system, while the tax authority of the State where the collection shall take place must issue all the acts relevant to that phase, included the litigation connected to violations of such acts. In this sense, Cass. civ., Sez. Un., No. 760/2006, in *Rivista di Diritto Tributario*, 2006, II, p. 847 et seq., with comments of A. MULA, *A proposito di una recente pronuncia in tema di assistenza internazionale nella riscossione dei crediti tributari*; see moreover: M. POGGIOLI, *Le controversie giudiziali generate dalla riscossione in Italia di crediti tributari formati all'estero ed il riparto di giurisdizione affermato dalle SS. UU. della Corte di Cassazione*, *ibidem*, 2007, II, p. 119 et seq.; P. MASTELLONE, *Recent developments in cross-border enforcement of tax liability*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, No. 2/2009, p. 581 et seq..

³⁰ Consiglio di Stato, No. 6045/2008, cit., with critical note of A. MARCHESELLI, *Il Consiglio di Stato "limita" le garanzie formali negli accessi agli studi professionali*, in *Corriere Tributario*, 2009, p. 536 et seq.; Cass. civ., Sez. Un., n. 6315/2009, cit., with critical note of S. MULEO, *Le Sezioni Unite dichiarano non impugnabili dinanzi al TAR gli atti istruttori del procedimento*, *ibidem*, 2009, p. 1914 et seq.. According to the Italian case law, it is considered impossible the immediate appealability of tax investigation's acts; even an immediate harmfulness of a tax investigation's act cannot derogate to the principle of the deferred protection.

Notwithstanding the historical doubts and obstacles to the extension of the guarantees of the ECHR to tax matters³¹, during the last fifteen years, the Court of Strasbourg recognized the applicability of such rights, firstly, to litigations on administrative tax penalties³², then to litigations on tax relieves³³, tax authorities' pre-emption rights³⁴, tax reimbursements³⁵ and, at last, - surprisingly - also to tax examinations³⁶.

The Court considered as applicable the principle of effectiveness of judicial protection also to the field of tax examinations, apart from the possibility offered to the taxpayer to act in a deferred way to contest the illegitimacy of the acts or asking for the reimbursement of damages.

In the 2008 leading case *Ravon*, the Court considered that French tax law infringed Art. 6, para. 1 of the ECHR, notwithstanding that it was pro-

³¹ On this topic, see: P. VAN DEN BROEK, *Taxation and the European convention on Human Rights*, in *European Taxation*, 1985, p. 344 et seq.; A. ANDERSEN – J. MALHERBE (edited by), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Bruxelles, 1993; S.N., FROMMEL, *The European Court of human rights and the right of the accused to remain silent: can be invoked by taxpayers?*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1993, I, p. 2149 et seq.; J.P. LE GALL – L. GERARD, *Les recours des contribuables sur le fondement de la convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit Fiscal*, 1994, p. 878 et seq.; D. DE DROUAS – I. SIENKO, *The Increasing Importance of the European Convention on Human Rights in the Tax Area*, in *Intertax*, 1997, p. 332 et seq.; N. KLEEMANS, *The relationship between the national system of legal protection of the taxpayer and the European convention on human rights*, in *EC Tax Review*, 2000, p. 45 et seq.; P. BAKER, *Taxation and the European Convention on Human Rights*, in *European Taxation*, 2001, p. 308 et seq.; C. CAUMONT CAIMI, *Taxation and the European convention on human rights in the domestic law of the Council of Europe countries*, in *European Taxation*, 2001, p. 531 et seq.; Y. MARTÍNEZ MUÑOZ, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*, Pamplona, 2002.

³² ECHR, decision of February 24, 1994, *Bendemoun v. France*; ECHR decision of February 27, 2001, *X v. Italy*, in *Il Fisco*, 2001, p. 4683 et seq.; ECHR, decision of July 23, 2002, *Janovic v. Svezia*; ECHR, decision of July 23, 2002, *Vastberg Taxi Aktiebolag v. Sweden*.

³³ ECHR, decision of March 26, 1992, *Editions Périscope v. France*.

³⁴ ECHR, decision of September 22, 1994, *Hentrich v. France*.

³⁵ ECHR, decision of October 3, 2003, *Buffalo v. Italy*; ECHR, decision of October 22, 2003, *Cabinet Diot v. France*; ECHR, decision of October 22, 2003, *Gras Sayoye v. France*.

³⁶ ECHR, decision of February 21, 2008, *Ravon v. France*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, p. 181 et seq., with adhesive comments of S. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 della Cedu anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente*, p. 198 et seq., and of A. MARCHESSELLI, *Accessi, verifiche fiscali e giusto processo: una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, 2008, p. 746 et seq.; ECHR, decision of October 16, 2008, *Maschino v. France*; ECHR, decision of November 20, 2008, *IFB v. France*; ECHR, decision of July 24, 2008, *André v. France*; ECHR, decision of November 18, 2008, *Kandler v. Frances*.

vided the right of the taxpayer to invoke the Court of Cassation for pure legitimacy profiles (point 29) and the possibility to contest the tax offices's activity *ex post* during a subsequent judicial proceedings (point 31) and to act for obtaining (always *ex post*) the reimbursement of suffered damages (point 33); nor it was considered acceptable the justification of the existence of a pre-emptive jurisdictional authorization, since in that phase the taxpayer is not aware of the proceedings started on his tax position and has no right to take part in it, given the lack of any form of discussion (point 30). The Court considered necessary that «en matière de visite domiciliaire [...] les personnes concernées puissent obtenir un contrôle juridictionnel effectif, en fait comme en droit, de la régularité de la décision prescrivant la visite ainsi que, le cas échéant, des mesures prises sur son fondement»; moreover «le ou les recours disponibles doivent permettre, en cas de constat d'irrégularité, soit de prévenir la survenance de l'opération, soit, dans l'hypothèse où une opération jugée irrégulière a déjà eu lieu, de fournir à l'intéressé un redressement approprié» (point 28)³⁷.

We believe that the principles expressed in *Ravon* shall apply also in the field of exchange of information, where the immediate appeal against the tax investigatory acts of the requested authority appears as the only feasible form of effective protection, according to the fractioning of the investigatory activity between the requested and requesting authorities, with acts of different systems, whose appeal shall be addressed to the relevant national judges.

Furthermore, it should be considered that the exchange of information is governed by EU law and that ECHR principles are now part of EU law.

Putting it in another way, Art. 1, para. 1 of the renewed Law No. 241/1990 represents an important channel in which EU principles – and, therefore, also of the ECHR principles – flow within the Italian tax system. This implies that the infringement of principles flowed in such a way within the Italian law system assumes (also) the form of a violation of national law.

³⁷ On these grounds, S. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 della Cedu*, op. cit., p. 200, criticizes the theory of the so-called *deferred protection*, conflicting with the principle of the effective protection, «because it would remain lacking of jurisdictional control the legitimacy of accesses not followed by appealable acts, which may significantly jeopardize individuals' rights, and because the Corte di cassazione, being judge of legitimacy, has no power to decide on the factual elements that grounds the authorizations here analysed».

Scambio di informazioni fra Autorità Fiscali e tutela del contribuente: profili internazionalistici, comunitari ed interni*

Lorenzo del Federico**

* Contributo destinato agli studi in memoria del Prof. José Luís Saldanha Sanches.

** Professore ordinario di Diritto Tributario presso l'Università "Gabriele D'Annunzio" di Chieti-Pescara.

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *La centralità del sistema comunitario di cooperazione amministrativa fra le Autorità Fiscali degli Stati Membri*; 3. *I principi e le carenti garanzie del contribuente*; 4. *Il regime dei vizi degli atti impositivi*; 5. *Le soluzioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il leading case Ravon del 2008*

1. Premessa

Sino a pochi anni fa il vivace dibattito sul diritto tributario internazionale risultava incentrato essenzialmente sui profili sostanziali della fiscalità.

Tuttavia va sempre più emergendo la sensibilità delle istituzioni internazionali in relazione ai temi dell'evasione fiscale transfrontaliera, del riciclaggio, delle delocalizzazioni fittizie nei così detti paradisi fiscali, etc.¹; ne

¹ Cfr., ad esempio, gli studi dell'OCSE: *Report on Harmful Tax Competition*, Parigi, 1998; FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF) e OCSE, *Progress Report on Non-Cooperative Countries or Territories*, Parigi, 2000; FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), *Review to identify non-cooperative Countries or Territories: Increasing the worldwide effectiveness of anti-money laundering measures*, Parigi, 2001; FINANCIAL STABILITY FORUM, *Report of the Working group on off-shore centres*, 2000; altresì, sull'importanza dello scambio di informazioni, cfr. V. TANZI – H.H. ZEE, *Taxation in a borderless world: the role of information exchange*, in *Intertax*, n. 2/2000, pp. 58 sg.; sui profili sostanziali: V. TANZI, *Globalization, Tax competition and the future of Tax Systems*,

consegue un rafforzamento degli strumenti repressivi e di controllo, cui però soltanto a fatica si accompagna l'attenzione per le garanzie dei contribuenti.

La risposta degli Stati si articola per lo più in istituti, meccanismi e procedure di diritto interno, ma il diritto internazionale presenta profili di indubbio interesse.

Per quanto riguarda i controlli si pensi all'attività di scambio di informazioni fra le Autorità Fiscali, tradizionalmente contemplata dalle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione, oggi rafforzata dalla Convenzione multilaterale di Strasburgo del 25 gennaio 1988 (ratificata dall'Italia con L. 10.2.2005, n. 19)².

L'art. 26 del Modello di Convenzione OCSE (ed analogamente l'art. 26 del Modello ONU) prevede che le Autorità Fiscali degli Stati contraenti si scambino le informazioni finalizzate all'applicazione delle disposizioni convenzionali e «quelle della legislazione interna degli Stati contraenti relativa alle imposte di ogni tipo nella misura in cui la tassazione che tali leggi prevedono non sia in contrasto con la Convenzione»; pertanto lo scambio di informazioni non è limitato ai soggetti ed ai tributi oggetto della convenzione.

In base al modello OCSE (analogo al modello ONU) resta comunque fermo che le disposizioni sullo scambio di informazioni non possono obbligare uno Stato contraente:

- ad adottare provvedimenti amministrativi non ammessi nel proprio ordinamento o in quello dell'altro Stato contraente;
- a fornire informazioni che non potrebbero essere acquisite in base alla legislazione propria o dell'altro Stato contraente;
- a fornire informazioni che potrebbero rivelare «segreti commerciali, di affari, industriali, professionali o processi commerciali oppure infor-

Berlino, 1998; ID., *Globalization, Tax competition by the future of Tax Systems*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, coord. da V. UCKMAR, Padova, 2005, pp. 25 sg.; R. LUPI, *Concorrenza tra gli ordinamenti, Comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.*, 2004, pp. 989 sg.; sulle più recenti evoluzioni: OCSE, *International Tax Co-operation*, in *OECD's Current Tax Agenda*, 2010, pp. 96 sg..

² Si tratta della Convenzione sulla mutua assistenza amministrativa in materia fiscale elaborata congiuntamente dal Consiglio d'Europa e dall'OCSE nel 1988, ma che ha trovato effettiva implementazione soltanto negli ultimi anni; sintomatica la tardiva ratifica da parte dei Paesi Bassi nel 1996, della Francia nel 2005, dell'Italia nel 2005, del Regno Unito nel 2008, da parte della Germania non ancora intervenuta, etc..

Per il corretto inquadramento della Convenzione, per le sue vicende istituzionali, e per le sue prospettive evolutive, va consultato il *Report esplicativo alla Convenzione sulla Mutua Assistenza Amministrativa in Materia Tributaria*, emanato dal Consiglio d'Europa e dall'OCSE nel 2010, a seguito dell'approvazione del Protocollo del 27 maggio 2010.

mazioni la cui comunicazione sarebbe contraria all'ordine pubblico»³.

Alcuni Stati hanno stipulato accordi amministrativi bilaterali per consentire verifiche simultanee a carico di contribuenti tra loro collegati (accordi del genere sono stati stipulati dall'Italia con Austria, Belgio, Danimarca, Francia, Finlandia, Norvegia, Polonia, Slovacchia, Stati Uniti, Svezia ed Ungheria)⁴.

Talvolta le convenzioni contengono disposizioni in materia di collaborazione fra le Autorità Fiscali anche per il settore della riscossione dei tributi, ma soltanto dal 2003 nel modello OECD è stato specificamente introdotto un art. 27, rubricato "*Assistenza nella riscossione delle imposte*".

Per quanto riguarda il versante delle garanzie sia il modello di convenzione OECD sia quello ONU sono privi di previsioni significative e stringenti.

Viceversa meritano attenzione alcune disposizioni della Convenzione del 1988, in primo luogo il Preambolo in cui si afferma che «i principi fondamentali che attribuiscono il diritto di vedere i propri diritti e le proprie obbligazioni determinati in base ad una corretta procedura stabilita per legge, rilevano anche in materia fiscale in tutti gli Stati e tali Stati dovranno impegnarsi per tutelare i legittimi interessi di ogni contribuente, proteggendolo anche da possibili discriminazioni e doppie imposizioni». L'art. 4, co. 3, prevede che «ogni Stato contraente può, con una dichiarazione da inviare ad uno dei Depositari [il Segr. Gen. del Consiglio d'Europa o il Segr. Gen. dell'OCSE], indicare che, in base alla sua legislazione nazionale le sue autorità sono tenute ad informare il proprio cittadino o residente prima di trasmettere le informazioni». Altre disposizioni di rilievo si rinvencono poi nell'art. 21, contenente taluni limiti allo scambio di informazioni, ed in

³ Su tali questioni, cfr.. OCSE, *Manual on the implementation of exchange of information provisions for tax purposes*, Parigi, 2006; v. altresì: F.A. GARCIA PRATS, *Exchange of Information under Article 26 of the UN Model Tax Convention*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1999, pp. 541 sg.; M. BARASSI, *Lo scambio di informazioni in materia di imposte sui redditi e sul patrimonio*, in AA.VV. *Materiali di diritto tributario internazionale*, a cura di C. SACCHETTO – L. ALEMANNI, Milano, 2002, pp. 377 sg.; V. THURONYI, *International Tax Cooperation and a Multilateral Treaty*, in *Brooklyn Journal of International Law*, n. 4/2001, p. 1641 et seq.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, coord. da V. UCKMAR, Padova, 2005, pp. 1148 sg.; R. CASTIGLIONE, *Cooperazione fra autorità fiscali, accertamento tributario e garanzie del contribuente*, in *Giust. Trib.*, 2009, pp. 258 sg.; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale in materia tributaria*, Padova, 2007, pp. 257 sg.; P. MERKS, *Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning*, in *Intertax*, 2006, pp. 272 sg..

⁴ Sulle verifiche transfrontaliere, v. R. CASTIGLIONE, *I poteri delle autorità fiscali nazionali nelle verifiche extraterritoriali*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2008, pp. 1109 sg..

alcune altre norme che nella sostanza pongono questioni analoghe a quelle che emergono nel regime comunitario dello scambio di informazioni.

2. La centralità del sistema comunitario di cooperazione amministrativa fra le Autorità Fiscali degli Stati Membri

Il sistema comunitario di cooperazione amministrativa e di scambio delle informazioni fra le Autorità Fiscali degli Stati Membri riveste notevole interesse ed assoluta centralità⁵.

La fonte principale è la Direttiva 19.12.1977, n. 77/799/CEE, in materia di imposte dirette ed indirette (più volte modificata), che contempla le tre tipiche forme di scambio di informazioni fra Autorità Fiscali di diversi Stati membri: lo scambio su richiesta (art. 2); lo scambio automatico (art. 3); lo scambio spontaneo (art. 4).

È stato poi emanato in data 27 gennaio 1992 il Regolamento (CEE) n. 218/92, successivamente sostituito dal Regolamento (CE) 7 ottobre 2003, n. 1798/2003, in materia di imposta sul valore aggiunto, settore nevralgico per il corretto funzionamento del mercato europeo⁶.

Con il Regolamento (CE) n. 1798/2003 lo scambio di informazioni è stato complessivamente potenziato e reso più agevole: è stato introdotto

⁵ Basti considerare il Convegno internazionale della *European Association of Tax Law Professors (EATLP)*, tenutosi a Santiago de Compostela (Spagna) dal 4 al 6 giugno 2009, i cui atti sono confluiti in R. SEER – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, *EATLP International Tax Series*, Vol. 8, Amsterdam, 2010; v. altresì il Convegno internazionale *La cooperazione internazionale in materia fiscale. Situazione attuale e prospettive degli Stati membri dell'Unione Europea*, tenutosi a Roma il 26 gennaio 2009, i cui atti sono confluiti nel numero speciale 2009 di questa Rivista.

Per la centralità del sistema comunitario v. F. FERNÁNDEZ MARIN, *Lo scambio di informazione tra i Paesi membri*, in AA.VV., *Lo stato della fiscalità nell'Unione europea. L'esperienza e l'efficacia dell'armonizzazione*, vol. I e II, coord. da DI PIETRO, A., Roma, 2003, pp. 872 sg.; e, per quanto riguarda la dottrina italiana, A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni fra amministrazioni finanziarie*, in *Rass. Trib.*, 1999, pp. 49 sg.; M. BARASSI, *Lo scambio di informazioni*, cit.; ADONNINO, P., *Lo scambio di informazioni* cit., pp. 1129 sg.; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale*, cit., pp. 151 sg..

⁶ Tra i “considerando” introduttivi al Regolamento si legge «(1) La pratica della frode e dell'evasione fiscale al di là dei confini degli Stati membri non solo conduce a perdite di bilancio ma lede anche il principio della giustizia fiscale e può provocare distorsioni dei movimenti di capitali e delle condizioni di concorrenza. Pertanto essa pregiudica il funzionamento del mercato interno. (2) La lotta contro le frodi relative all'imposta sul valore aggiunto (IVA) esige una stretta cooperazione tra le autorità amministrative».

un apposito termine, prevedendosi che «l'autorità interpellata esegue le comunicazioni di informazioni [...] al più presto e comunque entro tre mesi dalla data di ricevimento della richiesta. Tuttavia, se le informazioni di cui trattasi sono già in possesso dell'autorità interpellata, il termine è ridotto ad un periodo massimo di un mese» (art. 8); sono state previste potenziate le forme di collaborazione tra le Autorità Fiscali, anche mediante nuclei misti di verificatori (art. 11) e controlli simultanei (artt. 12 e 13)⁷. Il Regolamento contempla poi taluni vincoli e limiti (artt. 40 e 41), sostanzialmente comuni a tutte le varie procedure di scambio di informazioni fra Autorità Fiscali degli Stati membri.

Da ultimo, la disciplina di cooperazione fiscale in ambito IVA è confluita nel recente Regolamento (UE) n. 904/2010 del Consiglio del 7 ottobre 2010 relativo alla cooperazione amministrativa e alla lotta contro la frode in materia d'imposta sul valore aggiunto.

Disposizioni analoghe sono previste anche in materia di tributi doganali, risorse agricole e accise, nonché in materia di riscossione tributaria⁸.

Nel corso del 2009 è stato elaborato un progetto di revisione della normativa comunitaria di settore, mediante formulazione di una *Proposta di Direttiva del Consiglio relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale* (COM(2009) 29 def.)⁹.

In questa sede assumono preminente rilievo i vincoli ed i limiti allo scambio di informazioni, ma deve essere verificata la rilevanza di eventuali violazioni sul piano dei rapporti fra l'Autorità Fiscale nazionale ed i contribuenti, ovvero sul piano della validità degli atti impositivi, profili questi del tutto trascurati dalla normativa comunitaria¹⁰.

⁷ B. BAGNARDI, *Le modifiche alla direttiva 77/799 sullo scambio di informazioni tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2004, pp. 605 sg.; R. CASTIGLIONE, *I poteri delle autorità fiscali nazionali*, op. cit..

⁸ Si segnalano: Regolamento (CEE) 2.7.1993, n. 2454/93, ed il Regolamento (CE) 13.3.1997, n. 515/97, in tema tributi doganali e risorse agricole; Regolamento (CE) 16.11.2004, n. 2073/2004, in tema di accise; la Direttiva 15.3.1976 n. 76/308/CEE, in tema di recupero dei crediti tributari, cui ha fatto seguito la Direttiva 30.6.2008, n. 2008/55/CE e, da ultimo, la Direttiva 16.3.2010, n. 2010/24/UE; la Direttiva 3.6.2003, n. 2003/48/CE, in tema di redditi da capitale.

⁹ A. CARAM, *Enhancing International Cooperation among Tax Authorities in the Assessment and the Recovery of Taxes: The Proposals for New European Directives*, in *Intertax*, 2009, pp. 630 sg..

¹⁰ V. ad es.: A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni*, cit., p. 55; F. FERNÁNDEZ MARIN, *Scambio di informazioni e tutela del contribuente*, in AA.VV., *Attuazione del tributo e diritti del contribuente*, a cura di T. TASSANI, Roma, 2009, pp. 265 sg..

Si segnala tuttavia che è in corso lo studio di nuovi standards internazionali volti a rafforzare significativamente lo scambio di informazioni e la cooperazione fra le autorità fiscali dei diversi Stati, ma al tempo stesso attento alla necessità di garantire il rispetto dei diritti dei contribuenti¹¹.

3. I principi e le carenti garanzie del contribuente

Le riflessioni che seguono, in tema di scambio di informazioni fra Autorità Fiscali e tutela del contribuente, restano di tipo teorico, per cui non v'è spazio né per la descrizione delle procedure, né per i tanti rilevanti aspetti applicativi¹².

A livello comunitario i dati essenziali sono stati delineati trattando dei principi della Direttiva n. 77/799/CEE, in materia di imposte dirette ed indirette, e del Regolamento (CE) n. 1798/2003, in materia di IVA.

Sin dall'inizio è risultato chiaro che:

- gli interventi comunitari si occupano della cooperazione e dello scambio di informazioni sotto il profilo dei rapporti fra le Autorità Fiscali degli Stati membri;
- l'operato dell'Autorità Fiscale interpellata, così come quello dell'Autorità Fiscale richiedente, deve essere qualificato e vagliato in base al rispettivo diritto nazionale¹³;
- le informazioni trasmesse confluiscono in normali atti e provvedimenti disciplinati interamente dal diritto nazionale;
- la fase attuativa è interamente rimessa alle Autorità Fiscali nazionali.

Per quanto riguarda l'ordinamento italiano la Direttiva n. 77/799/CEE è stata inizialmente recepita con il D.P.R. 5.6.1982, n. 506, integrativo del D.P.R. 29.9.1973, n. 600 e del D.P.R. 26.10.1972, n. 633.

¹¹ OCSE, *The Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes – A Background Information Brief*, 2011; TURINA, A., *I recenti sviluppi internazionali in materia di scambio di informazioni*, in *Fisc. Intern.*, 2010, pp. 155 sg..

¹² Sui quali v. ARDITO, F., *La cooperazione internazionale*, op. cit., pp. 89 sg.; per il quadro comparatistico v. R. SEER, – I. GABERT, *Mutual assistance and information Exchange cit.*, 151 sg..

¹³ Si consideri ad es. che secondo l'art. 5, co. 4, Reg. CE n. 1798/2003, «per procurarsi le informazioni richieste o condurre l'indagine amministrativa richiesta l'autorità interpellata, o l'autorità amministrativa cui essa si rivolge, procede come se agisse per conto proprio o su richiesta di un'altra autorità del proprio Stato membro».

Attualmente in materia di IVA trova applicazione il Regolamento (CE) n. 1798/2003 (sebbene dal 1° gennaio 2012 entrerà in vigore il regolamento (UE) n. 904/2010), mentre in materia di sul reddito e sul patrimonio, a seguito del D.Lgs. 19.9.2005, n. 215, si è giunti ad inserire nel D.P.R. n. 600/1973 l'art. 31-*bis* “Assistenza per lo scambio di informazioni tra le autorità competenti degli Stati membri dell’Unione europea”, e l'art. 60-*bis* “Assistenza per le richieste di notifica tra le autorità competenti degli Stati membri dell’Unione europea”.

Confrontando le fonti comunitarie¹⁴ e le norme italiane, a prescindere dagli aspetti di dettaglio, il sistema dello scambio di informazioni risulta disciplinato in modo alquanto uniforme¹⁵, salva la delimitazione dei poteri.

Lo scambio su richiesta rappresenta la principale modalità di collaborazione, cui si affiancano lo scambio automatico – flusso sistematico e regolare di predeterminati dati o informazioni, senza che siano operate specifiche richieste – e lo scambio spontaneo – ovvero su iniziativa di un’Autorità Fiscale, senza che vi sia stata una specifica richiesta da parte di altra Autorità. Tutte le procedure di scambio debbono essere effettuate mediante uffici identificati a livello comunitario – di norma, nei vari sistemi nazionali, si tratta degli uffici centrali – cui sono attribuite tassativamente le specifiche competenze.

I vincoli ed i limiti posti dalle fonti comunitarie a delimitazione del potere sono sostanzialmente comuni a tutte le varie procedure di scambio di informazioni fra Autorità Fiscali degli Stati membri, tuttavia al riguardo l'art. 31-*bis* del D.P.R. n. 600/1973 non recepisce appieno la Direttiva n. 77/799/CEE.

La circostanza è significativa anche perché l'art. 31-*bis* si applica, con le modalità ed entro i limiti previsti dal D.P.R. n. 600/1973, alle sole imposte sui redditi e sul patrimonio (commi 1 e 2), mentre per l'IVA trova normale e diretta applicazione il Regolamento CE n. 1798/2003¹⁶ (l'art. 65 del D.P.R.

¹⁴ Tra le quali si rinvengono disposizioni analoghe anche in materia di tributi doganali, risorse agricole, accise e redditi da capitale.

¹⁵ Assume però connotazioni specifiche la cooperazione in materia di riscossione tributaria, giacché centrata sull'efficacia dei titoli esecutivi e sull'esecuzione coattiva delle pretese, piuttosto che sui controlli e sull'accertamento. Sulla materia è intervenuta inizialmente la Direttiva n. 76/308/CEE, recepita in Italia con il D.P.R. 9.1.1978, n. 35, il D.M. 28.12.1978 ed il D.M. 19.6.1981, cui da ultimo hanno fatto seguito il D.Lgs. 9.4.2003, n. 69, ed il D.M. 22.7.2005, n. 179. La disciplina della mutua assistenza nella riscossione delle imposte è stata integralmente modificata dalla Direttiva n. 2008/55/CE ed ora contenuta nella recente Direttiva 16 marzo 2010, n. 2010/24/UE.

¹⁶ In base all'art. 41 dello stesso Regolamento (CE) n. 1798/2003, «le informazioni possono

n. 633/1972 si limita a contemplare un generico obbligo dell'Amministrazione finanziaria italiana di cooperare con le altre Autorità Fiscali degli Strati membri, provvedendo allo scambio delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento dell'imposta).

In questa sede interessa evidenziare soprattutto quei profili che possono assumere rilievo ai fini del provvedimento impositivo in cui confluiscono le informazioni, dando rilievo prioritario al diritto comunitario, ed indicando di volta in volta le peculiarità dell'art. 31-*bis*, D.P.R. n. 600/1973:

- a) l'Autorità interpellata non è tenuta ad ottemperare se risulta che l'Autorità richiedente non ha esaurito «le fonti di informazione consuete, che avrebbe potuto utilizzare, a seconda delle circostanze, per ottenere le informazioni richieste senza rischiare di compromettere il raggiungimento del risultato perseguito» (art. 40, co. 1, lett. b), Reg. (EC) n. 1798/2003). Si tratta di un limite espressione del principio di sussidiarietà, posto anche dalla Direttiva n. 77/799/CEE (art. 2, co. 1), e pure non contemplato dall'art. 31-*bis*;
- b) l'Autorità interpellata non è tenuta ad «effettuare indagini o [...] trasmettere informazioni quando la legislazione o la prassi amministrativa» non le «consentano [...] di effettuare tali indagini né di raccogliere o utilizzare tali informazioni per le esigenze proprie» (art. 40, co. 2, Reg. (CE) n. 1798/2003). Anche questo limite, derivante dal principio di equivalenza, è previsto dalla Direttiva n. 77/799/CEE (art. 8, co. 1), ma non dall'art. 31-*bis*;
- c) l'Autorità interpellata «può rifiutare di fornire informazioni allorché, per motivi di diritto, lo Stato membro interessato non è in grado di fornire informazioni equipollenti» (art. 40, co. 3, Reg. (CE) n. 1798/2003). Questo limite, espressione dei principi di equivalenza e di reciprocità, è previsto sia dalla Direttiva n. 77/799/CEE, sia dall'art. 31-*bis*, co. 3;
- d) «la trasmissione di informazioni può essere rifiutata qualora comporti la divulgazione di un segreto commerciale, industriale o professionale, di un procedimento commerciale o di un'informazione la cui divulgazione sia contraria all'ordine pubblico» (art. 40, co. 4, Reg. (CE) n. 1798/2003). Forse è eccessivo caricare di significati le diverse formulazioni, ma sembra che in questo caso la Direttiva n. 77/799/CEE (art. 8,

inoltre essere usate per accertare altri contributi, dazi e imposte contemplati dall'articolo 2 della direttiva 76/308/CEE del Consiglio, del 15 marzo 1976, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da taluni contributi, dazi, imposte ed altre misure». Per tributi doganali, risorse agricole e accise trova applicazione una specifica disciplina comunitaria.

- co. 2), così come il Regolamento, delinea un potere discrezionale, mentre l'art. 31-*bis*, co. 3, lo palesa come vincolato («*le informazioni non sono trasmesse quando*»)¹⁷;
- e) «le informazioni [...] sono coperte dal segreto d'ufficio e godono della protezione accordata alle informazioni di analoga natura dalla legislazione nazionale dello Stato membro che le riceve» (art. 41, co. 1, prima parte, Reg. (CE) n. 1798/2003). Conforme l'art. 31-*bis*, co. 4.
- f) «dette informazioni possono essere usate per accertare la base imponibile, la riscossione o il controllo [...] ai fini di un corretto accertamento fiscale» dello specifico tributo (l'IVA per l'art. 41, co. 1, sec. parte, Reg. (CE) n. 1798/2003). La Direttiva n. 77/799/CEE chiarisce poi, in base al principio di specialità, che le informazioni «non devono essere utilizzate in nessun caso per fini diversi da quelli fissati o ai fini di un procedimento giudiziario o di un procedimento che comporti l'applicazione di sanzioni amministrative avviate ai fini o in relazione con l'accertamento o il controllo dell'accertamento dell'imposta» (art. 7, co. 1, ult. parte). Diversamente, in ambito IVA le informazioni scambiate «possono essere utilizzate in occasione di procedimenti giudiziari che implicano l'eventuale irrogazione di sanzioni, avviati per violazioni della normativa fiscale, fatte salve le norme generali e le disposizioni giuridiche che disciplinano i diritti dei convenuti e dei testimoni in siffatti procedimenti» (art. 41, co. 1, ult. parte, Reg. (CE) n. 1798/2003). L'art. 31-*bis* tace al riguardo;
- g) l'Autorità Fiscale che fornisce le informazioni «ne consente l'uso ad altro scopo nello Stato membro dell'autorità richiedente quando l'uso per scopi analoghi sia consentito dalla legislazione dello Stato membro dell'autorità interpellata» (art. 41, co. 3, Reg. (CE) n. 1798/2003). Anche la Direttiva n. 77/799/CEE prevede e circoscrive analogamente tale potere (art. 7, co. 3), ma sul punto l'art. 31-*bis* tace.
- h) «quando l'autorità richiedente ritiene che le informazioni fornitele dall'autorità interpellata possano essere utili all'autorità competente di un terzo Stato membro, può trasmetterle a quest'ultima», provvedendo ad informare l'autorità interpellata, che «può subordinare la trasmissione dell'informazione ad un terzo Stato membro al suo consenso preventivo» (art. 41, co. 4, Reg. (CE) n. 1798/2003). Anche la Direttiva n. 77/799/CEE dispone analogamente (art. 7, co. 4), ma sul punto l'art. 31-*bis* tace.

¹⁷ In modo netto, P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, op. cit., pp. 1148 sg. e p. 1156, evidenzia ampi margini di discrezionalità sia sul piano comunitario, sia sul piano dei trattati internazionali (sulla base di norme di analogo tenore).

A questo punto risulta evidente che il Legislatore italiano ha travalicato i limiti posti dalla Direttiva n. 77/799/CEE, e ribaditi, ai fini dell'IVA, dal Regolamento (CE) n. 1798/2003, cercando di spingere al massimo in favore della circolazione delle informazioni¹⁸.

Comunque è ovvio che all'attività di scambio di informazioni si applica la novellata Legge 7.8.1990, n. 241, concernente norma generali sull'azione amministrativa (salvo il Capo III, artt. 7–12, escluso *ex art.* 13), in ragione della tesi già in altre sedi ampiamente e ripetutamente argomentata¹⁹. Pertanto, in base all'art. 1, co. 1, debbono essere osservati i principi dell'ordinamento comunitario²⁰, e tra questi, in primo luogo, il principio del contraddittorio sia pure senza le minuziose garanzie formali normalmente previste dalla Legge n. 241²¹. Del resto –soprattutto a seguito della

¹⁸ R. CASTIGLIONE, *Cooperazione fra autorità fiscali*, op. cit., pp. 264-265, tenta di giustificare la laconicità dell'art. 31-*bis* ritenendo che in Italia l'attuazione della Direttiva 77/799/CEE sia avvenuta attraverso un implicito rinvio, «nel senso che essa è stata recepita nel suo contenuto integrale attraverso la generica formulazione "l'Amministrazione finanziaria provvede allo scambio con le altre Autorità competenti degli Stati membri della comunità economica europea delle informazioni necessarie per assicurare il corretto accertamento delle imposte sul reddito e sul patrimonio"» (art. 31-*bis*, co. 1, prima parte). Certo è che in caso di difformità o di silenzio dell'art. 31-*bis* dovranno trovare applicazione i principi della Direttiva di per sé autosufficienti.

¹⁹ La legge 7.8.1990, n. 241 è stata significativamente modificata dalla Legge 11.2.2005, n. 15. Per l'applicabilità della novellata Legge n. 241/1990 in materia tributaria v.: L. DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, p. 269.

²⁰ Secondo tale norma – sintomatica del fenomeno dell'integrazione giuridica europea – «l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario».

²¹ Sono molteplici gli argomenti di supporto: si pensi all'art. 4, co. 3, della Convenzione sulla Mutua Assistenza Amministrativa in Materia Fiscale, secondo cui ogni Stato contraente può dichiarare in ambito convenzionale che in base alla sua legislazione le autorità competenti sono tenute ad informare il proprio cittadino o residente prima di trasmettere le informazioni; al relativo Commentario laddove, *Paragraph 3*, n. 57, si evidenzia che «*some systems of national legislation contain provisions requiring the state to inform the person concerned before information is communicated to another state; other states are contemplating the introduction of a similar practice, either on the occasion of the legislative approval of the multilateral Convention or in the framework of general measures to protect the taxpayer*»; del resto sembra connaturato alla tutela del segreto commerciale, industriale, professionale, etc., che il soggetto interessato alla salvaguardia sia in grado di intervenire e di qualificare la consistenza e la rilevanza della segretezza nella fase preliminare alla divulgazione.

La dottrina e le istituzioni internazionali tendono a valorizzare al massimo il diritto del contribuente ad essere avvisato della richiesta di informazioni da parte di un'autorità fiscale estera: OCSE, *Tax Information Exchange between OECD Member Countries: a survey of current practices*, Parigi, 1994, sia pure in relazione all'art. 26 del Modello OCSE; J.D.B. OLIVER,

sentenza della Corte di Giustizia UE *Sopropé*, del 2008 – è ormai pacifico che il principio del contraddittorio (o della difesa in sede amministrativa), si configura come principio generale del diritto comunitario²².

4. Il regime dei vizi degli atti impositivi

Si pongono tuttavia profili complessi e delicati per quanto riguarda il regime dei vizi dell'atto impositivo in cui confluiscono le informazioni illegittimamente utilizzate.

Sul piano comunitario si ricorda che secondo la Commissione UE²³ lo scambio di informazioni deve aver luogo tramite le Autorità competenti, tassativamente individuate, e «se questa procedura non viene seguita, l'informazione fornita viene considerata non valida e non può essere utilizzata».

Peraltro tale rilievo, che attiene esclusivamente alla violazione delle norme sulla competenza, sembrerebbe *prima facie* carente di base normativa²⁴. Ciononostante per un verso potrebbe essere valorizzato come principio generale immanente al sistema, per altro verso, sulla base del principio

Exchange of Information and the OECD Model Treaty, in *Intertax*, n. 3/1995, pp. 116 sg.; R. BETTEN, *An Analysis of the 1995 Update of the OECD Model Convention*, in *European Taxation*, n. 2/1996, pp. 59 sg.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, op. cit., pp. 1156–1160; R. CASTIGLIONE, *Cooperazione fra autorità fiscali*, op. cit., pp. 295 sg.; R. SEER – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, op. cit., p. 151 et seq. Viceversa la prassi delle Autorità Fiscali è alquanto restrittiva e minimalista: per quanto riguarda l'Italia v. ad es. Agenzia delle Entrate, Circolare 19.10.2006, n. 32/E.

²² CGUE, 4.7.1963, *Alvis*, causa C-32/62, in Racc. pag. I-112; CGUE, 23.10.1974, *Transocean Marine Paint Association*, causa C-17/74, cit.; CGUE, 9.11.1983, causa C-322/81, *Michelin*, cit.; CGUE, 10.7.1986, causa C-40/85, *Belgio c. Commissione*, in Racc. pag. I-2321; CGUE, 12.12.2002, *Distillerie Cipriani*, causa C-395/00, in *Giur. Imp.*, 2003, pp. 637 sg.; CGUE, 18.12.2008, *Sopropé*, causa C-349/07, in *Rass. Trib.*, 2009, pp. 570 sg.; in dottrina v.: A.G. TOTH, *Legal protection of individuals in the European Communities*, vol. I, Amsterdam, 1978; H.G. SCHERMERS – D.F. WÆLBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, The Hague, 2001, pp. 39 sg.; e sui più recenti sviluppi, G. RAGUCCI, *Il contraddittorio come principio generale del diritto comunitario*, in *Rass. Trib.*, 2009, pp. 580 sg..

²³ Così la Relazione della Commissione UE sulla *Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio relativo alla cooperazione amministrativa in materia d'imposta sul valore aggiunto proposta di direttiva del Consiglio e del Parlamento Europeo che modifica la direttiva 77/799/CEE del Consiglio relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e indirette* (COM (2001) 294 def. del 18 giugno 2001).

²⁴ Infatti tale limite non è esplicitato né dalla Direttiva n. 77/799/CEE, e successive modifiche, né dal Regolamento (CEE) n. 218/92, né dal Regolamento (CE) n. 1798/2003.

dell'autonomia procedurale degli Stati membri, andrebbe ricondotto ai vari regimi di validità- efficacia-utilizzabilità vigenti nei diversi ordinamenti nazionali (che ne costituiscono la base normativa).

In altra occasione la Commissione UE ha fatto riferimento anche all'esistenza di un divieto, in capo agli Stati membri, di chiedere informazioni che la propria legislazione o la propria prassi amministrativa non consenta loro di ottenere. Ma anche tale divieto risulta di incerta base normativa, seppure in qualche modo desumibile dalle fonti comunitarie (art. 8, co. 1 e 3, Dir. n. 77/799/CEE, ed art. 40, co. 2 e 3, Reg. (CE) n. 1798/2003), e dai principio generali di equivalenza e reciprocità²⁵.

Più in generale il problema di fondo riguarda la natura delle norme che pongono vincoli e limiti allo scambio di informazioni, e la rilevanza della loro violazione nell'ambito del rapporto fra l'Autorità Fiscale ed il singolo contribuente.

Parte della dottrina svaluta le eventuali violazioni, collocandole sul piano dei rapporti fra le Autorità Fiscali degli Stati membri, piuttosto che della validità degli atti impositivi, evidenziando che i vincoli ed i limiti allo scambio sono posti nell'interesse degli Stati e non dei contribuenti, osservando che non si tratta di divieti in senso stretto (quantomeno nel sistema italiano²⁶), ovvero ridimensionando il problema mediante la teoria della inutilizzabilità delle prove illegittimamente acquisite²⁷.

Ma si tratta di orientamenti che suscitano profonde perplessità.

La circostanza che i vincoli ed i limiti siano posti nell'interesse degli Stati, per un verso è smentita dalla natura dei valori coinvolti (salva l'ipotesi

²⁵ Relazione della Commissione sulla *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio che modifica la direttiva 77/799/CEE relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e indirette* (COM(2003) 446 def./2 del 31 luglio 2003). Per la valorizzazione del principio di reciprocità v. ad es.: A.M. GAFFURI, *I limiti allo scambio di informazioni nelle indagini fiscali*, in *Fisc. Inter.*, 2004, pp. 413 sg.; A. MONTI, *Poteri di indagine dell'Amministrazione Finanziaria nello scambio di informazioni e principio di «reciprocità»*, *ibidem*, 2010, pp. 149 sg..

²⁶ In altri Stati membri la Direttiva è stata attuata assicurando maggiori garanzie ai contribuenti mediante specifici divieti, ad es. nei Paesi Bassi, in Francia ed in Portogallo; ma non mancano sistemi analoghi a quello italiano, o ancora più permeabili quali per es. quello irlandese e quello britannico. Sullo stato dell'attuazione della Direttiva n. 77/799/CEE nei Paesi dell'Unione Europea, v. R. SEER – I. GABERT, *Mutual assistance and information exchange*, op. cit., p. 151 et seq.

²⁷ A. FEDELE, *Prospettive e sviluppi della disciplina dello scambio di informazioni*, op. cit., pp. 52 sg.; P. ADONNINO, *Lo scambio di informazioni*, op. cit., pp. 1156–1158, che critica l'attuale assetto normativo ma prende atto della carenza di tutela dei contribuenti; F. ARDITO, *La cooperazione internazionale*, op. cit., pp. 257 sg., pur constatando la carenza di tutela giunge ad ipotizzare l'immediata impugnabilità degli atti istruttori dinanzi al giudice amministrativo.

sub lett. a), e per altro verso risulta inconferente in quanto è del tutto normale configurare la tutela degli interessi legittimi a fronte di norme poste nell'interesse pubblico²⁸.

Del resto si tratta di situazioni soggettive di rilievo ultranazionale –nel senso che si configurano in modo analogo nei diversi ordinamenti nazionali, a prescindere dalla contrapposizione, limitata soltanto ad alcuni Stati, tra diritti soggettivi ed interessi legittimi; pertanto ciò che conta è che tali situazioni soggettive risultino meritevoli di salvaguardia.

Che non si tratti di divieti in senso stretto è vero per la maggior parte delle ipotesi, ma l'emergere di profili di discrezionalità dà corpo a forme di tutela comunque apprezzabili.

Si ritiene infine che nell'ordinamento italiano il nuovo regime dei vizi degli atti amministrativi, ed in particolare il depotenziamento dei vizi formali di cui alla novellata L. n. 241/1990, debba portare al superamento della problematica dell'inutilizzabilità. Invero resta normalmente annullabile il provvedimento adottato in violazione di legge, o viziato da eccesso di potere o da incompetenza (art. 21-*octies*, co. 1), mentre non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti «qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» (art. 21-*octies*, co. 2). Pertanto la prova illegittimamente acquisita non porterà all'annullamento dell'atto di accertamento laddove risulterà palesemente irrilevante rispetto al suo contenuto dispositivo.

Più in generale il regime dei vizi dell'atto di accertamento nel quale confluiscono le informazioni trasmesse, risulta variegato, in quanto tale atto potrà presentare profili di illegittimità di rilievo comunitario (per violazione delle direttive o dei regolamenti UE) o di rilievo semplicemente nazionale, per violazione delle norme interne, o infine potrà risentire della violazione del diritto dello Stato dell'Autorità interpellata.

Pertanto la praticabilità di concrete forme di tutela risulta alquanto ardua proprio perché l'operato dell'Autorità Fiscale interpellata, così come quello dell'Autorità Fiscale richiedente, deve essere qualificato e vagliato in base al rispettivo diritto nazionale. Sembrerebbe infatti eccessivo gravare il giudice chia-

²⁸ V. ad es. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 22 sg., pp. 49 sg., ed in AA.VV., *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. II, Milano, 1995, pp. 282 sg.; Cons. Stato, Ad. Plen., 5.7.1999, n. 18, in *Cons. Stato*, 1999, I, pp. 1077 sg.; Cons. Stato, Ad. Plen., 25.5.2007, n. 8, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

mato a dirimere una controversia, su un atto impositivo nel quale sono confluite le informazioni estere, della conoscenza del diritto dello Stato dell'Autorità interpellata e delle attività svoltesi all'estero.

Vi è inoltre un orientamento – in materia di cooperazione internazionale nella riscossione tributaria – secondo cui la validità degli atti concerne esclusivamente l'ordinamento nel quale vengono posti in essere, pertanto sarebbe precluso al giudice italiano qualificare invalido un atto in base a norme appartenenti ad ordinamenti stranieri²⁹.

Ove a ciò si aggiunga che nei vari sistemi tributari degli Stati membri, e certamente nel nostro, normalmente viene esclusa ogni ipotesi di tutela immediata a fronte degli atti istruttori, rinviandosi la tutela del contribuente al momento in cui l'Autorità Fiscale emette l'atto impositivo e fa quindi valere in concreto le sue pretese (tecnica della *tutela differita*)³⁰, il quadro risulta del tutto sconcertante.

5. Le soluzioni desumibili dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: il *leading case Ravon* del 2008

La prospettata situazione di carente tutela dei diritti e degli interessi dei contribuenti non è più compatibile con il fondamentale principio della effettività della tutela giurisdizionale, posto dagli artt. 6 e 13 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo.

²⁹ La giurisprudenza ritiene che spetti all'autorità dello Stato in cui si è sorta l'obbligazione tributaria il compito di accertarne la sussistenza e di formare gli atti impositivi ed il titolo esecutivo secondo le leggi vigenti in quell'ordinamento, mentre compete all'autorità dello Stato in cui si deve effettuare la riscossione il compito di gestire gli atti riferiti a tale fase esecutiva, compresa la lite relativa alle eventuali illegittimità che in tale fase si sono verificate. In tal senso, Cass. civ., Sez. Un., sentenza n. 760/2006, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, II, pp. 847 sg., con nota di A. MULA, *A proposito di una recente pronuncia in tema di assistenza internazionale nella riscossione dei crediti tributari*, v. altresì: M. POGGIOLI, *Le controversie giudiziali generate dalla riscossione in Italia di crediti tributari formati all'estero ed il riparto di giurisdizione affermato dalle SS. UU. della Corte di Cassazione*, *ibidem*, 2007, II, pp. 119 sg.; P. MASTELLONE, *Recent developments in cross-border enforcement of tax liability*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, n. 2/2009, pp. 581 sg.

³⁰ Cons. Stato, n. 6045/2008, cit., con nota critica di A. MARCHESELLI, *Il Consiglio di Stato "limita" le garanzie formali negli accessi agli studi professionali*, in *Corr. Trib.*, 2009, pp. 536 sg.; Cass. civ., Sez. Un., n. 6315/2009, cit., con nota critica di S. MULEO, *Le Sezioni Unite dichiarano non impugnabili dinanzi al TAR gli atti istruttori del procedimento*, *ibidem*, 2009, pp. 1914 sg.. Secondo la giurisprudenza italiana resta ferma l'impossibilità di impugnare immediatamente un atto della verifica fiscale; anche una ipotetica immediata lesività dell'atto istruttorio non consente deroghe al principio della tutela differita.

Nonostante le tradizionali riserve e resistenze contrarie all'estensione delle garanzie della CEDU alla materia tributaria³¹, negli ultimi quindici anni la Corte di Strasburgo è giunta a riconoscere l'applicabilità di tali garanzie prima alle controversie in tema di sanzioni amministrative tributarie³², poi alle controversie in tema di agevolazioni tributarie³³, di diritti di prelazione del fisco³⁴, di rimborso dei tributi³⁵, ed infine – sorprendentemente – anche alle verifiche fiscali³⁶.

La Corte ha ritenuto applicabile il principio di effettività della tutela giurisdizionale anche al settore delle verifiche fiscali, a prescindere dalla possibilità offerta al contribuente di agire in via differita per contestare l'illegittimità degli atti o chiedere il risarcimento del danno.

Nel leading case *Ravon* del 2008, la Corte ha ritenuto la legislazione fiscale francese in contrasto con l'art. 6, par. 1, CEDU, nonostante che al contribuente

³¹ In argomento, v. P. VAN DEN BROEK, *Taxation and the European convention on Human Rights*, in *European Taxation*, 1985, pp. 344 sg.; A. ANDERSEN – J. MALHERBE (a cura di), *Protection des droits fondamentaux du contribuable*, Bruxelles, 1993; S.N. FROMMEL, *The European Court of human rights and the right of the accused to remain silent: can be invoked by taxpayers?*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1993, I, pp. 2149 sg.; J.P. LE GALL – L. GERARD, *Les recours des contribuables sur le fondement de la convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Droit Fiscal*, 1994, pp. 878 sg.; D. DE DROUAS – I. SIENKO, *The Increasing Importance of the European Convention on Human Rights in the Tax Area*, in *Intertax*, 1997, pp. 332 sg.; N. KLEEMANS, *The relationship between the national system of legal protection of the taxpayer and the European convention on human rights*, in *EC Tax Review*, 2000, pp. 45 sg.; P. BAKER, *Taxation and the European Convention on Human Rights*, in *European Taxation*, 2001, pp. 308 sg.; C. CAUMONT CAIMI, *Taxation and the European convention on human rights in the domestic law of the Council of Europe countries*, in *European Taxation*, 2001, pp. 531 sg.; Y. MARTÍNEZ MUÑOZ, *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en materia tributaria: un análisis jurisprudencial*, Pamplona, 2002.

³² CEDU, 24.2.1994, *Bendemoun c. Francia*; CEDU, 27.2.2001, *X c. Italia*, in *Il Fisco*, 2001, pp. 4683 sg.; CEDU, 23.7.2002, *Janovic c. Svezia*; CEDU, 23.7.2002, *Vastberg Taxi Aktiebolag c. Svezia*.

³³ CEDU, 26.3.1992, *Editions Périscope c. Francia*.

³⁴ CEDU, 22.9.1994, *Hentrich c. Francia*.

³⁵ CEDU, 3.10.2003, *Buffalo c. Italia*; CEDU, 22.10.2003, *Cabinet Diot c. Francia*; CEDU, 22.10.2003, *Gras Sayaye c. Francia*.

³⁶ CEDU, 21.2.2008, *Ravon c. Francia*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, pp. 181 sg., con nota adesiva di S. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 della Cedu anche all'istruttoria tributaria a seguito della sentenza del 21 febbraio 2008 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso Ravon e altri c. Francia e le ricadute sullo schema processuale vigente*, pp. 198 sg., e di A. MARCHESELLI, *Accessi, verifiche fiscali e giusto processo: una importante sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *GT - Riv. Giur. Trib.*, 2008, pp. 746 sg.; CEDU, 16.10.2008, *Maschino c. Francia*; CEDU, 20.11.2008, *IFB c. Francia*; CEDU, 24.7.2008, *André c. Francia*; CEDU, 18.11.2008, *Kandler c. Francia*.

fosse riconosciuto il diritto a ricorrere alla Corte di Cassazione per i profili di pura legittimità (punto 29), così come gli fosse riconosciuta la facoltà di contestare a posteriori l'operato degli uffici fiscali nel corso del successivo contenzioso (punto 31), e di agire in giudizio per ottenere (sempre a posteriori) il risarcimento dei danni subiti (punto 33); né ha assunto rilievo esimente la previsione di un'autorizzazione giurisdizionale preventiva in quanto in tale fase il contribuente non ha conoscenza del procedimento avviato a suo carico e non ha diritto alcuno ad interloquire, mancando qualsiasi forma di contraddittorio (punto 30). La Corte ha ritenuto necessario che «in termini di ispezioni domiciliari [...] le persone interessate possano ottenere un controllo giurisdizionale effettivo, in fatto come in diritto, sulla regolarità della decisione che prescrive l'ispezione e, se del caso, sulle azioni intraprese sul suo fondamento»; inoltre «il (o i) ricorso (i) a disposizione deve (devono) consentire, in caso di constatazione di irregolarità, sia di prevenire la continuazione delle operazioni, sia, nei casi in cui l'operazione considerata irregolare abbia già avuto luogo, di fornire all'interessato un opportuno rimedio» (punto 28)³⁷.

Si ritiene che i principi del caso *Ravon* debbano trovare applicazione anche in materia di scambio di informazioni, laddove l'impugnazione immediata contro l'atto istruttorio dell'Autorità interpellata si mostra come l'unica forma di tutela effettiva praticabile, proprio in ragione del frazionamento dell'attività istruttorie fra Autorità interpellata ed Autorità richiedente, con atti retti da ordinamenti diversi, la cui impugnazione è rimessa quindi ai rispettivi giudici nazionali.

Del resto si consideri che lo scambio di informazioni è disciplinato dal diritto comunitario e che i principi della CEDU sono ormai parte del diritto comunitario.

Per altra via, l'art. 1, co. 1 della novellata Legge n. 241/1990 concreta un importante canale normativo di afflusso dei principi dell'ordinamento comunitario – e, quindi, anche dei principi della CEDU – nell'ambito del diritto nazionale tributario italiano. Ciò vuol dire che ormai la violazione dei principi in tal modo affluiti nell'ordinamento italiano si configura (anche) come violazione del diritto nazionale.

³⁷ Su tali basi S. MULEO, *L'applicazione dell'art. 6 della Cedu*, op. cit., p. 200, giunge a criticare la teoria della cosiddetta *tutela differita*, configgente con il principio della tutela effettiva, «sia perché rimarrebbe priva di controllo giurisdizionale la legittimità di accessi non seguiti da atti impugnabili, che pur possono ledere in maniera anche significativa diritti dei singoli, sia perché la Corte di cassazione, essendo giudice di legittimità, non ha il potere di decidere sugli elementi fondanti in fatto le autorizzazioni in discorso».

Emission trading between environment and company in Italy*

Caterina Coco

* Paper presented at the meeting “*El sistema tributario como instrumento de protección del medio ambiente*” held in Madrid on 17th November 2009 translated in English by Martina Falzetti.

CONTENTS: 1. *Environment as a protected juridical value*; 2. *Environmental taxation and benefits for companies*; 3. *Greenhouse gas emission allowance: nature and transferability*; 4. *Emission allowance on companies budget*; 5. *Open questions and uncertainty of traffics*.

1. Environment as a protected juridical good

According to Massimo Giannini the juridical concept of environment has several means. these be applied in at least three distinct areas: the landscaping one, extending the sense to the understanding of the aesthetic and cultural elements of the landscape, configuring the natural environment in a unitary and distinct way from the one “built” by the humans; the one related to the environmental resources (as air, water, soil and subsoil) subject to degradation, caused by humans activities and pollution; the town -planning one, related to the asset and use of territory¹. So, it can be argued that the word “environment” has several different meanings and it represent on the whole, a fundamental public interest, which requires a balance with other interests protected by the Constitution.

The article 117 letter s), of the Italian Constitution, assigning to the state an exclusive jurisdiction concerning the “environmental, ecosys-

¹ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in Riv. Dir. Pubbl. 1976 pag. 36

tem and cultural heritage protection”, confirms the centrality of the role that the environment plays in the public interest implied. The inclusion of terms as “environment and ecosystem protection” complete in the sense of a logical course, the limited configuration expressed, in articles 9 and 32 of the constitutional Charter, under which landscape and health constitutes already significant values and interests².

The same article already mentioned, 117 of the Constitution, includes however among concurrent legislative matters health, scientific and technological protection and support for innovation in the productive sectors, valorization of cultural and environmental goods. The Constitutional legislator, considering the environmental protection as a main value, requires the coordination of powers and initiatives able to affect the ecosystem. The Constitutional Court denied the possibility to configure a single “matter that can be connect in a technical sense exclusively to the environmental protection”, describing the environment as a “constitutionally protected value”. Environmental protection, therefore, has different and articulated interest and competences³.

Still unsolved is the problem of the connection between legal regulations and technical standards in both Italian and European environmental legislation, referring to the prior definition, in the science field, the goals of quality and determination of limit values, expressed through the technical issues. It seems to be also relevant the relationship between legal prevention and environmental information, as meaning that the legislator has to consider the data stream with the aim of the tendency of the technical law⁴.

In fact the rules on the environmental protection cannot ignore the multidisciplinary knowledge of the related problematic; otherwise they are destined to remain vague and generic, namely without actual contents.

² G. CORDINI, *Legislation, information and environmental research*, Conference proceedings “Between technology and environmental protection legislation”, Taranto 23 November 2005, University of Bari.

³ See, Judgment of the Constitutional Court n. 407/2002, 222/2003, 259/2004, 108/2005, 215/2006

⁴ It may be useful to consult the first Directive n. 313/1990, issued on the freedom to access to the information of the environment matter.

2. Environmental taxation and benefits for companies

The importance of environmental protection has led the industrialized states to the need to connect the reasons of the ecology with the reasons of the economy, in a way to ensure at the same time the preservation of companies, of the free market and of the ecosystem.

We can not overlook, however, that the ideology of environmentalism appears outdated and the respect for the environment is regarded as a profitable investment.

Moreover, the consumption of environmental resources, not reinstated and not refundable, leads to an irreversible damage of the same production. Companies, therefore, consider the convenience of adapt to some regulatory requirements, adhering to a system of rewards based on the provision of eco-incentives: tax and contributive benefits allows to choose between a production environmentally friendly and a production pollutant. The binomial of environmental taxation and eco-incentives represents the element of pressure for the reconversion of the economy, leading to the reduction of indiscriminate exploitation of environmental resources.

Environment levies and taxes are considered by the economic theory one of the most important tools in terms of environmental effectiveness and economic efficiency⁵: in fact, the internalization of environmental damage in the market prices will reduce the amount of pollution and the correction of the existing distortions in the market for the indiscriminate use of environmental resources, on the one hand, while in the other hand minimizes the relationship cost-benefit, in the sense of achievement of environmental objectives at the lowest possible cost (which implies a lower loss for the community in welfare, in equal benefits, compared to other instruments for environmental protection). The goal of environment levies and taxes is not to increase the overall revenue, but changing the behavior of producers and consumers in a manner favorable to the environment⁶. To make this happen, it should lower the tax levy⁷. Fiscal leverage, in eco-

⁵ L. FERRAJOLI, *Environmental taxation and eco-incentives in "internal revenue"*, No. 39/2000, p. 11950.

⁶ Pollution is considered as an external diseconomies: When a business compromise the quality of the environment and the responsible for the damage doesn't give any compensation, this creates a burden for the society measured in terms of reduced usability of the environment, see the topic E. GERELLI, *Taxation and consumption environment*, Milan, 1991.

⁷ Environmental policies tend, however, to impose a price to the use of environmental

logical function, is the most used tool to support a different allocation of resources to virtuous development models, based on a combination of environment, economic growth and employment. Acquired and substantially exceeded the principle of “the polluter pays”, with the introduction of the principle of sustainable development, the connection between economic development and environment has consolidated with the introduction of eco-incentives (ex art. 11, Law No. 133 / 1999, Linked to Financial 1999).

In this perspective, environmental regulations should take the characteristic of a technical rule based on the best environmental standards and on better technologies; standard has to correspond with tax or incentives to finance technological innovation to the protection of the environment, remediation of contaminated sites, of the public organization for the control of the observance of the legislation protection, with duties of technical evaluation and sanctioning power in case of inobservance. In terms of eco taxes Italy and other Member States are free to establish better fiscal regimes, with limits set to protect competition and free movement. The overall tax and the effect on the imposition has to be tempered by a number of contextual measures to mitigate or neutralize any direct or indirect effect, unintended in terms of social equity (regressive) or on the production (inflationary)⁸. In Italy, although there are many green tributes (TARSU, Carbon Tax, Fee for the provision of waste in landfills, etc.), that are not yet implemented in an environmental policy⁹, based on environmental taxation: were introduced environmental taxes, the revenue from which is not intended only for environmental protection (nor the taxation is passed from labor to consumption).

The eco-incentives, however, related to loans, capital grants, destruction, etc.. are the real stimulus for the conversion of the industry in “green”¹⁰. The interest in a production system inspired by the environmen-

resources through tax disincentives and / or redistribution (rates, fees, taxes on products not eco-friendly, etc.).

⁸ The theory of “double dividend tax” shows how environmental taxes are not only able to reduce pollution, but their revenue produce an additional benefit, as it allows the reduction of other taxes, which produce discursive effects.

⁹ On this topic, see my article *Tax benefits and the environment: a problem and many unknowns*, in *Environment and Agriculture*, 2005.

¹⁰ With Regulation No. 800/2008, adopted in the implementation of the Action Plan on State aid in 2005 and under the power conferred by Council Regulation No. 994/98, the Commission introduced a scheme made the “block exemption” (so-called “block exemption”), meaning those measures identified for different types that are declared compatible with the

tal protection has led to strengthen environmental information systems, tax assessment based on economic sector studies, to allow the intersection of environmental and fiscal data¹¹. Obviously, the successful use of these instruments (taxation, eco-incentives, environmental auditing, etc..) Depends largely on the degree of harmonization of interventions between the various states and is based on international consensus, which must be as broad as possible.

3. Tradable emissions permits: nature and transferability

We recalled, briefly, the problems raised by the environment and its protection in relation to the different meanings and its related policies (economics of taxation, contributions, etc.).

Among the most interesting measures (although it is difficult to assess their effectiveness) recently been adopted on the environment were reported the so called 'Flexible mechanisms', introduced by the Kyoto Protocol (rati-

common market and not subject to notification.

In this case the ex ante control is replaced by a compatible ex post, since it is declared by local authorities, under certain conditions which may subsequently be subject to verification. The original ten categories of aid exempted twenty-six become the new guidelines and, between the new, is that of "aid for environmental protection." n recital 45, 46 and 47 is possible to find the conditions of aid compatible environment, with strong similarities with those of communication already commented:

- a) the relationship between sustainable development and high level of protection and improvement of environmental quality;
- b) pollution as a negative externality;
- c) the internalization of environmental costs through taxes;
- d) the absence of full harmonization of environmental standards at Community level as a cause of distortion of competition;
- e) the opportunity to exempt state aid on the environment through reductions in environmental taxes.

Among the specific types of aid compatible by the new regulation is considered therefore that also includes aid in environmental protection and, within it, the category of reductions in environmental taxes, disciplined art. 25 measure.

The general conditions for exemption are made by "transparency" (able to calculate the gross equivalent sovvenzione advance, without carrying out a risk assessment), with measures identified in the existence of a ceiling and does not constitute aid individual "to import above the threshold. A garrison of interest to the checks, there are information requirements for the Member States.

¹¹ The parallel analysis of environmental and tax liability is in the "environmental balance" its most representative document (drafted under the EC Regulation 1836/93).

fied in Italy by Law No. 120/2002) which consist to reduce emissions of greenhouse gases (carbon dioxide, methane, nitrous oxide, hydro- fluorocarbons, fluorocarbons in, hexafluoride sulfur), considered highly polluting.

The mechanisms identified are three: the International Emissions Trading (IET), the Clean Development Mechanism (CDM) and Joint Implementation (JI).

The first one represents the possibility that a country or company can buy or sell to other countries or companies emissions permits in order to align with its emissions the quota assigned: the person interested will sell these permits if their emissions are below the quota assigned, otherwise he will buy them.

The second is a collaboration mechanism, through which companies or states that implement clean technology projects in developing countries receive emission credits, equal to the reduction obtained from the levels estimated in the absence of the project.

The third is a mechanism of cooperation between industrialized countries and those with economies in transition, for achieving their emission reductions through emission credits.

The connection between the flexible mechanisms and the exchange of emission allowances in the EU is the Linking Directive (Directive 2004/101/EC amending Directive 2003/87/EC). The implementation of Directives 2003/87 and 2004/101, referred to the mechanisms described, was introduced in Italy, by Legislative Decree no.216/2006.

This exchange system is completely new, designed initially to affect about 12,000 facilities that emit in the atmosphere nearly the 50% of carbon dioxide throughout Europe¹². The system requires each Member State determines, at a frequency (three-five years), the absolute limit emissions of greenhouse gases released into the atmosphere by certain types of industrial installations (Annex I to Directive 2003/87/EC recast in Annex A of the Decree. No 216/2006, cit.). Since the entry into force of Law, ex-art. 4, no system can pursue activities listed in Annex A, without being provided with authorization to emit greenhouse gases released by the competent national Authority (using the operative support of the Ministry of Environment and the territorial protection, Directorate for Environmental Research and Development)¹³.

¹² The estimate can be read in the memo of March 4, 2004, available in the official website of the EU.

¹³ Article. 4 of the Decree. No. 216/2006, cit., sets deadlines for submitting applications for

The National Committee of management (national authorities) ex-art. 80 of legislative decree, has a series of tasks and powers: draw up the National Allocation Plan (NAP) of emission allowances; prepare allocation of the quote on the basis of the NAP, issues permits, accredits verifiers, imposes sanctions, issues shares in exchange for CERS (certified emission reduction units) and ERUS (Emission Reduction Units); submit to Parliament a report, by April 30 of each year, on the work done in 'previous year, etc.

The Committee, having ordered the allocation of emissions for new plants, announced the release of emission allowance to the operator of the plant and to the administrator of the national registry of emissions and allowances (APAT), (ex- Articles. 11 and 14 of Legislative Decree)¹⁴.

Article 15 of legislative decree Contains requirements for the transfer, surrender and cancellation of emission allowances. The transfer of emission allowances is free and it is the registry administrator (APAT) to proceed with the transfer of allowances, according to the method claims and those of verification, defined by the Committee. The operations of transfer, surrender or cancellation of quotas is subject to entry in the Register¹⁵.

The operator of each facility is required to return by April 30 of each year, emission allowances entered on the register and the corresponding amount of emissions (actual amount of carbon dioxide) emissions released from the installation during the previous solar year.

Managers are allowed to use CERS (certified emission reduction units) resulting from project activities in the Community scheme. This is done through the release and immediate transfer by the Committee, of allow-

authorization or permission to upgrade existing installations before the entry into force of the law.

¹⁴ Each quota gives right to release into the atmosphere one tone of carbon dioxide; the issue of allocation to "new entrants" who access to the trading system after 1 January 2005 is very delicate because each share withdrawn in advance from the market, for being assigned to any new businesses, reduce the amount of shares available for existing plants. Member States must identify the proceedings in the national plans for allocating quotas to new plants.

¹⁵ The system of electronic records (the shares are not printed on paper but exist only in electronic form in an account in the registry) following the emission allowance changing hands on the market is separate from trading activity since not all exchanges lead to a transfer of ownership of emission allowance: only if the exchange results in a change of ownership is a transfer of allowances between account holders of the registry system. The system will then work in a similar way to a banking system (an undertaking is subject to a commitment to reduce emissions and any person interested in buying or selling of allowances must have an account), which allows for tracking ownership of the money accounts, but the market transactions of goods and services that are the basis of changes in ownership of the money.

ance emissions in exchange of a CER. The registry administrator shall cancel CERS used by operators during the first period. Where the operator is unable to repay emission allowances in the amount, of which the declaration under Article. 16, paragraph 5 of Legislative Decree Is subject to a pecuniary sanction ,for each share not returned, of 40 Euros for the first period and 100 Euros for subsequent periods. In any case, payment of the penalty does not release the operator from the obligation to surrender emission allowances equal to emissions allocated indebted.

Heavy penalties are also applied in cases of not requiring authorization, art. 20, paragraph 1 (administrative sanction from 25,000 to 250,000 Euros, increased, for each tone of carbon dioxide equivalent, issued without the approval, of 40 Euros for the first period and 100 Euros for subsequent periods); and in cases not notified information or providing false information , unless the act constitutes a crime.

Since allowances can be traded, it follows that the company, which produces gas to a larger extent than the quotes allocated to it, must recover on the market the missing quotes by another company that produced harmful emissions to a lower extent. What is, then, the legal nature of emission allowances: This is undoubtedly a legal good capable of economic assessment, in particular, is classified as intangible asset¹⁶. Anyone interested in buying or selling quotes must therefore hold a position in the register. This leads to the problem of transfer of ownership of emission allowances and the shift of “ownership” by the legal predecessor to the successor in title. Only the annotation on the register validate the agreement, before that time, the agreement providing for the transfer of those quotes can only produce a mere binding effects, under which the legal predecessor is required to procure the purchase of a certain amount of allowances in the hands of the successor in title.

It could, however, occur in cases where the simple right to obtain the annotation in their favor of a certain amount of quotes but the transfer does not occurred¹⁷yet .

In 2007, controlled by the Electricity Market Operator (GME) came into operation the stock of CO₂, for the purchase and sale of emission allowance (lot minimum bid equal to 500 units; the operator must hold a

¹⁶ Art. 10 Dir. 2003/87/EC, for the years 2005/2008 Member States shall allocate at least 95% of allowances free of charge, for the five years commencing January 1, 2008, Member States shall allocate at least 90% of allowances for free, then some of the shares is issued on payment.

¹⁷ Could develop a market of derivatives such as put options and call options, close to the annual schedule of terms for repayment.

deposit account by the European registries: who wants to sell the shares has to transfer the units to exchange. The price of the shares, as in any market depends on supply and demand)¹⁸.

4. Emission permits in the companies budget

The legal nature of emission allowances and the possibility of transferring these quotes among those assignees determine the effects of accounting firms and tax treatment related on the exchange of quotes, on their refund, on the payment of eventual penalties, which follow the failure of the legislation into force; in addition to the VAT system.

The emission allowance is representative to the right to emit one tone of carbon dioxide, in relation to the needs of plants, included in Annex A, in Legislative Decree No. 217/2006, in a number that cannot be superior to what was projected in the PNA. In the PNA, part of the quotes are allocated to operators and part are placed in reserve for allocation to new installations.

Apart from the allocation method adopted (free of charge or for consideration), quotas are indistinct, and although the allocation is made only in favor of facilities included on the scope of the directives, any transfer may also be in favor of any subject within the European community, not obtained of a permit to issue.

What's more, the authorization to issue and allocation of emission allowances are two separate and distinct moments: the manager, when it is authorized to issue, does not acquire quotas, which are assigned to him only with the ' allocation contained in the PNA, the number not given by the authorization ,for the period referred to the PNA. The quotas are in fact valid throughout the reporting period ;are deleted when they are returned or on request of the holder or in case of allocation of replacement allowances.

For budgetary purposes, therefore, considering the share issue as a mere emission allowance (Article 3 letter a) Directive 2003/87EC), it must

¹⁸ GME runs a trading book, in which, during the trading session, operators can enter the orders (buy or sell), indicating the year of reference of allowances, the quantity and the price reported to an allowance. Proposals for acquisition and sales are sorted according to price priority and if a price equal, according to the temporal order of receipt of the offer by the computer system of GME and automatically matched.

be considered correct the budgeting in accordance with the provisions of 2424, Civil Code. between intangible assets, in the balance sheet.

In the case of budgeting among the intangible assets may arise differences on the identification of the value to be recorded in the account of the shares, depending on whether or not the company is required to prepare the budget according to IAS (apply in this case, IAS 38).

In the case of firms subject only to the application of the national Italian accounting principles, the art.2423-bis, Civil Code., Paragraph 1, provides “the valuation of items must be made with prudence and on the prospective of the continuity of the activity , and also considering the economic function of the element asset or liability” (with substance over form).

This accounting standard (No. 24 CNDC-CNR) provides that, for the capitalization of assets on the balance sheet, the costs:

- must have been supported;
- must not deplete its utility in the exercise to support and demonstrate the ability to generate future economic benefits;
- relate to intangible assets that have their own identifiable and are represented by legally protected rights, under which the company has the exclusive power to make future benefits, expected from such property (analogous to the patent rights, rights copyrights, concessions, licenses).

In these cases the capitalization is mandatory and distribution of its cost is charged to income statement in the relative sinking fund.

The same accounting policy prohibits the capitalization of intangible assets free of charge (the value cannot be counted nor is possible the capitalization of the estimated cost, in return for an extraordinary item).

The possession of an intangible asset acquired for free is not valued in the financial statements and this principle should apply to allowances acquired, free of charge, within the PNA.

In contrast, entry of the quotes acquired, for consideration, should be at the lower value between acquisition cost and the realizable value. Within a community context the position that gives an accounting nature of “intangibles” to allowances is the most widespread, with the exception of France, where the acquisition of bonus units is assimilated to state aid.

From this point of view, the decision to manage in the suspense accounts the consumption of the shares as a result of free allocation appears consistent with accounting principles (with appropriate disclosure in the notes).

Other hypotheses can see the emission allowances assessed among the current assets: this implies the emergence of income and taxable income in case of sale of surplus allowances. Where the company during the end of year report is in condition, instead, of having to buy shares for then return them to the management body, under the principle of competence will allocate its expenses, without prejudice to other principles of inherence, certainty, and objective determinable. There should be a common accounting treatment, given the uncertainty of the legal and regulatory mechanisms.

The assumptions of management of emission certificates to “store” ,is peaceful in the case of trading activities, by entities engaged in such activity.

The VAT system applicable to transfers of shares is set on the base of their nature and function. Since the emission allowance is not attributable to the securities or goods, nor between goods incidental to the goods being in production, nor the securities, the transfer concerns the transfer of a right to an intangible asset, which constitutes a supply of services (Article 9 of Directive n. 77/388 EEC). According to art. 3, D.P.R. No 633/72, therefore, the supply of shares included as “sales, concessions, licenses and similar ...” just as skilled services.

For the purposes of territoriality, its supply is governed by Article 7, paragraph 4, d, D.P.R. No 633/72, cit., Which provides transaction tax in the country of the client-buyer (reverse charge), under Article 17, paragraph 3 of Presidential Decree No. 633/72, cit ..

The application of the reverse charge requires the simultaneous occurrence of two conditions: a) the recipient of a taxable supply must be identified for VAT in the country where the transaction is deemed to be, according to the criteria of territoriality, b) the transferor is a taxable person not established in this country.

We have to remind that, in the presence of the two conditions, the tax liability burden on the purchaser, taxable person, in the other State, which is obliged to fulfill the local value added tax, according to the reverse charge.

The seller, therefore, even if identified in the other State (directly or through a tax representative) can not in any way proceed to issue an invoice with VAT charged, since the tax is payable by the transferee (the obligatory reverse charge: cf. Art. 17, paragraph 3, last sentence, of Decree No 633/72, cit.).

On March 20, 2009 was issued Resolution No. 71 / from the Inland Revenue, in response to question from a Swiss company, operating in the marketing of CO₂ certificates and green certificates. The resolution repeats

that the transfer of CO₂ certificates (right to emit carbon dioxide) “is not subject to tax in Italy because there are no known about the subsequent legal event of the rights assigned and the place of their future subsequent use.” The operation is thus off-VAT field, ex. article 17, paragraph 4, f, D.P.R. No 633/72, cit. For the lack of the use¹⁹ prerequisite of the service in the Italian territory.

Furthermore, the resolution affirm that the transactions relating to CO₂ certificates, attributable to transfer of intangible rights, qualify as services under Article. 3, paragraph 2, number 2 of D.P.R. No. 633/72.

A few observation, at the end, on the tax treatment of the penalty.

Article. 20, the Legislative Decree No. 216/2006, cit., Provides for financial penalties, which do not exempt the operator from defaulting surrender allowances to cover excess emissions or wrongly assigned.

The penalty, therefore, more than a sanctioning nature seem to be a function of market regulation: this should be able to allow the deduction for tax purposes. The difference in tax treatment of such sanctions (deductible in Austria, Germany, France) can cause discursive effects in cost and prices of the companies concerned.

5. Open questions and uncertainty of traffics

The accounting treatment of emission allowances is still full of uncertainties, also in relation to the applicability or otherwise for the company of international accounting standards. It must be clear, then, if companies take the Italian national accounting standards may qualify allowances, free of charge, as intangible assets where is applicable a depreciation, art. 103, T.U.I.R., or as discounts. It should be also ensured the detection and the amount of accounting debt, in the business hypothesis of “short” position of shares and, therefore, forced to acquire it on the market.

Another important issue of civil nature, is on the consequences of any defects of contracts for transfer of emission allowances compared to others, whether they have purchased it. The solution could be similar to that provided in terms of paper debt certificates (ex art. 32, paragraph 2, Leg.

¹⁹ n Resolution No. 339 / E, 1 August 2008, in a situation similar to the Agency stated that “the identification of the place of use strongly involves issues to be addressed from time to time based on a detailed survey of the facts and surrounding concrete.”

No. 213/88), whereby the person who has obtained, in good faith, registration in his favor of allowances cannot be subject to claims or actions by previous owners.

Similarly, even if the trading of shares result of errors in the allotment or refund (and subsequent cancellation) of shares, the solution could be the one taken on the field of bill of exchange (ex art. 1993, Civil Code ..). That is, once been registered, the issuer may offer shares to the holder of the only personal exceptions or common to all the holders of the same rights.

The two solutions could find an obstacle in the provision of Article. 20 of Directive 2003/87/EC provides that “if the automated control finds irregularities, the central administration shall inform the Member State or Member States concerned, who will do not register the transactions in question or any transactions relating emission allowances concerned until the irregularities are not remedied. “

The term “irregularities” could result if not properly interpreted, the application of common principles in contractual matters (nullity resolutions failure, eviction). Which would lead to a substantial uncertainty of traffic and movement of shares.

Another element of danger are the so called carousel frauds, which may be implemented in VAT, through the creation of missing trader, causing extensive damage not only the treasury, but also to the market of allowances, which in some Member States has significant downturns.

In conclusion, what and how the mechanism of emission allowances may affect the environment depends on the behavior of operator: if the system of rules is accepted and shared in an ethical function, since the rules receive widespread acceptance to narrow margins of unreasonable and arbitrary, connected to choices related to speculation, can lead to development of a system of rights and duties of subjects, truly share in the common fate of the planet²⁰.

In this view, it is very interesting an essay by Elinor Ostrom, *Governing the commons*, where the author (Nobel prize for economics in 2009) expresses, among other things, some thoughts on how to administer the natural resources used in common.

After recalling the theoretical models on the use of public goods (Tragedy of public goods, prisoner’s dilemma, Logic of collective action), the

²⁰ Vedi, in proposito, G. GUARINO, *Diritto ed economia, una riflessione sull’Italia, l’Europa, il mondo*, in “Economia italiana”, 2009/1, pag. 183.

Ostrom prospect the theory of binding contract in a collaborative strategy between persons interested in the use of public goods .

It is cooperative model, which led to the use and not to the destruction of the collective good in the interest of the parties involved.

Deepen the ways, according to which self-organized and self-governing institutions have survived to droughts, floods and major climatic and political changes (civic uses, irrigation of huertas in Spain, use of wood in Switzerland, etc.) Can lead to the study and to the adoption of mechanisms other than the mere exchange.

I diritti di emissione tra ambiente e impresa in Italia*

Caterina Coco

* Relazione presentata alla Tavola Rotonda sul tema “*El sistema tributario como instrumento de protección del medio ambiente*” tenutasi a Madrid il 17 novembre 2009.

SOMMARIO: 1. *L'ambiente come bene giuridico tutelato*; 2. *La fiscalità ambientale e le agevolazioni per le imprese*; 3. *Le quote di emissioni di gas a effetto serra: natura e trasferibilità*; 4. *I diritti di emissioni nel bilancio delle imprese*; 5. *Problemi aperti e incertezza dei traffici*.

1. L'ambiente come bene giuridico tutelato

Per Massimo Severo Giannini il concetto giuridico di ambiente comprende vari significati e può trovare applicazione in almeno tre distinti ambiti: quello paesaggistico, estendendo il senso alla comprensione di elementi estetici e culturali del paesaggio, configurando l'ambiente naturale in modo unitario e distinto da quello “costruito” dall'uomo; quello relativo alle risorse ambientali (aria, acqua, suolo e sottosuolo) soggette a degrado, in ragione delle attività umane e dell'inquinamento; quello urbanistico, in rapporto all'assetto e all'uso del territorio¹. Si può, quindi, sostenere che il significante “ambiente” rimanda a più significati e costituisce, nel suo complesso, un interesse pubblico fondamentale, che impone il bilanciamento con altri interessi tutelati dalla Costituzione.

Il novellato art. 117, Cost., lettera s), assegnando all'esclusiva competenza dello Stato la legislazione in tema di “tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali” conferma la centralità del ruolo che la materia ambientale ri-

¹ M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in Riv.dir.p pubbl., 1976, p. 36

veste per il rilevante interesse pubblico sotteso. L'inserimento delle espressioni "tutela dell'ambiente e dell'ecosistema" completa, nel senso di un logico svolgimento, la limitata configurazione espressa, negli articoli 9 e 32 della Carta costituzionale, secondo i quali il paesaggio e la salute costituiscono, già, valori ed interessi significativi². Lo stesso art. 117, Cost., cit., tuttavia, inserisce tra le materie di legislazione concorrente la tutela della salute, la ricerca scientifica e tecnologica e il sostegno all'innovazione per i settori produttivi, la valorizzazione dei beni culturali e ambientali. Il legislatore costituzionale, considerando la tutela dell'ambiente come un valore primario impone il coordinamento dei poteri e delle iniziative, che incidono sull'ecosistema. La Corte costituzionale, a sua volta, nega la possibilità di configurare una singola "materia riconducibile in senso tecnico in via esclusiva alla tutela dell'ambiente", qualificando l'ambiente come "valore costituzionalmente protetto". La tutela dell'ambiente, perciò, investe ed intreccia interessi e competenze³ diversi e articolati.

Resta, inoltre, ancora insoluto il problema della connessione tra normativa giuridica e normativa tecnica nella legislazione ambientale sia italiana che europea, con riferimento alla preventiva definizione, in ambito scientifico, di obiettivi di qualità e determinazione di valori limite, espressi attraverso parametri tecnici. Rilevante appare anche il rapporto tra previsione normativa e informazione ambientale, intendendo come tale il flusso dei dati che il legislatore deve considerare al fine della predisposizione della norma tecnica⁴.

Di fatto, le norme sulla tutela dell'ambiente non possono prescindere dalla conoscenza multidisciplinare delle relative problematiche; in mancanza sono destinate a restare indeterminate e generiche, cioè prive di effettivi contenuti.

2. La fiscalità ambientale e le agevolazioni per le imprese

L'importanza della tutela dell'ambiente ha comportato per gli Stati industrializzati la necessità di collegare le ragioni dell'ecologia con quelle dell'economia, in modo da garantire, contemporaneamente, la salvaguardia dell'impresa, del libero mercato e dell'ecosistema.

² Cfr. G. CORDINI, *Legislazione, informazione e ricerca ambientale*, in Atti del Convegno "La protezione ambientale tra tecnologia e legislazione", Taranto 23 novembre 2005, Università degli studi di Bari

³ Vedi, Sentenze della Corte Cost. nn. 407/2002, 222/2003, 259/2004, 108/2005, 215/2006

⁴ Può essere utile, in questo senso, consultare la prima Direttiva n. 313/1990, emanata sulla libertà di accesso all'informazione in materia di ambiente.

Non può trascurarsi, peraltro, che l'ambientalismo come ideologia di maniera appare, ormai, superato e il rispetto dell'ambiente viene considerato alla stregua di un investimento profittevole. D'altra parte, il consumo di risorse ambientali, non reintegrabili e non risarcibili, porta a danni irreversibili per la stessa attività produttiva. L'impresa, pertanto, valuta la convenienza ad adeguarsi alle prescrizioni normative, aderendo ad un sistema premiale, basato sulla erogazione di ecoincentivi: agevolazioni fiscali e contributive consentono di operare una scelta tra una produzione rispettosa dell'ambiente e una produzione inquinante. Il binomio fiscalità ambientale ed ecoincentivi costituisce l'elemento di spinta per la riconversione dell'economia, che porta alla riduzione dello sfruttamento indiscriminato delle risorse ambientali.

La fiscalità ecologica è considerata dalla teoria economica tra gli strumenti più importanti sotto il profilo dell'efficacia ambientale e dell'efficienza economica⁵: difatti, "l'interiorizzazione del danno ambientale nei prezzi di mercato" consente di ridurre l'entità dell'inquinamento e la correzione delle distorsioni esistenti sul mercato per l'uso indiscriminato delle risorse ambientali, da un lato, mentre dall'altro, minimizza il rapporto costi-benefici, nel senso del raggiungimento degli obiettivi ambientali al minor costo possibile (il che comporta per la collettività una perdita di benessere inferiore, a parità di benefici, rispetto ad altri strumenti di tutela ambientale). L'obiettivo della fiscalità ecologica non è l'aumento del gettito complessivo, bensì la modifica dei comportamenti di produttori e consumatori in senso favorevole all'ambiente⁶. Perché questo si realizzi, occorre diminuire il prelievo fiscale⁷. La leva fiscale, in funzione ecologica, costituisce lo strumento più utilizzato per favorire una diversa allocazione delle risorse verso modelli di sviluppo virtuosi, basati su una combinazione ottimale tra ambiente, crescita economica e occupazione.

Acquisito e sostanzialmente superato il principio del "chi inquina paga", con l'introduzione del principio dello sviluppo sostenibile, il legame tra svi-

⁵ Così, L. FERRAJOLI, *Fiscalità ambientale ed ecoincentivi*, in "il fisco", n. 39/2000, p. 11950.

⁶ L'inquinamento è considerato come una diseconomia esterna: quando un'attività imprenditoriale compromette la qualità dell'ambiente senza che il responsabile compensi il danno prodotto, questo genera un onere per la collettività misurabile in termini di minore fruibilità dell'ambiente, vedi sul tema, E. GERELLI, *Tassazione consumo e ambiente*, Milano, 1991

⁷ Nelle politiche ambientali si tende, comunque, ad imporre un prezzo all'utilizzo delle risorse ambientali, mediante tributi disincentivanti e/o redistributivi (tariffe, canoni, tasse su prodotti non eco-compatibili, etc.).

luppo economico e ambiente si è consolidato proprio con l'introduzione degli ecoincentivi (*ex art. 11, legge n. 133/1999, Collegato alla Finanziaria 1999*).

In questa prospettiva, le norme ambientali devono assumere la caratteristica di una normativa tecnica, basata sui migliori standard ambientali e le migliori tecnologie; agli standard devono corrispondere tributi o incentivi per finanziare l'innovazione tecnologica a tutela dell'ambiente, il risanamento dei siti contaminati, l'organizzazione pubblica per il controllo del rispetto della legislazione di tutela, con compiti di valutazione tecnica preventiva e poteri sanzionatori, in caso di inosservanza. In tema di eco fiscalità l'Italia e gli altri Stati membri sono liberi di istituire i regimi fiscali più adeguati, con i limiti posti a garanzia della concorrenza e della libera circolazione. Il tributo globale e l'effetto dell'imposizione deve essere mitigato da una serie di contestuali misure, volte ad attenuare o neutralizzare effetti diretti o indiretti, non voluti sul piano dell'equità sociale (regressivi) o sul piano produttivo (inflattivi)⁸.

In Italia, pur esistendo numerosi tributi "verdi" (TARSU, Carbon Tax, Tassa per il conferimento dei rifiuti in discarica, etc), non è stata ancora attuata una politica ambientale⁹, basata sulla fiscalità ambientale: sono stati introdotti tributi di tipo ambientale, il cui gettito non è finalizzato esclusivamente alla tutela dell'ambiente (né il prelievo fiscale è passato dal lavoro al consumo). Gli ecoincentivi, invece, relativi a mutui, contributi in conto capitale, rottamazione, etc. costituiscono il vero stimolo alla riconversione dell'industria in industria "verde"¹⁰.

⁸ La teoria del "doppio dividendo fiscale" evidenzia come i tributi ambientali non solo sono in grado di ridurre l'inquinamento, ma il loro gettito produce un beneficio aggiuntivo, in quanto consente la riduzione di altre imposte, che producono effetti discorsivi.

⁹ Su questo tema, si veda il mio articolo "*Agevolazioni fiscali e ambiente: un problema e molte incognite*", in *Ambiente e agricoltura*, 2005

¹⁰ Con Regolamento n. 800/2008, adottato in attuazione del Piano di azione sugli aiuti di Stato del 2005 ed in forza della facoltà concessa dal Consiglio con il Regolamento n. 994/98, la Commissione ha introdotto una disciplina compiuta della "esenzione per categorie" (cd. "*block exemption*"), ossia di quelle misure, identificate per distinte tipologie, che sono dichiarate compatibili con il mercato comune e non soggette all'obbligo di notifica.

In questo caso il controllo *ex ante* sulla compatibilità è sostituito da un controllo *ex post*, poiché essa è dichiarata normativamente, in presenza di determinati requisiti che possono essere successivamente oggetto di verifica.

Le originarie dieci categorie di aiuti esenti diventano con la nuova disciplina ventisei e, tra le nuove, c'è quella degli "aiuti per la tutela ambientale".

Nei considerando 45, 46 e 47 è possibile rinvenire i presupposti degli aiuti compatibili in materia ambientale, dalle forti assonanze con quelli della Comunicazione già commentati:

- a. il rapporto tra sviluppo sostenibile e livello elevato di tutela e di miglioramento della

L'interesse per un sistema produttivo ispirato alla protezione dell'ambiente ha indotto a potenziare sistemi di informazione ambientale, nonché accertamenti fiscali basati su eco-studi di settore, per consentire l'incrocio di dati ambientali e fiscali¹¹.

Ovviamente, il proficuo impiego di tutti questi strumenti (leva fiscale, ecoincentivi, audit ambientale, etc.) dipende soprattutto dal grado di armonizzazione degli interventi tra i vari Stati e si basa sul consenso internazionale, che deve essere il più ampio possibile.

3. Le quote di emissioni di gas a effetto serra: natura e trasferibilità

Abbiamo richiamato, sia pure sommariamente, i problemi sollevati dall'ambiente e dalla sua tutela, in relazione ai vari significati e alle politiche ad esso collegate (economia fiscale, contributiva, etc.).

Tra i provvedimenti più interessanti (anche se è difficile valutarne l'efficacia) adottati recentemente a favore dell'ambiente si segnalano i c.d. "meccanismi flessibili", introdotti dal protocollo di Kyoto (ratificato in Italia con la legge n. 120/2002) che consistono nella riduzione di emissioni di gas ad effetto serra (anidride carbonica, metano, protossido di azoto, idrofluorocarburi, per fluorocarburi, esafluoro di zolfo), altamente inquinanti.

I meccanismi individuati sono tre: l'International Emission Trading (IET); il Clean Development Mechanism (CDM) e il Joint Implementation (JI).

qualità dell'ambiente;

- b. l'inquinamento come esternalità negativa;
- c. l'internalizzazione dei costi attraverso imposte ambientali;
- d. l'assenza di armonizzazione completa delle norme ambientali a livello comunitario come causa di distorsione della concorrenza;
- e. l'opportunità di esonerare gli aiuti di Stato concessi in materia ambientale anche attraverso sgravi da imposte ambientali.

Tra le specifiche tipologie di aiuti compatibili considerate dal nuovo regolamento si trova dunque anche quella che ricomprende gli aiuti in favore della tutela ambientale e, all'interno di essa, la categoria degli sgravi da imposte ambientali, disciplinata all'art. 25 del provvedimento. Le condizioni generali per l'esenzione sono costituite dalla "trasparenza" (possibilità di calcolare l'equivalente sovvenzione lorda preliminarmente, senza procedere ad una valutazione dei rischi), identificata per le misure fiscali nell'esistenza di un massimale e nel non costituire aiuti "individuali" di importo superiore alla soglia fissata. A presidio dell'interesse al controllo sono previsti obblighi di informazione a carico degli Stati membri.

¹¹ L'analisi parallela degli obblighi tributari e ambientali trova nel "bilancio ambientale" il suo documento più rappresentativo (redatto sulla base del Regolamento CE n. 1836/93).

Il primo consiste nella possibilità che uno Stato o un'impresa possano comprare o vendere ad altri Stati o imprese permessi di emissione, in modo da allineare le proprie emissioni con la quota assegnata: il soggetto interessato venderà tali permessi quando le proprie emissioni sono al di sotto della quota assegnata, mentre li comprerà in caso contrario. Il secondo è un meccanismo di collaborazione, attraverso cui imprese o Stati che realizzano progetti a tecnologia pulita nei paesi in via di sviluppo ricevono crediti di emissione, pari alla riduzione ottenuta rispetto ai livelli stimati in assenza del progetto. Il terzo è un meccanismo di collaborazione tra i paesi industrializzati e quelli ad economia in transizione, per il raggiungimento dei rispettivi obiettivi di riduzione delle emissioni, mediante crediti di emissione. Il collegamento tra i meccanismi flessibili e il sistema di scambio delle quote di emissione della UE è costituito dalla linking directive (la direttiva 2004/101/CE recante modifica della direttiva 2003/87/CE).

L'attuazione delle direttive 2003/87 e 2004/101, con riferimento ai meccanismi descritti, è stata introdotta in Italia, dal D.Lgs. n. 216/2006.

Questo sistema di scambio è una novità assoluta, destinata, inizialmente, ad interessare circa 12.000 impianti che emettono nell'atmosfera quasi il 50% dell'anidride carbonica dell'intera Europa¹².

Il sistema prevede che ogni Stato membro stabilisca, con cadenza periodica (triennio-quinquennio), il limite assoluto delle emissioni di gas a effetto serra rilasciate in atmosfera da alcune tipologie di impianti industriali (di cui all'allegato I della direttiva 2003/87/CE rifeuse nell'allegato A del D.Lgs. n. 216/2006, cit.).

Dalla data di entrata in vigore della legge, *ex art. 4*, nessun impianto può esercitare le attività elencate nell'allegato A, senza essere munito dell'autorizzazione ad emettere gas ad effetto serra rilasciata dall'Autorità nazionale competente (che si avvale del supporto operativo del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, Direzione per la ricerca ambientale e lo sviluppo)¹³.

Il Comitato nazionale di gestione (Autorità nazionale competente) *ex art. 8*, D.Lgs., cit., ha una serie di compiti e poteri: predispone il Piano Nazionale di Assegnazione (PNA) delle quote di emissione; predispone l'assegnazione delle quote sulla base del PNA; rilascia le autorizzazioni, accre-

¹² La stima si può leggere nel memo 4 marzo 2004, reperibile nel sito ufficiale della UE.

¹³ L'art. 4 del D.lgs. n. 216/2006, cit., fissa i termini di presentazione delle domande di autorizzazione o aggiornamento dell'autorizzazione per gli impianti già esistenti prima dell'entrata in vigore della legge.

dita i verificatori, irroga le sanzioni; rilascia quote in cambio di CER (unità di riduzione delle emissioni certificate) e di ERU (Unità di Riduzione delle Emissioni); presenta al Parlamento una relazione, entro il 30 aprile di ciascun anno, sull'attività svolta nell'anno precedente, etc..

Il Comitato, dopo aver disposto l'assegnazione di emissione per i nuovi impianti, comunica il rilascio delle quote di emissione al gestore dell'impianto e all'amministratore del registro nazionale delle emissioni e delle quote di emissioni (APAT), (*ex artt. 11 e 14 del D.Lgs., cit.*)¹⁴.

L'art. 15, D.Lgs., cit., contiene le prescrizioni per il trasferimento, la restituzione e la cancellazione delle quote di emissioni.

Il trasferimento delle quote di emissione è libero ed è l'amministratore del registro (APAT) a procedere al trasferimento delle quote di emissioni, secondo le modalità di richiesta e quelle di verifica, definite dal Comitato. Le operazioni di trasferimento, restituzione o cancellazione di quote sono soggette ad annotazione nel registro¹⁵. Il gestore di ciascun impianto è tenuto a restituire, entro il 30 aprile di ciascun anno, quote di emissione annotate sul registro e corrispondenti alle quantità di emissioni (quantità effettiva di anidride carbonica) rilasciate dall'impianto nell'anno solare precedente. I gestori sono autorizzati ad utilizzare le CER (unità di riduzione emissioni certificate) derivanti dalle attività di progetto nel sistema comunitario di scambio. Ciò avviene mediante il rilascio e l'immediata cessione, da parte del comitato, di una quota di emissioni in cambio di una CER. L'amministratore del registro cancella le CER utilizzate da gestori nel corso del primo periodo di riferimento. Nel caso in cui il gestore non sia in grado di resti-

¹⁴ Ogni quota dà diritto a rilasciare nell'atmosfera una tonnellata di biossido di carbonio; la questione delle quote da assegnare ai "nuovi entranti" che accedono al sistema di scambio dopo il 1° gennaio 2005 è molto delicata in quanto ogni quota ritirata in via preventiva dal mercato, per essere assegnata ad eventuali nuove imprese, riduce l'ammontare di quote a disposizione per gli impianti esistenti. Gli Stati membri devono indicare nei Piani Nazionali il procedimento di assegnazione delle quote ai nuovi impianti.

¹⁵ Il sistema di registri elettronici (le quote non sono stampate su supporto cartaceo, ma esistono solo in forma elettronica in un conto del registro) che segue le quote di emissione che cambiano di proprietà sul mercato è distinto dalle attività di scambio in quanto non tutti gli scambi danno luogo ad una cessione di proprietà delle quote di emissione: solo laddove uno scambio risulta in un cambiamento di proprietà viene effettuato un trasferimento delle quote di emissione tra i vari titolari di conti del sistema di registri. Il sistema funziona quindi in modo analogo a un sistema bancario (ogni impresa soggetta a un impegno di riduzione delle emissioni e qualsiasi persona interessata all'acquisto o alla vendita di quote di emissione deve avere un conto), che consente di seguire la proprietà del denaro sui conti, ma non le transazioni sui mercati dei beni e dei servizi che sono alla base del cambiamento di proprietà del denaro.

tuire quote di emissione nelle quantità, di cui alla dichiarazione prevista dall'art. 16, comma 5 del d.lgs., cit., è soggetto ad una sanzione pecuniaria, per ogni quota non restituita, di 40 euro per il primo periodo di riferimento e di 100 euro per i periodi successivi. In ogni caso, il pagamento della sanzione non libera il gestore dall'obbligo di restituzione delle quote di emissioni corrispondenti alle emissioni indebitate assegnate.

Pesanti sanzioni, inoltre, sono applicate nei casi mancata richiesta di autorizzazione, *ex art.* 20, comma 1 (sanzione amministrativa da 25.000 a 250.000 euro, aumentata, per ciascuna tonnellata di biossido di carbonio equivalente, emessa in mancanza di autorizzazione, di 40 euro per il primo periodo di riferimento e di 100 euro per i periodi successivi); nonché nei casi di informazioni non notificate o di informazioni false o non veritiere, tranne che il fatto costituisca reato. Poiché le quote di emissione possono essere oggetto di scambio, ne consegue che l'impresa, che produce gas in misura maggiore rispetto alle quote ad essa assegnate, dovrà recuperare sul mercato le quote mancanti da un'altra impresa che ha prodotto emissioni nocive in misura inferiore. Quale, allora, la natura giuridica delle quote di emissione: si tratta, senza dubbio, di un bene giuridico suscettibile di valutazione economica; in particolare, è qualificabile come bene immateriale¹⁶.

Chiunque sia interessato all'acquisto o alla vendita delle quote deve, perciò, essere titolare di una posizione all'interno del registro. Questo porta al problema del trasferimento della titolarità delle quote di emissioni e al passaggio della "proprietà" dal dante causa all'avente causa. Solo l'annotazione nel registro perfeziona l'accordo, prima di tale momento, l'accordo che preveda il trasferimento delle quote stesse non potrà che avere meri effetti obbligatori, in forza dei quali il dante causa sarà tenuto a procurare l'acquisto di una certa quantità di quote di emissioni in capo all'avente causa. Potrebbe, però, verificarsi l'ipotesi in cui circoli il semplice diritto ad ottenere l'annotazione a proprio favore di una certa quantità di quote, ma non si verifichi il trasferimento¹⁷.

Nel 2007, controllata dal Gestore del mercato elettrico (GME) è entrata in funzione la Borsa delle emissioni CO₂, per l'acquisto e la vendita dei di-

¹⁶ *Ex art.* 10 Dir. 2003/87/CE, per il triennio 2005/2008 gli Stati membri assegnano almeno il 95% delle quote di emissione a titolo gratuito; per il quinquennio che inizia il primo gennaio 2008, gli Stati membri assegnano almeno il 90% delle quote di emissioni a titolo gratuito, quindi una parte delle quote è emessa dietro corrispettivo.

¹⁷ Potrebbe nascere un mercato con contratti derivati, quali le opzioni put e opzioni call, a ridosso delle scadenze dei termini annuali di restituzione.

ritti di emissioni (lotto minimo di offerta pari a 500 unità; l'operatore deve essere titolare di un conto di deposito presso i registri europei; chi vuol vendere le quote trasferisce le unità che intende scambiare. Il prezzo delle quote, come in un qualsiasi mercato, dipende dalla domanda e dall'offerta)¹⁸.

4. I diritti di emissioni nel bilancio delle imprese

La natura giuridica delle quote di emissioni e la possibilità di trasferire tali quote tra i soggetti assegnatari determina effetti nella contabilità delle imprese e nel trattamento fiscale relativo allo scambio delle quote, alla loro restituzione, al pagamento di eventuali ammende, che conseguano alla inosservanza della normativa in vigore; oltre che nel regime IVA.

La quota di emissione è rappresentativa del diritto di emettere una tonnellata di biossido di carbonio, in relazione alle esigenze degli impianti, inclusi nell'allegato A, di cui al D.Lgs. n. 217/2006, cit., in numero non superiore a quanto previsto nel PNA.

Nel PNA, inoltre, parte delle quote sono assegnate ai gestori degli impianti e parte poste a riserva per essere assegnate ai nuovi impianti. A prescindere dal metodo di assegnazione adottato (a titolo gratuito o oneroso), le quote sono indistinte e, seppure l'assegnazione va fatta solo a favore di impianti inclusi nel campo di applicazione delle direttive, ogni trasferimento può avvenire anche a favore di un qualunque soggetto all'interno della comunità europea, non in possesso di autorizzazione ad emettere. C'è di più, l'autorizzazione ad emettere e l'assegnazione di quote di emissioni costituiscono due momenti separati e distinti: il gestore, nel momento in cui è autorizzato ad emettere, non *acquisisce le quote*, che gli sono attribuite solo con l'assegnazione contenuta nel PNA, in numero non determinato dall'autorizzazione, per l'intero periodo cui fa riferimento il PNA.

Le quote, infatti, sono valide nell'intero periodo di riferimento; sono cancellate quando sono restituite o su semplice richiesta del detentore o nel caso di assegnazione di quote sostitutive.

¹⁸ Il GME gestisce un book di negoziazione, nel quale, durante la sessione di contrattazione, ogni operatore potrà inserire le proposte di negoziazione (acquisto o vendita) indicando l'anno di validità di riferimento delle quote di emissione, la quantità e il prezzo riferito ad una quota di emissione. Le proposte di acquisto e di vendita vengono ordinate secondo priorità di prezzo e, in caso di prezzo uguale, secondo l'ordine temporale di ricevimento dell'offerta da parte del sistema informatico del GME e automaticamente abbinate.

Ai fini del bilancio, pertanto, considerando la quota come mero diritto di emissione (art. 3, lettera *a*) direttiva 2003/87/CE), si deve ritenere corretta l'iscrizione in bilancio in conformità al disposto 2424, cod.civ. tra le immobilizzazioni immateriali, nella situazione patrimoniale. Nel caso di iscrizione in bilancio tra le immobilizzazioni immateriali possono sorgere divergenze nell'individuazione del valore di iscrizione delle quote, a seconda che l'impresa sia o meno assoggettata all'obbligo di redigere il bilancio secondo le norme IAS (si applicherebbe, in questo caso, lo IAS 38). Nel caso di imprese soggette unicamente all'applicazione dei principi contabili nazionali italiani, l'art. 2423-*bis*, cod.civ., al comma 1, dispone "la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, nonché tenendo conto della funzione economica dell'elemento dell'attivo o del passivo", (con prevalenza della sostanza sulla forma). Tale principio contabile (n. 24 CNDC-CNR) statuisce che, per la capitalizzazione delle attività nello stato patrimoniale, i costi:

- devono essere stati sostenuti;
- non devono esaurire la propria utilità nell'esercizio di sostenimento e manifestano la capacità di produrre benefici economici futuri;
- si riferiscono a beni immateriali che hanno una propria identificabilità e sono rappresentati da diritti giuridicamente tutelati, in virtù dei quali l'impresa ha il potere esclusivo di sfruttare i benefici futuri, attesi da tali beni (in analogia con i diritti di brevetto, diritti d'autore, concessioni, licenze e simili).

In tali casi la capitalizzazione è obbligatoria e la distribuzione del suo costo va imputata al conto economico nel fondo di ammortamento relativo.

Lo stesso principio contabile *vieta la capitalizzazione di attività immateriali a titolo gratuito* (il valore non può essere contabilizzato né è possibile la capitalizzazione del costo presunto, in contropartita di un provento straordinario).

Il possesso di un'attività immateriale acquisita gratuitamente non è valorizzato nel bilancio di esercizio e tale principio deve applicarsi alle quote di emissione acquisite, a titolo gratuito, in sede di PNA.

Al contrario, l'iscrizione delle quote acquisite, a titolo oneroso, dovrebbe avvenire al minore valore tra il costo di acquisto e il valore di realizzo.

Nel contesto comunitario la posizione che attribuisce natura contabile di "intangibles" alle quote di emissione è la più diffusa, ad eccezione

della Francia, in cui l'ottenimento delle quote gratuite è assimilato agli aiuti di stato.

In questa ottica, appare conforme ai principi contabili la decisione di gestire nei *conti d'ordine* il consumo delle quote detenute a seguito di assegnazione a titolo gratuito (con informativa adeguata nella nota integrativa).

Altre ipotesi vedono le quote di emissione valutate tra le attività correnti: ciò implica l'emersione di proventi e di reddito imponibile nel caso di vendita di quote eccedenti. Laddove, l'impresa si trovi a fine esercizio in condizione, invece, di dover acquistare quote per poterle restituire all'ente gestore, in base al principio di competenza stanzierà i relativi oneri, salvi gli altri principi di inerenza, certezza e obiettiva determinabilità.

Sarebbe auspicabile un trattamento contabile comune, considerata l'incertezza della qualificazione giuridica e dei meccanismi regolatori.

L'ipotesi di gestione dei certificati di emissioni a "magazzino", è pacifica ove si tratti di attività di trading, da parte di soggetti che svolgono tale attività.

Il regime IVA da applicare alle cessioni di quote è regolato sulla base della loro natura e funzione. Poiché la quota di emissione non è riconducibile né ai titoli rappresentativi di merce, né tra i beni accessori al bene oggetto dell'attività produttiva, né tanto meno ai valori mobiliari, il trasferimento attiene alla cessione di un diritto relativo ad un bene immateriale, che costituisce *una prestazione di servizi* (art. 9 della Direttiva n. 77/388/CEE). In base all'art. 3, D.P.R. n. 633/72, pertanto, le cessioni di quote rientrano tra le "cessioni, concessioni, licenze e simili..." qualificate appunto come prestazioni di servizi.

Ai fini della territorialità, la relativa cessione è disciplinata dall'art. 7, comma 4, lettera *d*, D.P.R. n. 633/72, cit., il quale prevede la tassazione dell'operazione nel paese del committente-acquirente (*reverse charge*), ex art 17, comma 3, D.P.R. n. 633/72, cit..

L'applicazione della regola del *reverse charge* presuppone il contemporaneo verificarsi di due condizioni: a) il destinatario della cessione deve essere un soggetto identificato ai fini IVA nel Paese in cui l'operazione si considera effettuata, in base ai criteri di territorialità; b) il cedente è un soggetto passivo *non* stabilito nel suddetto Paese. Si rammenta, al riguardo, che, in presenza delle due condizioni, il debito di imposta grava sull'acquirente, soggetto passivo, nell'altro Stato, il quale risulta *obbligato* ad assolvere la locale imposta sul valore aggiunto, in base al meccanismo del *reverse charge*. Il cedente, pertanto, anche se identificato nell'altro Stato (direttamente o per il tramite di un rappresentante fiscale), non può in alcun modo procedere

ad emettere fattura con addebito dell'iva, in quanto l'imposta va assolta dal cessionario (c.d. *reverse charge* obbligatorio: cfr., art. 17, comma 3, ultimo periodo, del D.P.R. n. 633/72, cit.).

Il 20 marzo 2009 è stata emanata la Risoluzione n. 71/E da parte dell'Agenzia delle entrate, in risposta ad interpello di una società svizzera, operante nella commercializzazione di certificati CO₂ e certificati verdi. Nella risoluzione, si ribadisce che la cessione di certificati CO₂ (diritto ad emettere biossido di carbonio) "non è soggetta ad imposta in Italia poiché non sono note le successive vicende giuridiche dei diritti ceduti e il luogo del loro futuro successivo utilizzo". L'operazione è, quindi, fuori campo iva, ex art. 17, comma 4, lettera f, D.P.R. n. 633/72, cit., per mancanza del presupposto dell'utilizzo¹⁹ della prestazione nel territorio italiano.

Inoltre, la risoluzione ribadisce che le operazioni relative ai certificati CO₂, riconducibili alle cessioni di diritti immateriali, si qualificano come prestazioni di servizi, ai sensi dell'art. 3, comma 2, numero 2, del D.P.R. n. 633/72.

Qualche riflessione, infine, sul trattamento fiscale delle ammende.

L'art. 20 il D.Lgs. n. 216/2006, cit., prevede l'applicazione di sanzioni pecuniarie, che non esentano il gestore inadempiente dalla restituzione delle quote corrispondenti alle emissioni in eccesso o indebitamente assegnate.

L'ammenda, quindi, più che una natura sanzionatoria sembra avere una funzione di regolazione del mercato: ciò dovrebbe poterne consentire la deduzione ai fini fiscali.

La disparità di trattamento tributario di tali sanzioni (deducibili in Austria, Germania, Francia) può causare effetti discorsivi nei costi e nei prezzi delle imprese interessate.

5. Problemi aperti e incertezza dei traffici

Il trattamento contabile delle quote di emissione presta ancora il fianco ad incertezze, anche in relazione all'applicabilità o meno per l'impresa dei principi contabili internazionali. Va chiarito, poi, se le imprese che

¹⁹ Nella Risoluzione n. 339/E dell'1 agosto 2008, in una fattispecie simile l'Agenzia ha affermato che "l'individuazione del luogo di utilizzo involge questioni da affrontare volta per volta sulla base di una ricognizione puntuale dei fatti e delle circostanze concrete".

adottano i principi contabili nazionali italiani possano qualificare le quote assegnate, a titolo gratuito, come beni immateriali cui si applica l'ammortamento, *ex art.* 103, T.U.I.R., oppure come risconti. Va assicurata anche la rilevazione e l'appostazione contabile del debito, nell'ipotesi di impresa in posizione "corta" di quote e, quindi, costretta ad acquisirle sul mercato. Altra rilevante questione, di natura civilistica, è quella relativa alle conseguenze di eventuali vizi dei contratti di trasferimento delle quote di emissioni rispetto ai terzi, che le abbiano acquistate. La soluzione potrebbe essere analoga a quella prevista in tema di titoli di credito cartacei (*ex art.* 32, comma 2, D.lgs. n. 213/88), in base a cui il soggetto che abbia ottenuto, in buona fede, la registrazione a proprio favore delle quote di emissioni non possa essere soggetto a pretese o azioni da parte di precedenti titolari. Similmente, anche nel caso di negoziazione di quote frutto di errori in sede di attribuzione o di restituzione (e successiva cancellazione) delle quote, la soluzione da adottare potrebbe essere quella prevista in materia di titoli di credito (*ex art.* 1993, cod.civ.). Cioè, una volta avvenuta la registrazione, l'emittente potrà opporre al titolare delle quote solo le eccezioni personali o quelle comuni a tutti i titolari degli stessi diritti. Le due soluzioni potrebbero trovare un ostacolo nella previsione dell'art. 20 della Direttiva 2003/87/CE che dispone "se il controllo automatico accerta l'esistenza di irregolarità, l'amministrazione centrale ne informa lo Stato membro o gli Stati membri interessati, i quali *non registrano* le transazioni in oggetto né alcuna transazione successiva riguardante le quote di emissioni interessate finché le irregolarità non vengano sanate".

Il termine "irregolarità" potrebbe comportare, se non adeguatamente interpretato, l'applicazione dei principi ordinari in materia contrattuale (nullità, risoluzioni per inadempimento, evizione). Il che porterebbe ad una sostanziale incertezza dei traffici e della circolazione delle quote.

Un altro elemento di pericolo è, infine, quello delle c.d. frodi-carosello, che possono essere realizzate, in ambito IVA, attraverso la creazione di *missing trades*, che provocano danni ingenti non solo all'erario, ma anche al mercato delle quote di emissioni, che in alcuni Stati membri ha subito flessioni significative.

In conclusione, quanto e come il meccanismo delle quote di emissioni possa incidere sulla tutela dell'ambiente, dipende dal comportamento degli operatori: se il sistema di regole è accettato e condiviso in funzione etica, in quanto le regole ricevono diffusa accettazione per restringere i margini di irragionevolezza e arbitrarietà, collegati a scelte di tipo speculativo, si

può giungere alla elaborazione di un sistema di diritti e doveri di soggetti, veramente partecipi delle comuni sorti del pianeta²⁰.

In questa visione, appare di estremo interesse un saggio di Elinor Ostrom, *Governare i beni collettivi* (Governing the commons), in cui l'autrice (premio Nobel per l'economia nel 2009) esprime, tra l'altro, alcune riflessioni sul modo di amministrare le risorse naturali utilizzate in comune. Dopo aver richiamato i modelli teorici sull'uso dei beni collettivi (Tragedia dei beni collettivi, Il dilemma del prigioniero, Logica delle azioni collettive), la Ostrom prospetta la teoria del contratto vincolante in una strategia collaborativa tra soggetti interessati all'uso di beni collettivi. Si tratta, in pratica, di un modello cooperativistico, che porta all'uso e non alla distruzione del bene collettivo nell'interesse delle parti in gioco.

Approfondire le modalità, in base alle quali, istituzioni auto-organizzate e autogovernate sono sopravvissute a siccità, inondazioni e grandi variazioni climatiche e politiche (usi civici, sistemi di irrigazione delle *huertas* in Spagna, uso del bosco in Svizzera, etc.) può portare allo studio e all'adozione di meccanismi diversi da quelli del mero scambio.

²⁰ Vedi, in proposito, G. GUARINO, *Diritto ed economia, una riflessione sull'Italia, l'Europa, il mondo*, in "Economia italiana", 2009/1, p. 183.

Desencadenates econòmicos, fiscalidad y políticas de cambio climatico*

Pablo Antonio Moreno Valero

* Relazione presentata alla Tavola Rotonda sul tema *El sistema Tributario como instrumento de protección del medio ambiente*, Madrid, 17 Novembre 2009

RESUMEN: 1. *Considerationes previas*; 2. *Recensión econòmica y cambio climàtico*; 3. *Mecanismos de política ambiental*; 4. *Consecuencias directas sobre la naturaleza*; 5. *Repercusión econòmica*; 6. *Competitividad y fuga de emisiones*; 7. *Sistema Europeo de comercio de emisiones*; 8. *Fiscalidad ambiental*; 9. *Impuestos pigouvianos y suplementos ambientales*; 10. *Conclusiones*

1. Considerationes previas

El cambio climático supone en la actualidad un problema para la sociedad en general que afecta tanto a la naturaleza como a la economía de todos los países, lo que exige el estudio de sus causas, y la adopción de un conjunto de decisiones por parte de los gobiernos.

La producción y consumo de energía originan la acumulación en la atmósfera de gases de efecto invernadero (GEI), siendo necesario destacar en este sentido lo siguiente:

1. Que una vez que los científicos han reconocido la existencia del cambio climático, la ciencia económica debe estudiar el impacto ambiental y aportar soluciones que corrijan en la mayor medida posible esta situación.
2. Que el problema del cambio climático supone la intervención de la ciencia económica en su conjunto.

Por tanto, se trata de un problema ambiental y global que exige el consenso de todos los países, y en particular de sus políticos, a través de acuerdos internacionales.

En cualquier caso, las consecuencias del cambio climático afectan a factores tales como los recursos alimenticios (subidas de precios y baja calidad), la subida del nivel del mar, la biodiversidad, o la salud de las personas (mortalidad por olas de calor), y por otra parte resulta difícil adoptar soluciones político-económicas a corto plazo debido a la complejidad e incertidumbre que resulta del análisis de los sistemas climáticos.

Aunque España es uno de los países que se verá más afectado por el cambio climático, habida cuenta de la extensión de sus costas y su situación geográfica, sin embargo, todavía no se ha realizado un análisis profundo de las consecuencias económicas ocasionadas por el cambio climático.

2. Recensió n econó mica y cambio climá tico

La crisis económica actual, ha provocado que los gobiernos se planteen la compatibilidad entre el avance económico y el respeto por el medio ambiente.

Ante la situación ocasionada por esta crisis, la intervención de los poderes públicos resulta eficaz. Igualmente, se internalizan las externalidades, se fomenta la utilización de energías no contaminantes, y al bajar el precio de los productos energéticos de carácter básico, se facilita la aplicación de determinados instrumentos de mercado. Precisamente la existencia de unos precios finales sostenidos de los productos energéticos, por medio de instrumentos de mercado, fomenta la eficiencia energética, minorándose la dependencia del exterior, por parte del país de que se trate, y ocasiona que la exportación de rentas disminuya.

En una época de crisis puede llevarse a cabo el dividendo múltiple de la imposición de los GEI, lo que supone: incentivar las tecnologías no contaminantes, el restablecimiento del medio ambiente, el crecimiento del empleo, la disminución de la dependencia energética, y que la economía sea más dinámica.

Por otro lado, la actual crisis económica está influyendo en el sentido de que ha aumentado la colaboración y armonización a nivel internacional, respecto de las políticas ambientales de los gobiernos en relación con el cambio climático.

Ante el aumento del desempleo y la disminución de la actividad económica, la fuga de emisiones cobra relevancia y afecta a las políticas ambientales actuales y a las decisiones que puedan tomarse en el futuro.

Por último, hay que señalar que mediante la tecnología de los países desarrollados se debe procurar que los efectos de la crisis afecten lo menos posible a los países en vías de desarrollo y con una economía más débil.

3. Mecanismos de política ambiental

Si se analiza el concepto de externalidad, ésta se produce cuando un agente ocasiona cambios en la producción o bienestar de otro, sin que exista una compensación entre ambos.

Los efectos que producen las externalidades ambientales son de carácter negativo, pudiendo paliarse los mismos mediante las políticas ambientales, las cuales han ido evolucionando con los años. En un principio surgieron las regulaciones de mandato y control; a continuación los instrumentos económicos o de mercado y en la actualidad existen las llamadas aproximaciones voluntarias.

Las regulaciones de mandato y control consisten en el establecimiento de normas que los contaminadores deben cumplir, y que tratan de garantizar que se produzca una mejora en el comportamiento hacia el medio ambiente. Por otra parte, existe un sistema de arbitraje (monitorización), que inspecciona y controla los incumplimientos por los contaminadores, lo que puede llevar aparejadas sanciones de tipo económico.

En cuanto a los instrumentos económicos de política ambiental, aportan flexibilidad a los sectores contaminadores mediante la fijación de precios por contaminar, que pueden ser un impuesto ambiental o la constitución de un mercado de derechos de emisión, asemejándose al funcionamiento del mercado. De esta forma, mediante el precio por contaminar todos los contaminadores igualan su coste marginal de reducción entre sí, al precio "p", ya que es preferible optar por descontaminar a pagar dicho precio, cuando los costes se encuentran por debajo del mismo, minimizándose de esta forma los costes de la política ambiental.

Respecto de las aproximaciones voluntarias, estos instrumentos de política ambiental pretenden que los sectores contaminantes se autorregulen a través de procesos cooperativos que supongan un coste menor para la sociedad actual. En este sentido hay que destacar que los llamados procesos de creación

y suministro de información en relación al deterioro del medio ambiente debido a los sectores contaminadores, son llevados a cabo por el sector público y pretenden que los contaminadores modifiquen su comportamiento para no perder su prestigio y que no disminuya su número de clientes.

La elección de una determinada política de control de emisiones de gases de efecto invernadero se basa en unos criterios de valoración que son: la viabilidad práctica, la incidencia distributiva, la eficacia ambiental y la eficiencia económica.

- La viabilidad práctica, exige instrumentos de fácil aplicación que reduzcan los costes de administración y de gestión para el regulador como para los regulados.
- La incidencia distributiva se refiere a instrumentos que no impacten en una parte de la población o del territorio.
- La eficacia ambiental guarda relación con la capacidad del instrumento de política ambiental para lograr el objetivo ambiental fijado con anterioridad (instrumentos basados en cantidades).
- La eficiencia económica alude a la reducción al mínimo posible de los costes de política ambiental (eficiencia estática), incentivando, por otra parte, el progreso tecnológico para detener el avance de la destrucción del medio ambiente (eficiencia dinámica).

Para concluir hay que señalar que deben utilizarse de forma conjunta los instrumentos existentes de política ambiental para lograr los distintos objetivos.

4. Consecuencias directas sobre la naturaleza

En este sentido el cambio climático ocasiona el incremento de las temperaturas medias durante este siglo, el calentamiento general del planeta, el incremento en la temperatura media en los meses de verano en comparación con los meses de invierno, un mayor aumento de la temperatura en los meses de verano en las zonas del interior más que en las costas, disminución de la frecuencia de lluvias, aumento de días con temperaturas máximas en los meses de verano, y en general aumento de las anomalías térmicas.

En concreto, el cambio climático afectará:

1. A la salud de las personas, ocasionando el aumento de la temperatura, la muerte de millones de seres humanos, así como la extensión del riesgo de la malaria.
2. A los ecosistemas, variando su distribución y características de los

mismos, y a la pérdida de biodiversidad en el futuro.

3. Extinción de especies animales y plantas en un porcentaje elevado.
4. A la agricultura, con la presencia de sequías y dificultades para la producción de alimentos.
5. Al agua, aumentando el número de personas con escasez de agua.
6. A la presencia de catástrofes, tales como la fundición de zonas heladas, lo que ocasionará el aumento del nivel del mar y la alteración de las corrientes oceánicas.

5. Repercusión econòmica

El estudio de la repercusión económica del cambio climático no se ha realizado hasta ahora por economistas, lo que conlleva una falta de conocimiento y precisión en este aspecto.

Sin embargo, las consecuencias económicas del cambio climático son muy importantes, por lo que es necesario efectuar un análisis pormenorizado de su impacto en la economía mundial.

A la hora de analizar los efectos ocasionados en los factores productivos, las estimaciones se basan en modelos de equilibrio parcial o general. Los modelos de equilibrio general tienen en cuenta diversos factores económicos, por lo que resultan apropiados para estudiar situaciones de gran alcance, no obstante los modelos de equilibrio parcial son útiles porque analizan con detalle determinados impactos y suministran datos a los modelos de equilibrio general.

De los distintos informes realizados hasta la fecha en relación con el incremento de la temperatura en el mundo, se desprende que el PIB podría verse disminuido entre un 1 y un 5 por ciento, y que los beneficios de las medidas enérgicas e inmediatas son superiores a los costes de la inactividad.

Los impactos económicos con motivo del cambio climático se han analizado en sectores tales como la salud, las cuencas fluviales, las costas, la demanda de energía, la agricultura o el turismo.

- Respecto de la agricultura, se considera que se producirán pérdidas de productividad agraria, fundamentalmente en el sur de Europa debido a la reducción del período de crecimiento de los cultivos y a la escasez de agua.
- En lo que se refiere a la energía, su consumo será menor en la época

invernal, al aumentar las temperaturas, pero sin embargo su demanda aumentará durante el verano, por lo que se compensarán los costes y beneficios energéticos.

- En el sector del turismo las consecuencias del cambio climático supondrán la disminución de turistas en la zona mediterránea, destino preferido hasta la fecha por millones de personas, y el aumento de visitantes en el norte de Europa.
- En el campo de la salud, las temperaturas extremas y la contaminación aumentarán los casos de mortalidad e influirán en el aumento de personas afectadas por enfermedades como la malaria.

Si se analizan las consecuencias del cambio climático en España, se observa que los estudios realizados en esta materia son mínimos, por lo que ni a corto ni a medio plazo pueden trasladarse el impacto físico del cambio climático al impacto socioeconómico. En concreto, en el sector de la agricultura nuestro país podría sufrir unas pérdidas de más del 25% de su productividad, y en el sector del turismo, básico para nuestra economía, el aumento de las temperaturas significaría la disminución de un gran número de turistas en España, y la preferencia de éstos por otros destinos con un clima más propicio.

Las consecuencias a largo plazo del cambio climatológico son difíciles de prever debido a las tecnologías aplicables, a las productividades y costes de los factores implicados, y a los distintos escenarios climatológicos que pueden existir, por lo que los resultados de los análisis y estudios realizados, serán aproximados no definitivos.

Por otra parte, los daños ocasionados por el cambio climático pueden ser tanto de tipo material como no material. De este modo, se ha de hacer mención del supuesto de la pérdida de la biodiversidad no comercial y los elementos paisajísticos, los cuales influyen tanto en la demanda como en la oferta de algunos bienes y servicios.

6. Competitividad y fuga de emisiones

Desde el punto de vista económico se deben analizar las consecuencias y efectos relacionados con el cambio climático y sus políticas correctoras. En España, la competitividad y la fuga de emisiones, no han sido objeto de estudio en profundidad.

Si una política de cambio climático afecta a la competitividad, esta política puede ser objeto de restricciones. Además, debe evitarse la denominada

fuga de emisiones de GEI, ya que los costes económicos para los regulados no se corresponden con los beneficios ambientales asociados a su reducción de emisiones.

La competitividad puede definirse como la capacidad de mantener y/o expandir la posición de mercado a partir de una cierta estructura de costes. La pérdida de competitividad se valora y analiza por el incremento relativo en los costes, en relación con los competidores internacionales, debido a que existe un precio de CO₂.

Por otra parte, en cuanto a cómo se evalúa a nivel territorial la competitividad (país, sector económico o empresa), su estimación se debe llevar a cabo a nivel de sector o empresa. Asimismo, los impactos específicos sobre la competitividad dependen de la capacidad de reducir las emisiones de GEI a costes bajos, de los efectos del mercado europeo sobre la estructura de costes y los márgenes de beneficios, de la exposición a los mercados internacionales y de las posibilidades del agente de incrementar los precios finales de los productos.

La fuga de emisiones de GEI a regiones que no pertenecen a la Unión Europea, producida por el mercado europeo, se debe a la existencia de costes diferenciales por las emisiones de carácter directo o indirecto, y puede suceder cuando los acuerdos internacionales no son completos, cuando los costes de reducción de GEI son altos, y cuando estos costes no pueden ser transmitidos a los precios internacionales con motivo de la competencia. Igualmente, si los productos finales poseen un grado de especialización elevado, o las decisiones de localización se encuentran afectadas por las infraestructuras, resulta más difícil que se produzca la fuga de emisiones.

Para combatir la fuga de emisiones, cabe la implantación de ajustes tarifarios en frontera con el fin de compensar los costes diferenciales de los productos internos, si bien existe una serie de limitaciones fijadas por la Organización Mundial del Comercio a las modificaciones arancelarias para el uso tarifario. Por otro lado, y como alternativa a lo anteriormente expuesto, cabe la posibilidad de establecer precios más bajos por las emisiones de GEI para aquellos sectores que son intensivos en las mismas.

A continuación, hay que destacar la importancia de la política ambiental correctora en relación con el cambio climático, y en este sentido existen una serie de temas fundamentales como son: el sistema europeo de comercio de emisiones de GEI, así como la utilización de impuestos con objetivos de política climática, en especial sobre el transporte.

7. Sistema Europeo de comercio de emisiones

Mediante la Directiva 2003/87/CE, se constituyó en la Unión Europea un sistema de comercio internacional de emisiones de CO₂, con el fin de lograr la reducción de emisiones, objetivo manifestado en el Protocolo de Kioto. El funcionamiento de este sistema se inició en el año 2005, encontrándose el mismo en una primera fase de prueba hasta el año 2007 y en una segunda con carácter definitivo, que comprende desde el año 2008 hasta el 2012.

Igualmente, la Comisión Europea ha manifestado la creación de una propuesta de Directiva que regule el mercado de derechos de emisión desde el año 2012, con una primera fase hasta el año 2020, pretendiendo con la misma el aumento de la reducción de emisiones y la predisposición a la subasta total de los permisos.

En cuanto al mercado de derechos de emisión, abarca una serie de sectores, asignándose a sus instalaciones permisos para emitir CO₂, pudiendo comerciarse con estos derechos, una vez adjudicados.

En relación con este sistema, denominado “Cap and trade”, se establecen inicialmente los objetivos de reducción de emisiones y con posterioridad se lleva a cabo el reparto de los derechos de emisión entre los participantes con el fin de que éstos comercien con los mismos.

Por otro lado, cada gobierno de los distintos Estados miembros, crea un “plan nacional de asignación” (PNA), estableciéndose en el mismo la cantidad de emisiones atribuida a cada instalación participante, y la totalidad de los derechos repartidos equivale al límite máximo de emisiones.

Existe un acuerdo de reparto de la carga que establece la división por Estados miembros de los objetivos globales de la Unión Europea en el Protocolo de Kioto. Además, de que la distribución de los permisos es generalmente de carácter gratuito, hay que señalar que cuando finaliza cada año, los contaminadores deben poseer un número de derechos equivalente a sus emisiones, por lo que no se les permite ahorrar o prestar derechos de emisión de un año para otro.

En el caso de que no se respeten las normas anteriormente expuestas, se impondrán las correspondientes sanciones económicas, pero ello no significa que el agente contaminador deba presentar los derechos de emisión equivalentes a las emisiones en exceso, que deberá entregar el próximo año.

Igualmente, se ha creado un registro documental de los intercambios y agentes contaminadores, que sirve para favorecer la compraventa de los

permisos de emisión, siendo los costes de dichos intercambios de carácter limitado.

El mercado europeo de emisiones tiene como objetivo reducir el número de emisiones al menor coste posible, e incentivar a las empresas a que éstas empleen una tecnología que contamine en la menor medida posible.

Sin embargo, en el inicio del funcionamiento de este mercado, no ha existido una armonización en los procedimientos ni en la cuantía de las asignaciones, lo que ha provocado una limitación en las reducciones reales de las emisiones.

El Protocolo de Kioto contempla junto a los mercados de derechos de emisión, los llamados MDL y AC (aplicación conjunta). Mediante estos mecanismos, complementarios del comercio de emisiones, los países pueden adquirir derechos de emisión adicionales, por medio de inversiones en proyectos de reducción de las emisiones de gases GEI en otros países.

Nuestro país ha utilizado el MDL, según el cual un país desarrollado invierte en tecnologías de desarrollo limpio en un país en vías de desarrollo y obtiene reducciones de GEI, que son las llamadas “Reducciones certificadas de emisiones” (CER). Estas reducciones, se plasman en un certificado, el cual puede ser intercambiado por derechos de emisión, por parte del inversor, en su país de origen o en otro de los países en los que opera.

El fin del MDL es fomentar que los países desarrollados cumplan con sus obligaciones y que los países en vías de desarrollo logren un desarrollo sostenible. En cuanto al proceso seguido mediante el MDL, éste se compone de siete etapas: Diseño; Validación; Registro; Implementación del diseño; Vigilancia; Verificación y Certificación y Expedición de las CER por la Junta Ejecutiva del MDL.

8. Fiscalidad ambiental

Mediante estos impuestos se pretende, junto al ahorro de energía o a la utilización de energías que contaminen en la menor medida posible, reducir las emisiones de GEI, debiendo mencionar en este sentido las llamadas Reformas Fiscales Verdes (RFV).

Los impuestos ambientales se dividen en: específicos, los cuales son de ámbito, incidencia y recaudación limitados, o genéricos, éstos últimos recaen en especial sobre los consumos energéticos.

Las RFV se fundamentan en la teoría del doble dividendo, debido a la existencia del cambio climático que existe junto a una fuente estable y continua de ingresos fiscales generados por el gravamen del GEI.

La Reforma Fiscal Verde pretende la creación de unos sistemas fiscales simples y eficientes, mediante los cuales no disminuya la recaudación. Se trata de que pierdan relevancia los impuestos directos y que aumenten los impuestos indirectos sobre las ventas de productos, compensándose de esta forma la reducción llevada a cabo en los impuestos directos, principalmente el impuesto sobre la renta y las cotizaciones sociales.

Igualmente hay que señalar la existencia de exenciones a las industrias con el fin de que no se produzca pérdida de competitividad, y que los impuestos ambientales y las primeras Reformas Fiscales Verdes recaigan sobre los consumidores finales.

En cuanto a la segunda generación de Reformas Fiscales Verdes, utilizada en países centroeuropeos desde hace casi un siglo, tiene como objetivo la reducción de las cotizaciones sociales abonadas por los empresarios.

Si se analizan los distintos sectores en los que cabe la aplicación de las políticas fiscales contra el cambio climático, hay que señalar al sector del transporte como uno que destaca sobre los demás. Los impuestos sobre los vehículos han recaído, hasta ahora, en la titularidad de los medios de transporte, afectando en este sentido a la adquisición del vehículo, la posesión del mismo y la utilización de los carburantes. Asimismo, los instrumentos utilizados en este sector para luchar contra el cambio climático, suponen una disminución en la demanda de vehículos y que éstos sean cada vez más eficientes desde el punto de vista energético, lo que origina una reducción de las emisiones de GEI.

En España, en relación con el sector automovilístico, existen los impuestos que recaen sobre la adquisición del vehículo, que son el IVA e Impuesto de matriculación, cedidos a las Comunidades Autónomas, y el Impuesto municipal sobre los vehículos de tracción mecánica. Respecto de estos impuestos hay que señalar que si bien recaen sobre un bien que ocasiona externalidades negativas, no afectan directamente a la utilización del vehículo, siendo por tanto poco relevante su efectividad ambiental.

En virtud de lo establecido en la Ley de Haciendas Locales, los municipios están autorizados para llevar a cabo el incremento de las cuotas del impuesto de circulación hasta un máximo del 200%. Además, esta normativa regula dos bonificaciones ambientales en la cuota:

- Una bonificación de hasta el 75% teniendo en cuenta la clase de

combustible que consume el vehículo, y cómo afecta su combustión en el medio ambiente.

- Una bonificación de hasta el 75%, en función de las características de los motores de los vehículos y su incidencia en el medio ambiente.

Sin embargo, en la actualidad, se está tratando de que los impuestos ambientales sobre los vehículos tengan en cuenta el nivel de emisiones de los mismos.

A la hora de examinar el sector de los carburantes, se observa que la imposición sobre los mismos origina efectos positivos en relación con la eficiencia energética, al fomentar la disminución del consumo energético por distancia recorrida. Los impuestos que recaen sobre dichos carburantes, en Europa, son, por un lado, un impuesto especial de carácter unitario, y por otro, el IVA, el cual se aplica sobre el precio de los mismos.

En nuestro país, la titularidad de los impuestos anteriormente mencionados es de carácter estatal, y han sido cedidos parcialmente a las comunidades autónomas, al igual que el impuesto sobre las ventas minoristas de hidrocarburos.

Además de los impuestos referidos en párrafos anteriores, hay que mencionar la propuesta del impuesto sobre el uso del vehículo que grava la distancia recorrida, empleando un tipo impositivo en unidades monetarias por kilómetro. Las ventajas que supone este tipo de impuesto se centran en que éste actúa más directamente sobre las externalidades de los vehículos, al guardar relación con el kilometraje, y en que se mantienen los ingresos públicos, puesto que sólo se evita el pago si disminuye el kilometraje.

La propuesta del Impuesto sobre las Emisiones de los Vehículos de Motor sustituiría al Impuesto de Matriculación y al de Circulación de vehículos. Este impuesto tendría como hecho imponible el potencial de emisiones del vehículo adquirido y/o mantenido en propiedad durante un año, siendo el sujeto pasivo de dicho impuesto el titular registrado en la Dirección General de Tráfico. En cuanto a su base imponible, estaría formada por una media de las emisiones contaminantes potenciales del vehículo ponderada por un factor de gravedad de las consecuencias medioambientales de estas emisiones.

Se trata de eliminar de forma gradual el Impuesto de Matriculación en un período transitorio de 10 años, con una reducción del 10% anual entre el año 2009 y el 2018. Con esta medida se evitarían distorsiones en el mercado de vehículos y no perjudicaría a quienes adquirieran un vehículo antes de que desapareciera el mencionado Impuesto de Matriculación, para no tener que pagar un mayor Impuesto de Circulación.

Concluido el período anteriormente citado, se debería aumentar en un 50% el nuevo Impuesto sobre las Emisiones de los Vehículos de Motor, en relación a la situación en que se encontrara el Impuesto de Matriculación, y el Impuesto Especial sobre Hidrocarburos en un 10% de acuerdo con la referida situación del Impuesto de Matriculación.

En cuanto a la determinación de la base imponible potencial de este nuevo impuesto, estaría formada por una media de las emisiones contaminantes potenciales de cada vehículo ponderada por un factor de gravedad de las consecuencias medioambientales de estas emisiones. A la hora de estimar dicha base imponible, se deben tener en cuenta los datos de las emisiones de los modelos de vehículos que se venden por intervalos de cilindrada, realizándose una media de las emisiones de los mismos.

El tipo de este impuesto sería cero para los vehículos más ecológicos, y debería ser positivo a partir de emisiones superiores a 120gCO₂/Km.

Por otro lado, hay que referirse al impuesto que recae sobre los vehículos teniendo en cuenta determinadas características del mismo que guardan estrecha relación con el deterioro del medio ambiente (clase de combustible, potencia, peso, antigüedad,...).

Existe una propuesta de Directiva por parte de la Unión Europea, aplicable a los automóviles (turismos), con el fin de mejorar el funcionamiento del mercado interior y reducir las emisiones de CO₂ originadas por los mismos. Asimismo, dicha propuesta pretende la completa eliminación del Impuesto de Matriculación en un período transitorio de 10 años, la reestructuración de las Bases Imponibles de los impuestos de matriculación y circulación, introduciendo un componente relacionado con las emisiones de CO₂, y el establecimiento de un sistema de reembolso del Impuesto de Matriculación.

9. Impuestos pigouvianos y suplementos ambientales

Este tipo de impuestos surge debido a la necesidad de intervención de los poderes públicos cuando se producen fallos de mercado, como sucede con los efectos ocasionados por la contaminación del medio ambiente. En este sentido se alteran los precios relativos de las mercancías contaminantes por medio de los impuestos pigouvianos en una cuantía que internalice el coste externo que ocasiona su producción o su consumo.

Se trata de que el mecanismo de mercado sea eficiente aplicándose para ello una serie de instrumentos vía precio para internalizar parte de los costes externos asociados a la generación de energía eléctrica. Cabe la aplicación de los denominados impuestos pigouvianos o los suplementos ambientales para alterar los precios ofertados por las empresas que generan electricidad en España.

En primer lugar, se estudian los fundamentos teóricos de la utilización de instrumentos vía precio como medio para internalizar las externalidades, y se determinan las peculiaridades y el funcionamiento del conjunto eléctrico español. Después, se lleva a cabo un debate sobre si resulta adecuada la utilización de los resultados del programa ExternE de la Comisión Europea como medio de información para valorar los costes medioambientales relacionados con la producción de energía eléctrica. El denominado proyecto ExternE perfecciona los fundamentos teóricos y las directrices metodológicas, que se han aplicado en relación con una serie de fuentes de producción de electricidad en la Unión Europea.

A continuación, se tienen en cuenta los resultados de un modelo de simulación que se basa en la integración de los datos reales del sistema tipo (pool) eléctrico español con impuestos y suplementos calculados a partir de los costes externos computados por ExternE. Por último, se revisan las potencialidades de esta clase de sistemas y propuestas para perfeccionar su investigación.

En cuanto a los suplementos ambientales, denominados en inglés *environmental adders*, son una variación de los impuestos pigouvianos, e igualmente alteran los precios de los productos al internalizar los efectos externos que originan, y sirven para que en el mercado se aprecie el coste social real de un determinado producto o mercancía.

Para aplicar los suplementos ambientales a una situación de mercado, debe existir una institución que se ocupe de valorar decisiones de inversión o de asignación de cuotas de producción, teniendo en cuenta las ofertas manifestadas por los distintos agentes. Esta institución deberá tener en cuenta el coste social de las distintas alternativas aportadas por los agentes.

El sector eléctrico español admite la aplicación de los suplementos ambientales, ya que los agentes que operan en este sector ocasionan efectos externos ambientales que perjudican la calidad de vida, si bien dichos efectos no se encuentran internalizados en los precios de la electricidad.

Por otro lado, los agentes venden la electricidad por medio de un sistema tipo pool, al cual aportan ofertas de venta con la producción que

suministrarían en relación con los diversos precios de mercado que en teoría cubran su coste marginal privado. El Operador del Mercado Eléctrico (OMEL), funciona como la institución anteriormente mencionada encargada de evaluar las distintas decisiones de inversión teniendo en cuenta las ofertas de venta y compra de electricidad de los agentes que actúan en el mercado. Además de estos suplementos pueden aplicarse los impuestos pigouvianos, pero para ello las distintas Administraciones Públicas deben asumir la correspondiente competencia.

Asimismo hay que señalar que la aplicación de suplementos ambientales al sistema tipo del mercado de la energía eléctrica encarecería la misma, lo que provocaría la sustitución de fuentes energéticas en agentes debidamente capacitados, lo que originaría cambios no deseados en este mercado. En cambio, si el instrumento de internalización fuera un impuesto piguviano, no se produciría la situación anterior, ya que dicho impuesto grava los efectos de forma general, dentro y fuera del sistema tipo o pool.

Para concluir el presente apartado hay que señalar que la no consideración de los efectos externos en el precio de la energía eléctrica puede considerarse como una subvención implícita de la sociedad al subsector de generación de energía, en especial a las centrales térmicas en perjuicio de las hidroeléctricas y de otros generadores de energías renovables que no aparecen en la actualidad en el sistema tipo español debido a que sus precios no serían competitivos.

10. Conclusiones

La Economía actual pretende por medio de todos sus instrumentos y medios tratar de aportar soluciones a la gran problemática planteada con motivo del cambio climático, y analizar en concreto la valoración económica de los impactos ambientales y los distintos proyectos y evaluaciones de las políticas medioambientales.

Las consecuencias del cambio climático son importantes y graves, por lo que es necesario intensificar el estudio e investigación de los efectos producidos por el mismo. En este sentido se tiene que analizar rigurosamente el comportamiento de los agentes contaminadores, la utilización de las tasas de descuento, y la incertidumbre que el cambio climático supone.

Se trata de que los distintos gobiernos investiguen, mediante la correspondiente valoración, qué instrumentos y medios pueden emplear para

crear políticas medioambientales para luchar contra los efectos del cambio climático. Asimismo, la crisis económica actual afecta a la decisión de qué políticas medioambientales se van a llevar a cabo para tratar de corregir los efectos del cambio climático.

En cuanto a los medios utilizados por el sector público, son fundamentalmente instrumentos de mercado de tipología flexible, los cuales aportan mayor eficacia que los instrumentos de carácter convencional. Además, a la hora de decidir y aplicar una política correctora determinada, se tiene que tener en cuenta el factor ético, e igualmente, debido a la magnitud de la problemática del cambio climático, resulta acertado para conseguir que las políticas utilizadas sean lo más eficaces posibles, la coordinación de los diversos instrumentos existentes.

En definitiva, y para concluir, las soluciones que puedan aportarse para combatir el cambio climático exigen una reflexión y un análisis minucioso, con el fin de poder actuar con rapidez y eficacia ante este problema, por lo que la investigación en la economía del cambio climático resulta fundamental.

Fattori economici scatenanti, fiscalità e politiche del cambiamento climatico*

Pablo Antonio Moreno Valero**

* Relazione presentata alla Tavola Rotonda sul tema *El sistema Tributario como instrumento de protección del medio ambiente*, Madrid, 17 Novembre 2009

** Traduzione italiana di Maria Luisa Valicenti

SOMMARIO: 1. Prime considerazioni; 2. Recessione economica e cambiamento climatico; 3. Meccanismi di politica ambientale; 4. Conseguenze dirette riguardanti l'ambiente naturale; 5. Ripercussione economica; 6. Competitività e fuga di emissioni; 7. Sistema Europeo di scambio delle emissioni; 8. Fiscalità ambientale; 9. Imposte pigouviane e supplementi ambientali; 10. Conclusioni

1. Prime considerazioni

Il cambiamento climatico implica oggi giorno un problema per la società in generale che riguarda tanto la natura quanto l'economia di tutti i Paesi, questo esige lo studio delle sue cause, e l'adozione di un insieme di decisioni da parte dei governi.

La produzione e il consumo di energia danno origine all'accumulazione in atmosfera di gas a effetto serra, essendo necessario sottolineare in questo senso ciò che segue:

1. Una volta che gli scienziati hanno riconosciuto l'esistenza del cambiamento climatico, la scienza economica deve studiare l'impatto ambientale e trovare soluzioni che eliminano questa situazione nel miglior modo possibile.
2. Il problema del cambiamento climatico implica l'intervento della scienza economica nel suo insieme.

Pertanto, si tratta di un problema ambientale e globale che ha bisogno del consenso di tutti i Paesi, e in particolare dei suoi politici attraverso accordi internazionali.

In qualunque caso, le conseguenze del cambiamento climatico riguardano fattori tali come le risorse alimentari (aumento dei prezzi e bassa qualità), l'aumento del livello del mare, la biodiversità, o la salute delle persone (mortalità a causa di ondate di caldo), e d'altra parte risulta difficile adottare soluzioni politico-economiche a breve termine data la complessità e l'incertezza che risulta dall'analisi dei sistemi climatici.

Benché la Spagna sia uno dei Paesi che verrà maggiormente scosso dal cambiamento climatico, tenuto conto dell'estensione delle sue coste e della sua posizione geografica, tuttavia non è stata realizzata un'analisi profonda delle conseguenze economiche causate dal cambiamento climatico.

2. Recessione economica e cambiamento climatico

La crisi economica attuale, ha provocato un crescente interesse dei governi per la compatibilità tra il progresso economico e il rispetto dell'ambiente.

Di fronte alla situazione provocata da questa crisi, l'intervento dei poteri pubblici risulta efficace. Ugualmente, si internalizzano le esternalità, si promuove l'utilizzo di energie non inquinanti, e con l'abbassamento del prezzo dei prodotti energetici di carattere basilare, si facilita l'applicazione di determinati strumenti di mercato. Precisamente l'esistenza di alcuni prezzi finali sostenuti di prodotti energetici, per mezzo di strumenti di mercato, promuove l'efficienza energetica, diminuendo la dipendenza dall'estero, da parte dei Paesi di cui si parla, e porta ad una diminuzione di esportazione di redditi.

In un'epoca di crisi si può realizzare il dividendo multiplo dell'imposizione dei gas a effetto serra, che implica l'incentivazione delle tecnologie non inquinanti, il ristabilimento dell'ambiente, l'aumento dell'occupazione, la riduzione della dipendenza energetica, e un'economia maggiormente dinamica.

Dall'altro lato, l'attuale crisi economica sta influenzando nella direzione di un aumento della collaborazione e armonizzazione a livello internazionale, rispetto alle politiche ambientali dei governi in relazione al cambiamento climatico. Di fronte all'aumento della disoccupazione e alla diminuzione dell'attività economica, la fuga di emissioni assume rilevanza e danneggia le politiche ambientali attuali e le decisioni che possono essere prese per il futuro.

Per ultimo, si deve segnalare che attraverso la tecnologia dei Paesi sviluppati si deve fare in modo che gli effetti della crisi colpiscano il meno possibile i Paesi in via di sviluppo e con un'economia più debole.

3. Meccanismi di politica ambientale

Se si analizza il concetto di esternalità, questa si produce quando un agente provoca cambiamenti nella produzione o nel benessere di un altro, senza che esista una compensazione tra i due.

Gli effetti che producono le esternalità ambientali sono di carattere negativo, potendo gli stessi attenuarsi attraverso politiche ambientali, le quali si stanno andando evolvendo con gli anni. Dapprima sono apparse le regolazioni di mandato e di controllo; di seguito gli strumenti economici e di mercato e attualmente esistono le cosiddette approssimazioni volontarie.

Le regolazioni di mandato e di controllo consistono nell'istituzione di norme che i soggetti inquinatori devono rispettare, e che tentano di garantire che si produca un miglioramento del comportamento nei confronti dell'ambiente. Dall'altra parte, esiste un sistema di arbitraggio (monitoraggio), che esamina e controlla gli inadempimenti dei soggetti inquinatori, questo può comportare sanzioni di tipo economico.

In relazione agli strumenti economici di politica ambientale, essi apportano flessibilità ai settori inquinanti attraverso la fissazione di prezzi per inquinare, che possono consistere in un'imposta ambientale o nella costituzione di un mercato di diritti di emissione, che assomigli al funzionamento del mercato. In questa maniera, attraverso il prezzo per inquinare tutti i soggetti inquinanti uguagliano il proprio costo marginale di riduzione tra di loro, al prezzo "p", dato che è preferibile optare a pagare il detto prezzo per disinquinare, quando i costi si trovano al di sotto dello stesso, diminuendo in questo modo i costi di politica ambientale.

Rispetto alle approssimazioni volontarie, questi strumenti di politica ambientale pretendono che i settori inquinanti si autoregolino attraverso processi cooperativi che presuppongano un costo minore per la società attuale. In questo senso si deve mettere in evidenza che i cosiddetti processi di creazione e diffusione di informazione in relazione al deterioramento dell'ambiente causato dai settori inquinanti, vengano realizzati dal settore pubblico e pretendono che i soggetti inquinanti modifichino il proprio comportamento per non perdere il proprio prestigio e per non diminuire il proprio numero di clienti.

La scelta di una determinata politica di controllo delle emissioni di gas a effetto serra si basa su alcuni criteri di valorizzazione che sono: la realizzabilità pratica, l'incidenza distributiva, l'efficacia ambientale e l'efficienza economica.

- La realizzabilità pratica, esige strumenti di facile applicazione che riducano i costi di amministrazione e di gestione per il regolatore come per i regolati.
- L'incidenza distributiva si riferisce a strumenti che non colpiscano una parte della popolazione e del territorio.
- L'efficacia ambientale guarda alla capacità dello strumento di politica ambientale per raggiungere l'obiettivo ambientale prefissato precedentemente (strumenti basati sulla quantità).
- L'efficienza economica allude alla riduzione al minimo dei costi di politica ambientale (efficienza statica), incentivando, dall'altra parte, il progresso tecnologico, per arrestare l'avanzata di distruzione dell'ambiente (efficienza dinamica).

Per concludere si deve segnalare che è necessario utilizzare in forma congiunta, gli strumenti esistenti di politica ambientale per raggiungere i diversi obiettivi.

4. Conseguenze dirette riguardanti l'ambiente naturale

In questa direzione, il cambiamento climatico provoca l'aumento delle temperature medie in questo secolo, il riscaldamento generale del pianeta, l'aumento delle temperature medie nei mesi estivi in confronto ai mesi invernali, un maggior aumento della temperatura nei mesi estivi nelle zone interne più che nelle coste, la diminuzione della frequenza di piogge, l'aumento dei giorni con temperature massime nei mesi estivi, e in generale l'aumento delle anomalie termiche.

In concreto, il cambiamento climatico danneggerà:

1. La salute delle persone, causando con l'aumento della temperatura, la morte di milioni di esseri umani, così come la diffusione del pericolo della malaria.
2. Gli ecosistemi, cambiando la propria distribuzione e le caratteristiche degli stessi, e la perdita di biodiversità nel futuro.
3. L'estinzione di specie di animali e piante in percentuale elevata.
4. L'agricoltura, con la presenza di siccità e difficoltà per la produzione di alimenti.

5. L'acqua, con l'aumento del numero di persone con insufficienza d'acqua.
6. La presenza di catastrofi tali come la creazione di zone ghiacciate, che provocherà l'aumento del livello del mare e l'alterazione delle correnti oceaniche.

5. Ripercussione economica

Lo studio della ripercussione economica del cambiamento climatico fino ad ora non è stato preso in considerazione dagli economisti, questo implica una mancanza di conoscenza e di precisione riguardo questo aspetto.

Senza dubbio, le conseguenze economiche del cambiamento climatico sono molto importanti, per questo è necessario effettuare un'analisi dettagliata del suo impatto sull'economia mondiale.

Al momento di analizzare gli effetti arrecati ai fattori produttivi, le stime si basano su modelli di equilibrio parziale o generale. I modelli di equilibrio generale tengono in considerazione diversi fattori economici, sicché risultano appropriati per studiare situazioni di grande portata, nonostante i modelli di equilibrio parziale siano utili perché analizzano in modo dettagliato determinati impatti e forniscono dati ai modelli di equilibrio generale.

Dei diversi resoconti realizzati fino ad oggi in relazione all'aumento della temperatura nel mondo, emerge che il PIL potrà diminuire tra l'1 e il 5 per cento, e che i benefici immediati delle misure energetiche sono superiori ai costi dell'inattività.

Gli impatti economici a ragione del cambiamento climatico sono stati realizzati in settori quali la salute, i bacini fluviali, le coste, la domanda di energia, l'agricoltura e il turismo.

- Con riferimento all'agricoltura, si ritiene che si produrranno perdite di produttività agraria, fundamentalmente nel Sud dell'Europa, dovute alla riduzione del periodo di crescita delle coltivazioni e all'insufficienza d'acqua.
- Riguardo l'energia, il suo consumo sarà minore nel periodo invernale, aumentando le temperature, ma senza dubbio la sua domanda aumenterà durante l'estate, sicché si compenseranno i costi e i benefici energetici.
- Nel settore del turismo le conseguenze del cambiamento climatico porteranno alla diminuzione di turisti nella zona mediterranea, meta

preferita fino ad oggi per milioni di persone, e l'aumento di visitatori nel Nord dell'Europa.

- Nel campo della salute, le temperature estreme e la contaminazione porteranno all'aumento dei casi di mortalità e influiranno sull'aumento di persone affette da infermità come la malaria.

Se si analizzano le conseguenze del cambiamento climatico in Spagna, si osserva che gli studi realizzati in questa materia sono minimi, talché né a breve, né a medio termine si può trasferire l'impatto fisico del cambiamento climatico all'impatto socioeconomico. In concreto, nel settore dell'agricoltura il nostro Paese potrà subire una perdita di più del 25% della sua produttività, e nel settore del turismo, fondamentale per la nostra economia, l'aumento delle temperature comporterà diminuzione di un gran numero di turisti in Spagna, e la preferenza di questi per altre mete con un clima più favorevole.

Le conseguenze a lungo termine del cambiamento climatico sono difficili da prevedere, date le tecnologie applicabili, le produttività e i costi dei fattori implicati, e i diversi scenari climatici che esistono, sicché i risultati delle analisi e degli studi realizzati, saranno approssimativi e non definitivi.

Dall'altra parte, i danni provocati dal cambiamento climatico possono essere tanto di tipo materiale, come di tipo non materiale. In questo modo, si deve fare menzione dell'ipotesi della perdita di biodiversità non commerciale e degli elementi paesaggistici, i quali influenzano tanto la domanda come l'offerta di alcuni beni e servizi.

6. Competitività e fuga di emissioni

Dal punto di vista economico si devono analizzare le conseguenze e gli effetti collegati al cambiamento climatico e le politiche di correzione. In Spagna, la competitività e la fuga di emissioni, non sono state oggetto di studio in profondità.

Se una politica di cambiamento climatico danneggia la competitività, questa politica può essere oggetto di restrizioni. Inoltre, si deve evitare la cosiddetta fuga di emissioni di gas a effetto serra, giacché i costi economici per le regolazioni non corrispondono ai benefici ambientali associati alla riduzione di emissioni.

La competitività si può definire come la capacità di mantenere e/o di espandere la posizione di mercato a partire da una certa struttura di costi.

La perdita di competitività si valuta e analizza attraverso l'incremento relativo dei costi, in relazione con i competitori internazionali, dato che esiste un prezzo di CO₂.

D'altra parte, in riferimento a come viene valutata la competitività a livello territoriale (paese, settore economico o impresa), la sua stima si deve realizzare a livello settoriale o di impresa. Allo stesso modo, gli impatti specifici sulla competitività dipendono dalla capacità di ridurre le emissioni di gas a effetto serra a costi bassi, dagli effetti di mercato europeo riguardo la struttura dei costi e i margini di benefici, dall'esposizione nei mercati internazionali e dalle possibilità dell'agente di incrementare i prezzi finali dei prodotti.

La fuga di emissioni di gas a effetto serra che non riguardano l'Unione Europea, prodotte per il mercato europeo, è dovuta all'esistenza di costi differenziali per le emissioni di carattere diretto o indiretto, e può verificarsi quando gli accordi internazionali non sono completi, quando i costi di riduzione dei gas a effetto serra sono alti, e quando questi costi non possono essere trasmessi a prezzi internazionali a causa della concorrenza. Allo stesso modo, se i prodotti finali presentano un grado di specializzazione elevato, o le decisioni di localizzazione sono interessate dalle infrastrutture, risulta più difficile che si produca una fuga di emissioni.

Per combattere la fuga di emissioni, è necessario introdurre accordi tariffari alla frontiera al fine di compensare i costi differenziali dei prodotti interni, sebbene esiste una serie di limiti fissati dall'Organizzazione Mondiale del Commercio per la modifica dei dazi per un uso tariffario. Dall'altro lato, e come alternativa a quello che è stato esposto precedentemente, è necessario stabilire prezzi più bassi per le emissioni di gas a effetto serra per quei settori che sono intensivi nelle stesse.

Continuando, si deve sottolineare l'importanza della politica ambientale di correzione in relazione al cambiamento climatico, e in questo senso esistono una serie di temi fondamentali come: il sistema europeo di scambio delle emissioni di gas a effetto serra, così come l'utilizzo di imposte con obiettivi di politica climatica, specialmente riguardo il trasporto.

7. Sistema Europeo di scambio delle emissioni

Attraverso la Direttiva 2003/87/CE, si costituì nell'Unione Europea un sistema di scambio internazionale di emissioni di CO₂, al fine di raggiungere l'obiettivo di riduzione di emissioni, obiettivo espresso nel Protocollo

di Kyoto. Il funzionamento di questo sistema iniziò nel 2005, trovandosi lo stesso in una prima fase di prova fino al 2007 e una seconda di carattere definitivo, compresa tra il 2008 e il 2012.

Ugualmente, la Commissione Europea ha manifestato la volontà di creare una proposta di Direttiva che regoli il mercato dei diritti di emissione dal 2012, con una fase iniziale fino al 2020, pretendendo con la stessa l'aumento di riduzione di emissioni e la predisposizione totale all'asta delle autorizzazioni.

Riguardo al mercato dei diritti di emissione, esso comprende una serie di settori, assegnati ai propri impianti, autorizzati per emettere CO₂, potendo commercializzare con questi diritti, una volta che questi siano stati assegnati.

In relazione a questo sistema, denominato "Cap and trade", si stabiliscono inizialmente gli obiettivi di riduzione di emissioni e successivamente si realizza la distribuzione dei diritti di emissione tra i partecipanti affinché questi commercializzino tra loro.

D'altro lato, ciascun governo dei diversi Stati membri, crea un "Piano Nazionale di Assegnazione" (PNA), stabilendo all'interno dello stesso la quantità di emissioni attribuite a ciascun impianto partecipante, e la totalità dei diritti ripartiti equivale al limite massimo di emissioni.

Esiste un accordo di ripartizione del carico che stabilisce la divisione tra gli Stati membri degli obiettivi globali dell'Unione Europea nel Protocollo di Kyoto. Inoltre, riguardo la ripartizione delle autorizzazioni che è generalmente a carattere gratuito, si deve segnalare che quando termina ciascun anno, gli inquinanti devono possedere un numero di diritti equivalente alle proprie emissioni, sicché non viene permesso loro di risparmiare o prestare diritti di emissione da un anno ad un altro.

Nel caso in cui non si rispettino le norme precedentemente esposte, si imporranno le sanzioni economiche corrispondenti, ma questo non significa che il soggetto inquinante deve presentare i diritti di emissione equivalenti alle emissioni in eccesso, che invece, dovrà consegnare l'anno seguente.

Ugualmente, è stato realizzato un registro documentale degli scambi e degli agenti inquinanti, che serve a favorire la compravendita dei permessi di emissione, essendo i costi di detti scambi a carattere limitato.

Il mercato europeo di emissioni ha come obiettivo quello di ridurre il numero di emissioni al minor costo possibile, e incentivare le imprese ad utilizzare una tecnologia che inquinino nel minor modo possibile.

Senza dubbio, all'inizio del funzionamento di questo mercato, non c'è stata un'armonizzazione nei procedimenti né nell'ammontare delle assegnazioni, e questo ha provocato una limitazione alle riduzioni reali di emissioni.

Il Protocollo di Kyoto contempla insieme ai mercati dei diritti di emissione, i cosiddetti MDL e AC (applicazione congiunta). Mediante questi meccanismi, complementari allo scambio di emissioni, i Paesi possono acquisire diritti di emissioni addizionali, per mezzo di investimenti in progetti di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra in altri Paesi.

Il nostro Paese ha utilizzato il MDL, secondo il quale un Paese sviluppato investe in tecnologie di sviluppo pulito in un Paese in via di sviluppo e ottiene riduzioni di gas a effetto serra, le cosiddette "Riduzioni certificate delle emissioni" (CER). Queste riduzioni, si traducono in un certificato, il quale può essere scambiato con diritti di emissioni, da parte dell'investitore, nel suo Paese d'origine o in un altro dei Paesi nei quali esso opera.

L'obiettivo del MDL è promuovere quello che i Paesi sviluppati fanno con le proprie obbligazioni e fare in modo che i Paesi in via di sviluppo raggiungano uno sviluppo sostenibile. In quanto al processo seguito attraverso il MDL, questo si compone di sette tappe: Disegno; Validità; Registrazione; Implementazione del disegno; Vigilanza; Verifica e Certificazione e Spedizione delle CER alla Giunta Esecutiva del MDL.

8. Fiscalità ambientale

Attraverso queste imposte si cerca, insieme al risparmio di energia o all'utilizzo di energie che inquinino nel minor modo possibile, di ridurre le emissioni di gas a effetto serra, dovendo menzionare in questo senso, le cosiddette Riforme Fiscali Verdi (RFV).

Le imposte ambientali si dividono in: specifiche, le quali sono limitate con riguardo all'ambito, all'incidenza e alla riscossione, o generiche, queste ultime ricadono specialmente sui consumi energetici.

Le Riforme Fiscali Verdi si basano sulla teoria del doppio dividendo, dovuto all'esistenza del cambiamento climatico collegato ad una fonte stabile e continua di ingressi fiscali generati dall'onere del GEI.

La Riforma Fiscale Verde cerca di creare alcuni sistemi fiscali semplici ed efficienti, mediante i quali non diminuisca la riscossione. Si tratta di far perdere rilevanza alle imposte dirette e aumentare le imposte indirette sulle

vendite di prodotti, compensando in questo modo la riduzione realizzata nell'ambito delle imposte dirette, principalmente l'imposta sul reddito e sui contributi previdenziali.

Riguardo la seconda generazione di Riforme Fiscali Verdi, utilizzata nei Paesi centroeuropei da quasi un secolo, ha come obiettivo la riduzione dei contributi previdenziali versati dagli imprenditori.

Se si analizzano i diversi settori nei quali è possibile applicare le politiche fiscali contro il cambiamento climatico, si deve segnalare il settore del trasporto come uno di quelli che spicca sugli altri. Le imposte sui veicoli sono ricadute, fino ad ora, sulla titolarità dei mezzi di trasporto, colpendo in questo modo l'acquisto del veicolo, il possesso dello stesso e l'utilizzo dei carburanti. Allo stesso modo, gli strumenti utilizzati in questo settore per combattere contro il cambiamento climatico, presuppongono una diminuzione della domanda di veicoli e che questi siano ogni volta più efficienti dal punto di vista energetico, affinché vengano ridotte le emissioni di GEI.

In Spagna, in relazione al settore automobilistico, esistono le imposte che ricadono sull'acquisto del veicolo, come l'IVA e l'Imposta di immatricolazione, versate alle Comunità Autonome, e l'Imposta municipale sui veicoli a trazione meccanica. Rispetto a queste imposte si deve segnalare che sebbene ricadano su un bene che provoca esternalità negative, non riguardano direttamente l'utilizzo del veicolo, essendo pertanto poco rilevante la sua effettività ambientale.

In virtù di quello che è stato stabilito nella Legge delle Finanze Locali, i municipi sono autorizzati a realizzare l'incremento delle quote dell'imposta di circolazione fino a un massimo del 200%. Inoltre, questa normativa stabilisce due detrazioni ambientali della quota:

- Una detrazione fino al 75% prendendo in considerazione la classe di carburante che adopera il veicolo, e come la sua combustione danneggia l'ambiente.
- Una detrazione fino al 75%, in funzione delle caratteristiche dei motori dei veicoli e la sua incidenza sull'ambiente.

Senza dubbio, nell'attualità, ci si sta preoccupando affinché le imposte ambientali sui veicoli tengano conto del livello di emissioni degli stessi.

Ora, esaminando il settore dei carburanti, si osserva che l'imposta sugli stessi provoca effetti positivi in relazione all'efficienza energetica, promovendo la riduzione del consumo energetico per distanza percorsa. Le imposte che ricadono sui suddetti carburanti, in Europa, sono, da un lato,

un'imposta speciale a carattere unitario, e dall'altro, l'iva, la quale si applica sul prezzo degli stessi.

Nel nostro Paese, la titolarità delle imposte precedentemente menzionate è di carattere statale, e sono state cedute parzialmente alle Comunità Autonome, allo stesso modo dell'imposta sulle vendite al dettaglio di idrocarburi.

Oltre alle imposte citate nei paragrafi precedenti, si deve menzionare la proposta di imposta sull'utilizzo del veicolo che grava sulla distanza percorsa, impiegando un modello impositivo in unità monetarie per chilometro. I vantaggi che presuppone questo modello di imposta si incentrano su un'azione più diretta sulle esternalità dei veicoli, osservando la relazione con il chilometraggio, e su un mantenimento delle entrate pubbliche, posto che solo se si evita il pagamento, diminuisce il chilometraggio.

La proposta di Imposta sulle Emissioni dei Veicoli a Motore sostituirà l'Imposta di Immatricolazione e di Circolazione dei veicoli. Questa imposta avrà come fatto imponibile il potenziale di emissioni del veicolo acquistato e/o mantenuto in proprietà durante l'anno, essendo il soggetto passivo della suddetta imposta il titolare registrato alla Direzione Generale del Traffico. Quanto alla sua base imponibile, sarà calcolata sulla base della media delle emissioni potenziali inquinanti del veicolo ponderata dal fattore di gravità delle conseguenze ambientali di queste emissioni.

Si tratta di eliminare in forma graduale l'Imposta di Immatricolazione in un periodo transitorio di 10 anni, con una riduzione del 10% annuale tra il 2009 e il 2018. In questo modo si eviteranno distorsioni nel mercato dei veicoli e non pregiudicherà a nessuno l'acquisto di un veicolo prima che scompaia la menzionata Imposta di Immatricolazione, per non dover pagare una maggiore Imposta di Circolazione.

Terminato il periodo citato precedentemente, si dovrà aumentare del 50% la nuova Imposta sulle Emissioni dei Veicoli a Motore, in relazione alla situazione nella quale si troverà l'Imposta di Immatricolazione, e l'Imposta Speciale sugli Idrocarburi del 10% secondo la situazione descritta per l'Imposta di Immatricolazione.

Riguardo alla determinazione della base imponibile potenziale di questa nuova imposta, sarà calcolata dalla media delle emissioni potenziali inquinanti di ciascun veicolo ponderata dal fattore di gravità delle conseguenze ambientali di queste emissioni. Al momento di determinare detta base imponibile, si devono tenere in considerazione i dati delle emissioni dei modelli di veicoli che si vendono per intervalli di cilindrata, realizzando una media delle emissioni degli stessi.

La tipologia di questa imposta sarà zero per i veicoli più ecologici, e dovrà essere positiva a partire dalle emissioni superiori a 120gCO₂/Km.

D'altro lato, ci si deve riferire all'imposta che ricade sui veicoli tenendo in considerazione determinate caratteristiche della stessa che conservano una stretta relazione con il deterioramento dell'ambiente (classe di combustibile, potenza, peso, antichità,...).

Esiste una proposta di Direttiva da parte dell'Unione Europea, applicabile alle automobili, al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno e ridurre le emissioni di CO₂ originate dalle stesse. Anche detta proposta, esige la completa eliminazione dell'Imposta di Immatricolazione in un periodo transitorio di 10 anni, la ristrutturazione delle Basi Impugnabili delle imposte di immatricolazione e circolazione, introducendo un componente collegato alle emissioni di CO₂, e la creazione di un sistema di rimborso dell'Imposta di Immatricolazione.

9. Imposte pigouviane e supplementi ambientali

Questo tipo di imposte nasce dalla necessità di intervento dei poteri pubblici quando si realizzano decisioni di mercato, come accade in seguito agli effetti provocati dall'inquinamento dell'ambiente. In questo senso si alterano i prezzi relativi alle merci inquinate per mezzo delle imposte pigouviane in una quantità che internalizza il costo esterno che provoca la sua produzione o il suo consumo.

Si tratta di realizzare un meccanismo di mercato efficiente, applicandovi una serie di strumenti di prezzo per internalizzare una parte dei costi esterni associati alla generazione di energia elettrica. E' possibile l'applicazione delle c.d. imposte pigouviane e dei supplementi ambientali per alternare i prezzi praticati dalle imprese che generano elettricità in Spagna.

In primo luogo, si studiano i fondamenti teorici riguardanti l'utilizzo di strumenti di prezzo come mezzo per internalizzare le esternalità, e si determinano le peculiarità e il funzionamento del complesso elettrico spagnolo. In seguito, si realizza un dibattito per valutare se risulti adeguato l'utilizzo dei risultati del programma ExternE della Commissione Europea come mezzo di informazione per stimare i costi ambientali in relazione alla produzione di energia elettrica. Il progetto denominato ExternE perfeziona i fondamenti teorici e le direttive metodologiche, che sono state applicate in relazione ad una serie di fonti di produzione di elettricità nell'Unione Europea.

Di seguito, si tengono in considerazione i risultati di un modello di simulazione che si basa sull'integrazione di dati reali del sistema tipo (pool) elettrico spagnolo con imposte e supplementi calcolati a partire dai costi esterni computati dall'ExternE. Per ultimo, si riesaminano le potenzialità di questa classe di sistemi e delle proposte per perfezionare la propria ricerca.

Riguardo ai supplementi ambientali, denominati in inglese "environmental adders", essi sono una variante delle imposte pigouviane, e ugualmente alterano i prezzi dei prodotti internalizzando gli effetti esterni che producono, e servono affinché nel mercato si riconosca il costo sociale reale di un determinato prodotto o merce.

Applicando i supplementi ambientali a una situazione di mercato, deve esistere un'istituzione che si occupi di valutare le decisioni di investimento o di assegnazione di quote di produzione, tenendo in considerazione le offerte dichiarate dai diversi rappresentanti. Questa istituzione dovrà tener in considerazione il costo sociale delle distinte alternative apportate dagli agenti.

Il settore elettrico spagnolo ammette l'applicazione di supplementi ambientali, giacché i rappresentanti che operano in questo settore provocano effetti esterni ambientali che pregiudicano la qualità della vita, sebbene detti effetti non si trovano internalizzati nei prezzi dell'elettricità.

D'altro lato, i rappresentanti vendono l'elettricità per mezzo di un sistema di tipo pool, al quale apportano offerte di vendita per la produzione che somministreranno in relazione ai diversi prezzi di mercato, che in teoria coprono il costo marginale privato. L'Operatore del Mercato Elettrico (OMEL), funziona come l'istituzione precedentemente menzionata incaricata di valutare le diverse decisioni di investimento tenendo in considerazione le offerte di vendita e l'acquisto di elettricità dei rappresentanti che operano nel mercato. Inoltre a questi supplementi possono applicarsi le imposte pigouviane, ma per questo, le diverse Amministrazioni Pubbliche devono assumere la corrispondente competenza.

Ugualmente si deve segnalare che l'applicazione dei supplementi ambientali al modello tipo del mercato dell'energia elettrica aumenterà la stessa, ciò provocherà la sostituzione di fonti energetiche in agenti debitamente idonei, e genererà cambiamenti non desiderati in questo mercato. In cambio, se lo strumento dell'internalizzazione fosse un'imposta pigouviana, non si realizzerebbe la situazione precedente, giacché detta imposta provoca effetti in forma generale, all'interno e fuori del sistema tipo o pool.

Per concludere il presente paragrafo si deve segnalare che la non considerazione degli effetti esterni sul prezzo dell'energia elettrica può considerarsi

come una sovvenzione implicita della società al sub settore di generazione dell'energia, specialmente nelle centrali termiche a discapito di quelle idroelettriche e di altri generatori di energie rinnovabili che non appaiono attualmente nel sistema tipo spagnolo dato che i suoi prezzi non sono competitivi.

10. Conclusioni

L'economia attuale cerca attraverso tutti i suoi strumenti e mezzi di dare una soluzione al grande problema posto dal cambiamento climatico, e di analizzare in concreto la valutazione economica degli impatti ambientali e i diversi progetti e valutazioni delle politiche ambientali.

Le conseguenze del cambiamento climatico sono importanti e gravi, per questo è necessario intensificare lo studio e l'indagine degli effetti prodotti dallo stesso. In questo modo si deve analizzare rigorosamente il comportamento degli agenti inquinanti, l'utilizzo delle tasse di detrazione e l'incertezza che il cambiamento climatico comporta.

E' necessario che i diversi governi indaghino, attraverso la corrispondente valutazione, su quali strumenti e mezzi possono essere impiegati per creare politiche ambientali al fine di combattere gli effetti del cambiamento climatico. Ugualmente, la crisi economica attuale serve a decidere quali politiche ambientali devono essere realizzate per provare a correggere gli effetti del cambiamento climatico.

In relazione ai mezzi utilizzati dal settore pubblico, essi sono fondamentalmente strumenti di mercato a tipologia flessibile, i quali apportano maggiore efficacia rispetto agli strumenti a carattere convenzionale. Inoltre, al momento di decidere e applicare una determinata politica di correzione, si deve tenere in considerazione il fattore etico, e allo stesso tempo, data la grandezza del problema del cambiamento climatico, risulta necessario per garantire che le politiche utilizzate siano il più possibili efficaci, il coordinamento dei diversi strumenti esistenti.

In definitiva, e per concludere, le soluzioni che possono essere utilizzate per combattere il cambiamento climatico esigono una riflessione e un'analisi minuziosa, al fine di poter agire con rapidità e efficacia di fronte a questo problema, per questo l'indagine sull'economia del cambiamento climatico risulta fondamentale.

Deslocalización y derechos de emisión*

Miguel Pérez de Ayala Becerril**

* Este estudio se ha realizado en el marco del proyecto de investigación “*La tributación del comercio de derechos de emisión y su problemática legal y contable*”, con referencia USP-BSCH-04/08, financiado por el Banco Santander Central Hispano. Su texto se corresponde con la ponencia presentada con el título “*La deslocalización de las rentas y el comercio de emisiones*” en las Jornadas celebradas en Madrid los días 17 y 20 de Noviembre de 2009.

** Profesor Adjunto de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad CEU San Pablo

ABSTRAER: 1. Introducción; 2. La adopción de mecanismos cap and trade y las fugas de carbono; 3. Soluciones posibles ante la deslocalización; 3.1. Soluciones globales: solución a la cobertura incompleta; 3.2 Soluciones de segundo orden: solución a las «fugas de carbono»; 4. La solución adoptada: la directiva 2009/29/CE; 5. Conclusiones

1. Introducción.

Desde un punto de vista económico, el medio ambiente entendido como bien disponible tiene dos consecuencias: por un lado, su uso provoca externalidades y por otro, al considerarse como un bien público entendido cuyo consumo no excluye a nadie, da lugar a la aparición de los llamados parásitos, o más sutilmente, los *free rider*¹.

¹ Desde un punto de vista económico, un *free rider* es una persona que recibe un beneficio por utilizar un bien o un servicio pero evita pagar por él; de esta manera, son aquellos sujetos que en cualquier bien o servicio se ven beneficiados por las acciones de los demás, sin ellos mismos cargar con el coste de esas acciones. Cuando nos referimos a bienes de carácter público (bienes en los que nadie puede quedar excluido de su uso, por no ser individualizables), nos encontraremos ante un individuo que se beneficia de ese bien pero no está dispuesto a pagar por él. El medio ambiente, y su protección, se configuran claramente como un bien de carácter público como más tarde se explica en el texto.

1. En relación al primer punto, las externalidades se producen en el sentido de que las emisiones de gases (en este caso los contaminantes) que realiza un país tienen un efecto externo negativo para otro. Este es el principal daño o efecto económico negativo a resolver, y para ello sí existen instrumentos que nos ayudan a trasladar estos daños y superar la situación ineficiente generada por el mercado. Esos instrumentos, que requieren la intervención estatal (si no, obviamente, el mercado no puede resolverlos, sencillamente porque no existirá voluntad para ello²), son los impuestos o tasas siguiendo el principio de quien contamina paga (en este caso a las emisiones de CO₂), que provocarán la internalización de los daños causados.

La solución fiscal a los problemas medioambientales (o, en general, a los de los efectos externos o externalidades) fue sugerida en fecha temprana por Pigou (1920). Según él, mediante los impuestos y las subvenciones se pueden interiorizar las externalidades, es decir, aquellos efectos sobre terceros que no son tenidos en cuenta por el mercado. Por ejemplo, el productor y el consumidor de un producto contaminante no tienen en cuenta el perjuicio que la contaminación causa a terceros. Como consecuencia, el precio del producto sólo refleja los costes y beneficios privados (de productores y consumidores) y no los costes sociales (los privados más los perjuicios sobre terceros). De ello se deriva que los productos contaminantes se benefician de precios excesivamente bajos y, como resultado, su demanda, y por tanto su oferta, es mucho más alta.

La solución pigouviana consiste, en definitiva, en hacer que los precios sean los correctos, es decir, que tengan en cuenta los costes sociales producidos por la contaminación, que se añaden al precio de mercado mediante un impuesto único medioambiental. De esta forma se pasa del precio de mercado, excesivamente bajo, a un precio más alto, que tiene en cuenta los daños causados por la contaminación, y, como resultado, de una cantidad de producción de mercado excesivamente alta a una más reducida, que resulta socialmente óptima al tener en cuenta tanto los beneficios que produce a la sociedad el producto contaminante como los costes de la

² Resultaría absurdo pretender que en una economía de libre mercado pura, el mercado resolviese una situación en la que per se no existe posibilidad de individualizar un servicio y, consecuentemente, exigir un precio. De hecho, la denominación de “parásito” se basa en ese concepto.

contaminación que genera³.

2. Surge sin embargo otro problema; al ser el medio ambiente un bien denominado público, en el sentido de que se produce para todos al no ser posible excluir a otros de su uso, ello lleva a la no-rivalidad, lo cual significa que el bien no disminuye por el hecho de que lo consuma un número mayor de personas. Ello provoca, como ya hemos dicho, la aparición de los *free riders*, que en este caso actuarán como sujetos que ante la firma de un acuerdo cuya finalidad sea la de reducir las emisiones, no lo suscriban, comportándose, por tanto, como polizones, lo que erosiona tremendamente la efectividad de estos instrumentos de mercado, pues no hay un poder coercitivo global que pueda imponer sanciones ante el incumplimiento de la normativa.

2. La adopción de mecanismos “*cap and trade*” y las fugas de carbono

Pues bien, como es sabido, dada la situación contaminante y la preocupación internacional, los países firmantes del Protocolo de Kioto se han comprometido a objetivos vinculantes de limitación de emisión de gases contaminantes, existiendo sanciones para los países cuyas emisiones superen los derechos que tienen asignados, salvo que adquieran nuevos derechos en los mercados constituidos al efecto.

Es por ello, entonces, que se establece, entre otros, el mecanismo de *cap and trade*, mecanismo de mercado intraeuropeo que establece la Directiva Europea sobre Comercio de Emisiones para incentivar la reducción de emisiones de CO₂ al mínimo coste en determinados sectores productivos (generación de electricidad, coquerías, acererías, industria cementera, industria azulejera, etc.).

Recordemos que el funcionamiento del esquema “*cap-and-trade*” se basa en dos conceptos clave: (a) la fijación de un tope de emisiones sin penalización para cada Estado Miembro de la Unión Europea, y (b) la transferencia de derechos de emisión entre agentes.

La Directiva Europea establece un tope máximo (“*cap*”) de emisiones para cada Estado Miembro para un periodo de varios años (derechos de

³ De esta manera se está añadiendo al coste de producir un bien (coste privado) el coste social derivado de ese daño al medio ambiente (externalidad)

emisión). Estos límites se desagregan al nivel de las instalaciones para cada Estado-miembro. Las emisiones hasta el nivel del “*cap*” están respaldadas por derechos de emisión. Por encima del “*cap*”, las emisiones dan lugar a penalizaciones.

Dado que el límite global de emisiones respaldadas por derechos de emisión es inferior al conjunto de las emisiones reales cuando un Estado no ha cumplido aún su objetivo, el esquema genera fuertes incentivos para que los agentes reduzcan sus emisiones de CO₂, con el objetivo de evitar las penalizaciones correspondientes.

Por otro lado el esquema “*cap-and-trade*” permite que los derechos de emisión puedan ser intercambiados entre agentes en un mercado. El intercambio de derechos de emisión en el mercado es el mecanismo más efectivo para reducir las emisiones al mínimo coste para el conjunto de la sociedad, pues incentiva a los agentes que pueden reducir emisiones a un menor coste a invertir en los equipos necesarios para reducir las emisiones y a vender los derechos de emisión correspondientes a agentes cuyo coste de reducción de emisiones es mayor.

Sin embargo, pese a este empeño de los Estados firmantes del Protocolo de Kioto por establecer un cierto carácter vinculante del acuerdo, éste se topa con un gran inconveniente, como es el de la cobertura incompleta, no sólo en términos de gases y de sectores afectados, sino especialmente en lo que se refiere a países firmantes. Los países fuera del acuerdo, en algunos casos grandes emisores, actúan como *free-riders*, beneficiándose de los esfuerzos de otros en la reducción-contención de emisiones de GEI a nivel global, cuando ni sus gobiernos ni sus empresas están asumiendo ningún coste.

Es precisamente este hecho de cobertura incompleta de los acuerdos internacionales el que genera el problema de las «fugas de carbono» (*carbon leakage*), problema derivado del traslado de las actividades medioambientalmente nocivas desde los países que suscriben acuerdos contra el cambio climático hacia naciones no firmantes. Es decir, se corre el riesgo de que las industrias contaminantes se trasladen (con las restantes consecuencias económicas que ello puede acarrear) a otros países no firmantes. Obviamente, esta deslocalización no sólo tendría consecuencias directas respecto al medio ambiente, sino también indirectas, de carácter puramente económico, para el país de origen.

Es obvio que esta deslocalización o traslado de actividad buscaría claramente una mejora en la competitividad; así, si el cumplimiento por las empresas de los requisitos medioambientales conlleva costes adicionales para las

empresas, ya sea por impuestos a sus emisiones de gases efecto invernadero (solución fiscal), o por la compra o limitación de los derechos de emisión (*cap and trade*), resultará lógico que esa empresa busque la elusión de esos costes (que, no olvidemos, no serán técnicamente hablando costes de producción). Desde luego estos costes van a provocar, en la empresa que los genera, una pérdida de competitividad respecto a aquella que, fruto de esa deslocalización, actúa desde un país que al no limitar el uso de los gases no desemboca en un incremento de costes. Aunque se pueda repercutir, y en ocasiones se consigan beneficios inesperados (*winfall profits*), en general, todos estos costes acaban recayendo en el consumidor, que debe pagar más por los bienes y servicios que consume y/o debe aumentar su contribución impositiva. Por el contrario, los gobiernos, las empresas y los consumidores de los países no firmantes se enfrentan a menores costes en sus asignaciones económicas, lo cual puede atraer inversiones hacia esos países en detrimento de los Estados participantes.

Pero además, si fruto de los esfuerzos medioambientales derivados del mecanismo de *cap and trade*, existe una reducción por los países firmantes del uso de determinadas tecnologías intensivas en emisiones de CO₂, como el petróleo, el carbón o el gas, ello supone un descenso de la demanda de estos combustibles, lo que en un mecanismo de oferta y demanda provocará un descenso en su precio. De esta manera, al producirse un abaratamiento de esa energía medioambientalmente nociva, los países no firmantes y las empresas deslocalizadas se desincentivan para tomar medidas de reducción.

Obviamente, y seguimos en términos estrictos de política económica, una lucha eficaz contra el medio ambiente por parte estatal (o, en este caso, comunitaria) no podrá nunca permitir que un fenómeno de tal envergadura como las fugas de carbono pueda presentarse como atractivo para determinadas industrias. No olvidemos que ya en el ámbito de los derechos de emisión se han generalizado conductas dirigidas a la defraudación (así, el fraude carrusel del IVA en los derechos de emisión).

3. Soluciones posibles ante la deslocalización

Ante este problema de las «fugas de carbono», existirán a juicio de la doctrina⁴ diversas soluciones, que en unos casos serán soluciones que pudiéramos

⁴ Seguimos en este punto la opinión de C. SALGADO e H. GONZÁLEZ, *La Dimensión Económica*

denominar de ámbito global y otras, que la doctrina denomina de segundo orden (second best), donde se busca desincentivar las deslocalizaciones.

3.1. Soluciones globales: solución a la cobertura incompleta

Obviamente, parece claro que la solución ideal para evitarlas fugas de carbono, como mecanismo de reacción ante el mecanismo de *cap and trade*, sería incentivar la participación en los acuerdos multilaterales de cambio climático de todos los Estados contaminantes. Ahora bien, sería ingenuo pensar que esta solución es factible a corto plazo, pues en estos casos la diferencia entre los países en desarrollo y países desarrollados no va a permitir fácilmente una homogeneización de las soluciones. Ya el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los posibles efectos positivos o negativos del aumento de las exigencias políticas medioambientales y energéticas en la competitividad de la industria europea” de 13 de marzo de 2008 concluye en este sentido al mantener que “Se debe aspirar de manera prioritaria a que todos los esfuerzos internacionales en este ámbito se dirijan a lograr acuerdos globales vinculantes y equilibrados para reducir la emisión de estos gases de efecto invernadero, y no sólo en razón de la protección del clima propiamente dicho, ya que sólo se puede esperar un efecto perceptible si los emisores importantes de CO₂, como, por ejemplo, China, India y los Estados Unidos, se unen a las medidas de protección. Por consiguiente, el Comité acoge favorablemente todos los esfuerzos de la Comunidad, los Estados miembros y las organizaciones como el G8, la ONU, la UNESCO, la OCDE, la AIE, etc., que van en esta dirección, como, por ejemplo, la Conferencia de Bali que acaba de tener lugar”.

Sin embargo, la solución no es fácil; no debemos olvidar la diferencia que en este ámbito de desarrollo medioambiente tienen los países en desarrollo y los países desarrollados, requiriendo aquéllos más derechos de emisión, y por tanto incurriendo en más costes, los Estados en desarrollo. Ante un país en desarrollo, las preocupaciones medioambientales no forman parte de las preferencias de los individuos y, por tanto, están relativamente apartadas. Además, normalmente estos países tendrán más dificultad para acudir a técnicas de producción menos contaminantes, y en definitiva, utilizarán energías más contaminantes.

internacional en la lucha contra el cambio climático, Revista Economía y Medio ICE, nº 847, Marzo-Abril 2009.

No obstante, es preciso concienciar a los países no firmantes de los beneficios que les podría suponer la lucha contra el cambio climático en sus propias fronteras.

En todo caso, para incentivar una mayor cobertura de los acuerdos internacionales, se barajan dos medidas especialmente destinadas a los países en desarrollo:

- Transferencias financieras, según las cuales se incluirían incentivos financieros ligados a políticas reductoras de emisiones, cuyo coste subiría, por lo que las empresas de los países desarrollados resultarían beneficiadas. Ante esto cobran importancia los Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL), contemplados como mecanismo de flexibilidad dentro del Protocolo de Kioto, a través de los cuales un país firmante realiza inversiones en proyectos que incorporan tecnologías reductoras de emisiones en un país en desarrollo. Recordemos que el Mecanismo de Desarrollo Limpio o Mecanismos para un Desarrollo Limpio (MDL) es un acuerdo suscrito en el artículo 12 del protocolo de Kyoto que permite a los gobiernos de los países industrializados (también llamados países desarrollados o países del Anexo 1 del Protocolo de Kyoto) y a las empresas suscribir acuerdos para cumplir con metas de reducción de gases de efecto invernadero (GEI) en el primer periodo de compromiso comprendido entre los años 2008 - 2012, invirtiendo en proyectos de reducción de emisiones en países en vías de desarrollo (también denominados países no incluidos en el Anexo 1 del Protocolo de Kyoto) como una alternativa para adquirir reducciones certificadas de emisiones (RCE) a menores costos que en sus mercados.

En teoría, los MDL permiten una drástica reducción de costos para los países industrializados, al mismo tiempo que éstos se hacen de la misma reducción de emisiones que obtendrían sin los MDL. El MDL permite también la posibilidad de transferir tecnologías limpias a los países en desarrollo.

El problema de los MDL, aparte de su lentitud y de la dificultad de control, es que pueden retrasar las inversiones en eficiencia energética en ciertos países, que esperarían a recibir la ayuda de los países ricos. Problema principal, el carácter de bien público global del cambio climático hace que se plantee la creación de un fondo multilateral que invertiría en tecnologías reductoras de emisiones, de las que podrían beneficiarse todos los países firmantes.

- Asignación de derechos de emisión no en función de la producción sino en función de otras variables que pudiéramos denominar glo-

bales. Los mecanismos de asignación mantenidos hasta ahora por la Directiva del 2003, conocidos como “*grandfathering*”, y utilizados durante las dos primeras fases, beneficia a las instalaciones que más contaminaron durante el año base, frente a las instalaciones que en este período adoptaron medidas de reducción de emisiones; por otro lado, la introducción a futuro del mecanismo de subasta, si bien es cierto que es más correcto al hacer realidad el principio de “quién contamina, paga”, incentiva plenamente la deslocalización. Para incentivar la participación de países en desarrollo quizá resulte más pertinente, a juicio de los autores citados, tener en cuenta otros criterios, como pueden ser la población o la renta per cápita, según el cual los países con más capacidad de pago estarían obligados a una mayor reducción de emisiones.

3.2 Soluciones de segundo orden: solución a las «fugas de carbono»

Las opciones de segundo orden se condicionarían lógicamente a la imposibilidad de conseguir un acuerdo mundial en materia de medio ambiente. Todas ellas conllevan que si se asume que la cobertura mundial total en términos de países no es alcanzable (ya sea por motivos políticos o económicos), es preciso adoptar políticas que al menos no perjudiquen en exceso a los países que suscriben los acuerdos. Es decir, si se ataja el fenómeno del *carbon leakage* se darán más incentivos a los países firmantes para mantener el pacto, y los no firmantes advertirían menos costes por sumarse a él. De esta forma estas medidas son útiles de manera indirecta para alcanzar el fin último de la participación de todos los países en los acuerdos globales.

Las principales propuestas manejadas en la esfera internacional son:

- Arancel a productos contaminantes que compense, elevando su precio, el menor coste incurrido por su producción en países no firmantes.

Este instrumento pretende autorizar a los países firmantes de acuerdos medioambientales a gravar en frontera los bienes procedentes de países excluidos en función de su contenido en CO₂; así, los países firmantes formarían un “mercado común medioambiental”, gravando a todos aquellos productos contaminantes que viniendo de fuera de ese mercado pretendiesen entrar en él. De esta forma se compensa la ventaja en costes que tienen los países no firmantes en la fabricación de ciertos productos por la ausencia de obligaciones medioambientales.

Sin embargo, esta solución puede plantear diversos problemas:

- Al tratarse en la mayoría de los casos los productos contaminantes, no de bienes destinados para su uso final, sino necesarios para la producción de otros bienes, la introducción de un mecanismo de arancel de este tipo podría provocar distorsiones en los precios relativos de los bienes finales.
 - Obviamente, una medida de este tipo, ya experimentada en otros ámbitos, conllevará unos altos costes administrativos, no sólo por su implantación, sino por el necesario control para su correcto funcionamiento.
 - Sería ingenuo pensar, además, que el establecimiento de un arancel de este tipo fuese fácilmente admitido en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC); no olvidemos que estamos hablando de establecer una barrera al comercio internacional.
- Rebajas de aranceles en productos de baja intensidad en emisiones. Ello estimularía la adopción de tecnologías poco intensivas en CO₂, pues los productos así fabricados serían más atractivos para el comercio internacional. Esta solución es, sin duda, más factible que la anterior pues se trata de un descenso de las barreras arancelarias en lugar de un incremento. Sin embargo, también podría provocar problemas
- De la misma manera que la solución anterior, su adopción puede provocar alteración de los costes relativos de los productos
 - Obviamente, va a conllevar también altos costes de administración
 - Por último, una clara dificultad técnica vendrá originada por la dificultad en establecer la lista de productos beneficiados. No nos olvidemos que en este caso no se trata de gravar los productos que vienen de fuera de este mercado medioambiental, sino elegir a aquéllos producidos dentro que por cumplir con los requisitos medioambientales fijados van a merecer un beneficio tributario.
- Acuerdos sectoriales. El fenómeno de las «fugas de carbono» es más susceptible de aparecer en ciertos sectores (química, metalurgia, cemento, vidrio, etcétera) con mayor intensidad energética y gran generación de emisiones de GEI. En esos sectores, las empresas tenderán a centrar su actividad en territorios donde esas emisiones no estén penalizadas, de forma que se ahorran un coste en el que sí incurrirían al operar en países firmantes de los acuerdos. De esta manera sería recomendable, al menos, alcanzar un acuerdo relativo a estos sectores para evitar su deslocalización.

- Cláusulas “*grandfathering*”. Se trata de un criterio de asignación de derechos de emisiones en función de la producción pasada. De esta forma se alcanzaría el objetivo de emisiones reduciendo cada año el límite máximo del sector, pero la forma de reparto de derechos entre las empresas sería en función de la producción del período anterior. El problema de esta medida es que, aunque el límite de emisiones del sector se reduzca paulatinamente, en realidad no se incentiva a nivel de empresa la eficiencia energética ni la adopción de tecnologías limpias. Como decíamos antes, la asignación mediante el “*grandfathering*”, utilizada hasta este momento, beneficia a las instalaciones que más contaminaron durante el año base, frente a las instalaciones que en este período adoptaron medidas de reducción de emisiones. Pues bien, ante esta delicada cuestión, el ya citado Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los posibles efectos positivos o negativos del aumento de las exigencias políticas medioambientales y energéticas en la competitividad de la industria europea” de 13 de marzo de 2008 toma en cuenta determinadas cuestiones:
1. Es necesario que las políticas energética, económica y de investigación adopten las medidas adecuadas, apliquen los principios correctos y eviten el exceso de reglamentación. De lo contrario, existen motivos para pensar que los efectos negativos – demasiado consumo de energía demasiado cara, pérdida de competitividad de la economía, efectos de deslocalización, puesta en peligro del modelo social europeo – prevalezcan y puedan llevar a evoluciones críticas. (...) Por esta razón, no pueden aumentarse de manera suplementaria los costes energéticos con medidas estatales que inevitablemente excederán lo exigido por la protección del clima y la disminución de los recursos.
 2. No obstante, hay que señalar, en particular, que todos los objetivos globales y vinculantes para todos los emisores principales son necesarios para lograr un “régimen en igualdad de condiciones” general. Sólo de este modo puede evitarse que los altos costes energéticos en la UE lleven a una distorsión global perjudicial de la competencia, comenzando por el alejamiento progresivo de las industrias con alto consumo de energía, sin que por ello se haya servido en modo alguno a la protección del clima (“*carbon leakage*”).
 3. Costes. No cabe duda de que la utilización de formas de energía respetuosas con el medio ambiente para los consumidores civiles y los procesos industriales está vinculada en la mayoría de los casos

con costes claramente más altos. En la medida en que estos costes considerables no se contrarrestan con ahorros conseguidos con un menor consumo de los recursos, y hasta que las economías no europeas en competencia no tengan unos costes semejantes, se origina una carga perjudicial para la competitividad europea. "Europa puede ser un ejemplo para la lucha contra el cambio climático, pero no puede aceptar una competencia desleal con los países que no establecen restricciones medioambientales de ningún tipo. Los costes de personal (salarios, prestaciones sociales) ya son, en comparación con otras economías nacionales que aspiran al progreso, como, por ejemplo, China e India, claramente más altos y suponen por sí solos exigencias notabilísimas a la competitividad de Europa. Todos los demás encarecimientos unilaterales de la productividad debidos a los objetivos de protección climática son en tanta mayor medida especialmente gravosos y peligrosos.

4. Problemas. Sin embargo, si estos esfuerzos no llegaran a tener éxito, surgirían serios problemas. En primer lugar, los sectores industriales cuyos costes de producción dependen en gran medida de los costes de energía y de CO₂ no serán competitivos en el mercado mundial, se detendrá su producción, se abandonarán los actuales puestos de trabajo y se producirán deslocalizaciones a países con menores costes energéticos y sin costes relacionados con el CO₂. En determinados sectores como la industria del aluminio o del cemento ya ha comenzado un proceso semejante. Aunque, por una "evaluación de impacto", la Comisión es ampliamente consciente de la mencionada problemática, el Comité considera al respecto que es necesario encontrar rápidamente una buena solución, para prevenir daños económicos. Además de la deslocalización de industrias existentes, el flujo internacional de capitales no dirigirá a Europa sus inversiones futuras para nuevas instalaciones, sino a las regiones con bajos costes energéticos y de CO₂.
5. Deslocalizaciones y "fugas". Una deslocalización de ese tipo supone igualmente que al menos en la UE se emite menos cantidad de CO₂, pero que, en términos globales, llega tanto como antes o incluso más a la atmósfera. Aun cuando la producción deslocalizada utilice técnicas más baratas que las aplicadas ya en Europa en la actualidad o en el futuro, por norma general se liberan más gases de efecto invernadero.
6. Incentivos y comercio de derechos de emisión. Para lograr lo enun-

ciado en el punto anterior son necesarios suficientes incentivos orientados al mercado, a fin de aplicar las tecnologías eficientes desde el punto de vista energético en el marco de los ciclos de inversión incluso en el caso de que los costes de inversión sean muy altos. Si, a pesar de su rentabilidad, tales inversiones faltan, se deben analizar y suprimir los correspondientes obstáculos. En efecto, las inversiones en eficiencia energética acarrearán en la mayoría de los casos los mínimos costes ligados a la reducción de CO₂. En principio, el comercio de derechos de emisión (*Emission Trading*) podría ser uno de estos instrumentos orientados al mercado.

4. La solución adoptada: la directiva 2009/29/CE

Pues bien, en base a todo ello, la Directiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 por la que se modifica la Directiva 2003/87/CE para perfeccionar y ampliar el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero aplica un nuevo régimen. Así, en el sector eléctrico, dada la facultad de repercutir el aumento del coste de los derechos de emisión y por tanto generar los llamados *wind-fall profits*, la venta completa en subasta debe ser la norma para ese sector a partir de 2013. En otros sectores, la asignación gratuita de derechos irá suprimiéndose gradualmente desde 2013, hasta llegar a una situación en 2020 en que ningún derecho será gratis. No obstante, se hará una excepción en el caso de las instalaciones de sectores que se consideran están expuestos a un riesgo importante de «fuga de carbono», es decir, que podrían verse obligados, por la presión de la competencia internacional, a trasladar su producción a países fuera de la UE que no imponen limitaciones similares respecto a las emisiones, lo cual tendría como consecuencia, simple y llanamente, un aumento de las emisiones globales sin ningún beneficio ambiental. Así, se dice en la Directiva lo siguiente:

“En caso de que no participaran en ese acuerdo internacional otros países desarrollados ni otros grandes emisores de gases de efecto invernadero, podría provocarse un aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero en terceros países en los que no se impusieron a la industria limitaciones comparables en materia de emisiones de carbono («fuga de carbono») y, al mismo tiempo, algunos sectores y subsectores comunitarios grandes consumidores de energía, sujetos a la competencia internacional, podrían verse

en una situación de desventaja económica. Eso podría socavar la integridad medioambiental y los resultados positivos de las acciones comunitarias. Para controlar el riesgo de fuga de carbono, la Comunidad debe asignar un 100 % de derechos de emisión gratuitos a los sectores o subsectores que cumplan los criterios pertinentes. La definición de tales sectores y subsectores y de las medidas necesarias debe estar sujeta a una nueva evaluación para garantizar que se toman las medidas que resulten necesarias y evitar un exceso de compensación.” Y continúa: “Debe fundamentar su análisis en la evaluación de la incapacidad de las industrias de repercutir el coste de los derechos de emisión necesarios en los precios de los productos sin pérdidas significativas de cuota de mercado a favor de instalaciones fuera de la Comunidad que no adopten medidas comparables para reducir sus emisiones. Las industrias grandes consumidoras de energía que se considere están expuestas a un riesgo considerable de fuga de carbono podrían recibir una cantidad superior de derechos de emisión gratuitos, o podría introducirse un sistema eficaz de compensación del carbono con vistas a poner en pie de igualdad a las instalaciones comunitarias que se enfrentan a un riesgo importante de fuga de carbono y a las de terceros países”.

Es decir, ante este problema de difícil solución, al menos en este momento en que no existen acuerdos multilaterales al respecto, la solución que se adopta es quizás la más sencilla; a pesar de que la modificación de la Directiva empieza ya a adoptar, aunque progresivamente, el sistema de subasta de los derechos necesarios para emisión de los GEI, dado que hay sectores energéticos con importantes riesgos de deslocalización a territorios donde este mecanismo de cap and trade no exista o no sea aplicable a esos sectores (con los consiguientes efectos medioambientales y competitivos para la empresa), se propone luchar contra esto de ello de la única manera efectiva real: otorgar el derecho a emitir los GEI de manera gratuita a los sujetos intervinientes en esos sectores. Es decir, dado que la propia Comisión es consciente de que el mecanismo de subasta va a producir la clara desventaja de las empresas que se encuentren en sectores no sujetos a riesgo de fuga de carbono, que van a encontrarse con una obligación, a corto o medio plazo, de hacer frente al coste derivado de la subasta para adquirir derechos de emisión, el mecanismo escogido es precisamente la “liberación” del mecanismo de subasta (sustituyéndolo, por tanto, por el ya citado *grandfathering*) para esas empresas.

Entonces, sin entrar en la validez o no de los mecanismos escogidos por la Directiva para la fijación de esos sectores con riesgo de deslocalización, lo cierto es que las empresas dentro de los sectores con riesgo de fuga, ampara-

das por tanto bajo el régimen de subasta, van a encontrarse con un “desincentivo” para la reducción de los derechos de emisión, puesto que como sucede actualmente no tendrán que pagar por esos derechos de emisión, Incluso es posible que algunas de ellas, no incluidas dentro del sector eléctrico, se siga beneficiando de los wind-fall profits por repercusión de unos costes que no han soportado.

Ello traerá como consecuencia adicional el hecho de que, dado que las cantidades abonadas en contraprestación a la subasta tienen carácter de exacción patrimonial, el Estado está renunciando a unos ingresos por tal carácter en base a un “riesgo” de deslocalización. Esto obviamente trae consecuencias importantes para los contribuyentes que pueden encontrarse con una “amnistía” fiscal a un sector determinado. Podemos incluso encontrar una comparación con otros instrumentos fiscales (impuestos) en los que a sectores con posibilidad de deslocalización se les declarase “exentos” de tributación por el mero hecho de tener ese riesgo.

Con todo ello creo que debemos plantearnos la validez de este “nuevo” sistema; es cierto, se podrá alegar, que el sistema de *grandfathering* es el mismo que se ha estado adaptando hasta ahora con carácter general, y ello ha sido admitido sin por todos los sectores. Pero si la nueva Directiva se ha atrevido (aunque de una manera progresiva) a establecer el mecanismo de subasta, no parece que empezar ya con exclusiones a este sistema amparado en la existencia de un fraude pueda conllevar efectos positivos. Es decir, si el sistema de subasta, que sin duda debe ser tomado como un importante paso en esta complicada lucha dados los intereses contrapuestos de los Estados intervinientes, busca por un lado, una importante reducción de la emisión de GEI por todos los sujetos (en el fondo, y sin entrar en la polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica del pago por subasta, nos encontramos ante una aplicación de la solución pigouviana antes citada), y por otro, por qué no decirlo, una adicional fuente de financiación para los Estados, “liberar” de este coste a determinados sectores se debería fundamentar en causas excepcionales.

Es el riesgo de deslocalización una causa excepcional que puede fundamentar, desde el inicial establecimiento de la medida, excluir del mecanismo de subasta a determinados sectores?. La verdad es que la respuesta a este interrogante puede, sin duda, ser más práctico que teórico, y probablemente el mantenimiento del método de asignación gratuita se habrá basado en la convicción de que más vale la emisión de GEI con carácter controlado que no la absoluta pérdida de control sobre las industrias intervinientes en estos sectores denominados con riesgo de deslocalización. Pero sin aventurarnos

en una respuesta quizás demasiado osada, desde el punto de vista teórico el problema no será, ya sólo, el renunciar a establecer con carácter general el mecanismo de subasta sino que estamos promulgando un mensaje poco incentivador para las empresas y sectores en general que verán, sin duda, como la lucha contra la emisión de GEI no es ya tan cohesionada y valiente como en un principio se preveía.

Quizás debamos, entonces, aceptar este régimen como algo meramente transitorio que debe concluir, en un plazo lo más cercano posible, con un acuerdo global que vincule a todos los estados en un compromiso de reducción de emisión de GEI; y para ello desde luego no puede mantenerse el sistema de asignación gratuita, que deberá ser sustituido por el de subasta.

5. Conclusiones

1. La modificación de la Directiva introduciendo el método de subasta, aunque con unos plazos lejanos, es desde luego positivo al aplicar definitivamente los métodos pigouvianos de quien contamina paga.
2. Sin embargo, la introducción del método de subasta va a provocar, como ya está produciendo con la limitación de la asignación gratuita de derechos de emisión, una deslocalización de rentas. Esta deslocalización convierte en mera declaración de intenciones el intento de aplicar generalizadamente el método de subasta, que con mayor razón va a provocar fugas de carbono.
3. Es por ello que es necesario adoptar algún remedio; de las soluciones de segundo orden, la más sencilla y con menos consecuencias respecto al comercio internacional es la de acuerdos por sectores.
4. Obviamente, esta situación va a producir determinados inconvenientes. El primero es la clara desventaja de las empresas que se encuentren en sectores no sujetos a riesgo de fuga de carbono, que van a encontrarse con una obligación, a corto o medio plazo, de hacer frente al coste derivado de la subasta para adquirir derechos de emisión.
5. Pero además, las empresas dentro de los sectores con riesgo de fuga, amparadas por tanto bajo el régimen de subasta, van a encontrarse con un “desincentivo” para la reducción de los derechos de emisión, puesto que como sucede actualmente no tendrán que pagar por esos derechos de emisión, Incluso es posible que algunas de ellas, no in-

cluidas dentro del sector eléctrico, se siga beneficiando de los wind-fall profits por repercusión de unos costes que no han soportado.

6. Dado que las cantidades abonadas en contraprestación a la subasta tienen carácter de exacción patrimonial, el Estado está renunciando a unos ingresos por tal carácter en base a un “riesgo” de deslocalización. Esto obviamente trae consecuencias importantes para los contribuyentes que pueden encontrarse con una “amnistía” fiscal a un sector determinado. Podemos incluso encontrar una comparación con otros instrumentos fiscales (impuestos) en los que a sectores con posibilidad de deslocalización se les declarase “exentos” de tributación por el mero hecho de tener ese riesgo. Quizás debamos, entonces, aceptar este régimen como algo meramente transitorio que debe concluir, en un plazo lo más cercano posible, con un acuerdo global que vincule a todos los estados en un compromiso de reducción de emisión de GEI; y para ello desde luego no puede mantenerse el sistema de asignación gratuita, que deberá ser sustituido por el de subasta.

Delocalizzazione e diritto di emissione*

Miguel Pérez de Ayala Becerril**

* Relazione presentata alla Tavola Rotonda sul tema *El sistema Tributario como instrumento de protección del medio ambiente*, Madrid, 17 Novembre 2009

** Professore aggiunto di diritto finanziario e tributario della Università CEU San Pablo. Traduzione di Paolo Pellicanò.

SOMMARIO: 1. *Introduzione* 2. *L'adozione del meccanismo cap and trade e le dispersioni di carbonio* 3. *Soluzioni possibili prima della delocalizzazione;* 3.1 *Soluzioni globali: soluzione alla copertura incompleta; soluzione di secondo ordine: soluzione alla "dispersione di carbonio";* 4. *La soluzione adottata: direttiva 2009/29/CE;* 5. *Conclusioni*

1. Introduzione

Da un punto di vista economico, l'ambiente inteso come bene disponibile ha due conseguenze: da un lato il suo uso provoca esternalità e dall'altro, il considerarlo come un bene pubblico il cui consumo non esclude nessuno da luogo alla comparsa di parassiti o meglio chiamati, più sottilmente i *free rider*¹.

1. Nella relazione, al primo punto, le esternalità si producono nel significato che le emissioni di gas (in questo caso le contaminazioni) che realizza un paese ha un effetto esterno negativo per l'altro. Questo è il principale danno o effetto economico negativo da risolvere per loro

¹ Da un punto di vista economico un free rider è una persona che riceve un beneficio per utilizzare un bene o un servizio però evita di pagare per questo; in questa maniera, sono quei soggetti che beneficiano per le azioni degli altri. Quando ci riferiamo a beni di carattere pubblico (beni che nessuno può rimanere escluso dal suo uso, per non essere individualizzabili), ci incontriamo prima un individuo che beneficia di questo bene però non sta disposto a pagare per questo. L'ambiente, e la sua protezione, si configurano chiaramente come un bene di carattere pubblico come più tardi si esplica nel tempo.

esistono strumenti che ci aiutano a traslare questi danni e a superare la situazione inefficiente generata dal mercato. Questi strumenti, che richiedono l'intervento statale (altrimenti, obbiettivamente, il mercato non può risolverli semplicemente perché non ci sarà volontà da parte loro²), sono le imposte o tasse seguendo il principio di chi contamina paga (in questo caso delle emissioni di CO₂), che provocheranno la internalizzazione dei danni causati.

La soluzione fiscale ai problemi ambientali (o, in generale, agli effetti esterni o esternalità) fu suggerita nella data d'inizio da Pigou (1920). Secondo lui, mediante le imposte e le sovvenzioni si può interiorizzare le esternalità, è da decidere, quali degli effetti su terzi che non sono tenuti in conto dal mercato. Per esempio, il produttore e il consumatore di un prodotto contaminato del pericolo che la contaminazione causa ai terzi. Come conseguenza, il prezzo del prodotto solo riflette i costi e benefici privati (dei produttori e dei consumatori) e non i costi sociali (i privati più i danni su terzi). Da questo deriva che i prodotti contaminati beneficiano di prezzi eccessivamente bassi e come risultato la sua domanda e per tanto la sua offerta è molto più alta.

La soluzione pigouviana consiste, in definitiva, nel fare in modo che i prezzi siano corretti, ossia che tengano in conto i costi sociali prodotti dalla contaminazione, che si aggiungono al prezzo di mercato mediante un'imposta unica ambientale. In questa maniera si passa dal prezzo di mercato eccessivamente basso a un prezzo più alto che tiene in conto dei danni causati dalla contaminazione e come risultato, da una quantità di produzione di mercato eccessivamente alta a una più ridotta, che risulta socialmente ottima ed ha in conto tanto i benefici che produce alla società il prodotto contaminato come i costi della contaminazione che genera.³

2. Si pone tra l'altro un altro problema; l'essere l'ambiente un bene denominato pubblico, il significato che si produce per tutti è il non essere possibile escludere ad altri il suo uso, questo porta alla no-rivalità, il che significa che il bene non diminuisce per il fatto che lo consuma

² Sarà assurdo pretendere che in una economia di puro libero mercato, il mercato risolve una situazione in quella per se non esiste possibilità di individualizzare un servizio e, conseguentemente, esigere un prezzo. Di fatto, la denominazione di "parassita" si basa in questo concetto.

³ In questa maniera si sta nascondendo nel costo di produzione (costo privato) il costo sociale derivato da questo danno ambientale /esternalità)

un numero maggiore di persone. Questo provoca, come già abbiamo detto, la apparizione dei free riders, che in questo caso opereranno come soggetti che prima della firma di un accordo la cui finalità sia la riduzione delle emissioni, non la sottoscrivano, comportandosi per tanto come clandestini, quelli che eroderanno tremendamente la effettività di questi strumenti di mercato, dato che non hai un potere coercitivo globale che possa imporre sanzioni prima della violazione della normativa.

2. L'adozione dei meccanismi *cap and trade* e la dispersione di carbonio

Ebbene, come è saputo, data la situazione contaminante e la preoccupazione internazionale, i paesi firmatari del Protocollo di Kyoto si sono impegnati a obiettivi vincolanti di limitazione di emissione di gas contaminanti, esistendo sanzioni per i paesi le quali emissioni superano i diritti che hanno assegnato, salvo che acquisiranno nuovi diritti nei mercati costituiti.

È per loro, allora, che si stabilisce, tra loro, il meccanismo di cap and trade, meccanismo di mercato intra-europeo che stabilisce la Direttiva Europea su il Commercio di Emissioni per incentivare la riduzione di emissioni di CO₂ al minimo costo nei determinati settori produttivi (produzione di elettricità, coke, acciaieria, industria del cemento, industria della piastrella, ecc.).

Ricordiamo che il funzionamento dello schema “cap-and-trade” si basa su due concetti chiave: (a) la fissazione di un top di emissioni senza penalizzazione per ogni Stato Membro della Unione Europea, e (b) il trasferimento di diritti di emissioni tra agenti.

La Direttiva Europea stabilisce un limite massimo (“cap”) di emissioni per ogni Stato Membro per un periodo di vari anni (diritti di emissioni). Questo limite si disgrega al livello delle installazioni per ogni Stato membro. Le emissioni fino al livello del “cap” sono supportati dal diritto di emissione. Oltre il “cap” le emissioni danno luogo a penalizzazioni.

Dado che il limite globale di emissioni supportati per diritto di emissione è inferiore all'insieme delle emissioni reali quando uno Stato non ha compiuto alcun suo obiettivo, lo schema genera forti incentivi perché gli agenti riducano le loro emissioni di CO₂ con l'obiettivo di evitare le penalizzazioni corrispondenti.

Dall'altra parte lo schema "cap-and-trade" permette che i diritti di emissione possano essere intercambiati tra agenti nel mercato. L'intercambio di diritti di emissione nel mercato è il meccanismo più effettivo per ridurre le emissioni al minimo costo per l'insieme della società, dunque incentiva gli agenti che possono ridurre emissioni a un minor costo a investire nelle squadre necessarie per ridurre le emissioni e a vendere i diritti di emissione corrispondenti a agenti il quale costo di riduzione di emissione è maggiore.

Tuttavia, nonostante questo impegno dei Stati firmatari del Protocollo di Kyoto per stabilire un certo carattere vincolante dell'accordo, questo si incontra con un gran inconveniente, come è quello della copertura incompleta, non solo nei termini di gas e dei settori affetti, fino specialmente in quello che si riferisce ai paesi firmatari. I Paesi fuori dall'accordo, in qualche caso grande emittenti, agiscono come free-riders, beneficiando dello sforzo di altri nella riduzione-contenimento delle emissioni di gas a effetto serra (GEI) a livello globale, quando ne i loro governi, ne le loro imprese stanno assumendo nessun costo.

È precisamente questo fatto di copertura incompleta degli accordi internazionali che genera il problema della dispersione di carbonio (carbon Leakage), problema derivato dalla trasferimento delle attività ambientali nocive ai paesi che sottoscrivono accordi contro il cambio climatico faceva di queste nazioni no firmatarie. È dire, si corre il rischio che le industrie contaminate si trasferiscono (con le restanti conseguenze economiche che questo può arrecare) ad altri Paesi no firmatari. Ovviamente, questa dislocazione non solo avrà conseguenze dirette rispetto all'ambiente, ma anche indirette, di carattere puramente economico per il paese di origine.

È ovvio che questa dislocazione o trasferimento di attività cercherà chiaramente una incremento nella competitività; così se l'adempimento per le imprese dei requisiti ambientali comporta costi addizionali per le imprese, che sia per imposte in relazione alle sue emissioni di GEI (soluzione fiscale), o per l'acquisto o limitazioni dei diritti di emissione (cap and trade), risulterà logico che queste imprese cerchino l'elusione di questi costi (che, non dimentichiamo, non saranno tecnicamente parlando costi di produzione). Da luogo questi costi vanno provocare, nella impresa che lo genera, una perdita di competitività rispetto a quelle che, prodotto di questa dislocazione, non limitano l'uso dei gas. Anche se può accadere, e in occasioni si ottengono dei benefici inaspettati (winfall profits), in generale, tutti questi costi finiscono per ricadere nel consumatore, che deve pagare più per i beni e servizi che consuma e/o deve aumentare la sua contribuzione impositiva.

Al contrario, i governi, le imprese e i consumatori dei paesi non firmatari hanno minori costi nelle loro commissioni economiche, il quale può attrarre investimenti causando un di svantaggio per gli Stati partecipanti.

Però anche, se frutto degli sforzi ambientali derivati dal meccanismo cap and trade, esiste una riduzione per i paesi firmatari dell'uso di determinate tecnologie intensive in emissioni di CO₂, come il petrolio, il carbone o il gas, questo suppone un abbassamento della domanda di questi combustibili, il che in un meccanismo di offerta e domanda provocherà un abbassamento del prezzo. In questa maniera, al prodursi una economicità di questa energia ambientale nociva, i paesi no firmatari e le imprese de localizzate si disincentivano per prendere misure di riduzione.

Obbiettivamente, e continuiamo in termini rigorosi di politica economica, una lotta efficace conto i problemi ambientali da parte dello stato (o, in questo caso, comunitario) non potrà mai permettere che un fenomeno di tal avanguardia come la dispersione di carbonio può presentare come attrattivo per determinate industrie. Non dimentichiamo che già nell'ambito dei diritti di emissione hanno generalizzato comportamenti diretti alla defraudazione (così, la frode dell'IVA nei diritti di emissione).

3. Soluzione possibile prima della delocalizzazione

Prima questo problema della dispersione di carbonio, esisterà a giudizio della dottrina⁴ diverse soluzioni, che in caso saranno soluzioni che potremo denominare di ambito globale e altre, che la dottrina denomina di secondo ordine (second best), dove si cerca disincentivare le delocalizzazioni.

1.1 Soluzioni globali: soluzione alla copertura incompleta

Obbiettivamente pare chiaro che la soluzione ideale per evitare le dispersioni di carbonio, come meccanismo di reazione prima il meccanismo di cap and trade, sarà incentivare la partecipazione negli accordi multilaterali in cambio climatico di tutti gli stati contaminati. Tuttavia sarà ingenuo pensare che questa soluzione è fattibile a breve termine, dato che in questo

⁴ Seguiamo in questo punto la opinione di Cascon Salgado e Hinojo Gonzales, La Dimensione Economica internazionale nella lotta contro il cambio climatico Rivista Economía y Medio ICE, n° 847, Marzo-Aprile 2009

caso la differenza tra i paesi in via di sviluppo e i paesi sviluppati non permette facilmente una omogeneizzazione della soluzione. Già l'opinione del comitato economico e sociale europeo su "i possibili effetti privati o negativi dell'aumento delle esigenze politico ambientali e energetiche nella competitività dell'industria europea" del 13 marzo 2008 conclude nel mantenere che "si deve aspirare in modo prioritario che i sforzi internazionali in questo ambito si dirigano a realizzare accordi globali vincolanti e equilibrati per ridurre le emissioni di questi gas effetto serra, e non solo in ragione della protezione climatica, già che solo si può aspettare un effetto percepibile se gli emettitori importanti di CO₂, come per esempio, Cina, India e gli U.S.A., aderiranno alle misure di protezione. Di conseguenza, il comitato accoglie favorevolmente tutti gli sforzi della Comunità, gli stati membri e le organizzazioni come il G8, l'ONU, l'UNESCO, l'OCSE, la AIE, ecc., che vanno in questa direzione, come per esempio, la Conferenza di Bali che si è conclusa".

Tuttavia, la soluzione non è facile; non dobbiamo dimenticare la differenza che in questo abito di sviluppo ambientale hanno i paesi sviluppati e gli stati in via di sviluppo, che richiedono più diritti di emissione, e per tanto incorrendo in più costi, gli stati in via di sviluppo. Prima in un paese sviluppato, le preoccupazioni ambientali non influenzavano la preferenza degli individui pertanto stava relativamente da parte, Anche normalmente questi paesi avranno difficoltà per ricorrere a tecniche di produzione meno contaminante e in definitiva, utilizzeranno energie più contaminate.

Nonostante, è consapevolezza dei paesi non firmatari dei benefici che potranno avere dalla lotta contro il cambio climatico

Tuttavia, per incentivare una maggiore copertura degli accordi internazionali si mescolano due tecniche specialmente destinate ai paesi in sviluppo:

- Trasferimenti finanziari, in base al quale incentivi finanziari, comprendono le politiche connesse alla riduzione delle emissioni, il costo potrebbe salire, in modo che le imprese dei paesi sviluppati trarrebbero vantaggio. A riguardo acquisisce importanza il Mecanismos de Desarrollo Limpio (Meccanismo di sviluppo Pulito) (MDL), indicato come un meccanismo di flessibilità nell'ambito del Protocollo di Kyoto, attraverso il quale un paese firmatario investe in progetti che incorporano tecnologie di riduzione delle emissioni in un paese in via di sviluppo. Ricordiamo che il Mecanismo de Desarrollo Limpio o Mecanismos para un Desarrollo Limpio (MDL) (Meccanismo per uno

sviluppo pulito), è un accordo di cui all'articolo 12 del Protocollo di Kyoto, permette i governi dei paesi industrializzati (chiamati anche paesi sviluppati o paesi dell'allegato 1 del Protocollo di Kyoto) e le imprese a firmare accordi per raggiungere gli obiettivi di riduzione dei gas a effetto serra (GEI) nel primo periodo di impegno tra gli anni 2008-2012, investendo in progetti di riduzione delle emissioni nei paesi in via di sviluppo (anche chiamati paesi non compresi nell'allegato 1 del protocollo di Kyoto) come alternativa di acquisire riduzioni di emissioni certificate (RCE) per ridurre i costi nei loro mercati.

In teoria, MDL permette una drastica riduzione dei costi per i paesi industrializzati, mentre loro fanno la stessa riduzione delle emissioni che otterrebbero senza il MDL. Il MDL permette anche la possibilità di trasferire tecnologie pulite ai paesi in via di sviluppo.

Il problema del MDL, oltre alla sua lentezza e la difficoltà di controllo, è che potrebbe ritardare investimenti di efficienza energetica in alcuni paesi, i quali si aspettano di ricevere aiuti dai paesi ricchi. Problema principale, la natura del bene pubblico globale dei cambiamenti climatici si permette di prendere in considerazione l'istituzione di un fondo multilaterale che investirebbe in tecnologie di riduzione delle emissioni, di cui potrebbero beneficiare di tutti i paesi firmatari. meccanismi di assegnazione gestito finora dalla direttiva del 2003, nota come "diritti acquisiti" e utilizzata durante le prime due fasi, le prestazioni della maggior parte degli impianti inquinanti, nell'anno base, rispetto agli impianti in questo periodo hanno preso misure di riduzione delle emissioni, dall'altro, l'introduzione futura del meccanismo d'asta, anche se è più corretto per realizzare il principio "chi inquina paga", incoraggia il trasferimento completo.

- Assegnazione delle quote di emissione non in termini di produzione, ma in termini di altre variabili che potremmo chiamare globali. I meccanismi di assegnazione gestiti finora dalla Direttiva del 2003, nota come "diritti acquisiti" e utilizzata durante le prime due fasi, le prestazioni della maggior parte degli impianti inquinanti, nell'anno base, rispetto agli impianti che in questo periodo hanno preso misure di riduzione delle emissioni, dall'altro, l'introduzione nel futuro del meccanismo d'asta, anche se è più corretto per realizzare il principio "chi inquina paga", incoraggia la delocalizzazione.

Per incoraggiare la partecipazione dei paesi in via di sviluppo può essere più rilevante, secondo il parere degli autori citati, tener conto

di altri fattori, quali la popolazione o per reddito pro capite, secondo la quale i paesi con la capacità di pagare sarebbero tenuti a ridurre ulteriormente le emissioni.

3.2 soluzioni di secondo ordine: Soluzione alla «fuga di carbonio»

Le opzioni di secondo ordine sarebbero che riguardano logicamente l'impossibilità di raggiungere un accordo globale in materia ambientale. Tutto questo implica che se la copertura totale a livello mondiale in termini di paesi non è raggiungibile (sia politico o motivi economici), si devono adottare politiche che almeno non pregiudichino i paesi firmatari degli accordi. Cioè, se si salva il fenomeno del carbonio verranno dati più incentivi ai paesi firmatari per mantenere l'alleanza e i non firmatari avvertiranno una riduzione dei costi per di aderirvi. E così queste misure sono utili in un modo indiretto per raggiungere l'ultimo obiettivo della partecipazione di tutti i paesi agli accordi globale.

Le principali proposte gestite in campo internazionale sono:

- Tariffa per i prodotti contaminanti per compensare, aumentando il loro prezzo, i costi di produzione sostenuti dai paesi non firmatari. Questo strumento è intento a imporre, ai paesi firmatari di accordi in materia di fiscalità ambientale, una tassa sui beni provenienti da paesi esclusi in base al loro contenuto di CO₂, così i paesi firmatari formerebbero un "mercato ambientale comune", tassando tutti quei prodotti inquinanti che venendo da fuori di questo mercato che tenderebbero ad entrare. In questo modo si compensa il vantaggio di costo che i paesi non firmatari hanno per la fabbricazione di alcuni prodotti per l'assenza di vincoli ambientali.

Ma questa soluzione può comportare diversi problemi:

- Dal momento che nella maggior parte dei casi i prodotti contaminanti, non di beni ad uso finale, ma necessario per la produzione di altri beni, l'introduzione di un meccanismo tariffario di questo tipo potrebbe provocare distorsioni nei prezzi relativi dei beni finali.
- Ovviamente, un provvedimento di questo tipo, come sperimentato in altri settori, porterà i costi amministrativi ad elevarsi, non solo per la sua attuazione, ma per il controllo necessario per il corretto funzionamento.
- Sarebbe ingenuo pensare, anche, che l'istituzione di una tariffa di ques-

to tipo per essere facilmente integrata all'interno dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC); non dimentichiamo che stiamo parlando di stabilire una barriera al commercio internazionale.

- La riduzione delle tariffe delle emissioni a bassa intensità. Questo favorirebbe l'adozione di tecnologie ad alta intensità a basse emissioni di CO₂, così come i prodotti fabbricati sarebbe più attraente per il commercio internazionale. Questa soluzione è sicuramente più fattibile che quella precedente perché è una riduzione delle barriere commerciali, piuttosto che un aumento. Tuttavia, questo potrebbe anche causare problemi.
 - Allo stesso modo come la soluzione precedente, la sua adozione può portare ad un'alterazione dei costi relativi dei prodotti
 - Allo stesso modo come la soluzione precedente, la sua adozione può portare ad un'alterazione dei costi relativi dei prodotti. Ovviamente, porterà anche a costi di gestione elevati
 - Ovviamente, porterà anche a costi di gestione elevati
 - Infine, una evidente difficoltà tecnica sarà causata dalla difficoltà di stabilire l'elenco dei prodotti previdenziali. Non si dimentichi che in questo caso non si tratta di tassare i prodotti che provengono da fuori di questo mercato ambientale, ma scegliere quei prodotti interni che soddisfano requisiti ambientali e che stabiliti otterranno un beneficio fiscale.
 - Gli accordi settoriali. Il fenomeno delle “fughe di carbonio” è più probabile che appare in alcuni settori (prodotti chimici, metalli, cemento, vetro, ecc) con intensità energetica superiore e grande generazione di emissioni di gas serra. In questi settori, le imprese tendono a concentrare le loro attività nei territori in cui tali emissioni non siano penalizzate, in modo da risparmiare un costo che avrebbero sostenuto per operare in paesi che hanno firmato gli accordi. In questo modo sarebbe opportuno, almeno, di raggiungere un accordo su queste aree per evitare la delocalizzazione.
- Gli accordi settoriali. Il fenomeno delle “fughe di carbonio” è più probabile che appare in alcuni settori (prodotti chimici, metalli, cemento, vetro, ecc) con intensità energetica superiore e grande generazione di emissioni di gas serra. In questi settori, le imprese tendono a concentrare le loro attività nei territori in cui tali emissioni non siano

penalizzate, in modo da risparmiare un costo che avrebbero sostenuto per operare in paesi che hanno firmato gli accordi. In questo modo sarebbe opportuno, almeno, di raggiungere un accordo su queste aree per evitare la delocalizzazione.

È necessario che le politiche energetiche, economica e di ricerca adottano i provvedimenti opportuni, applicando i principi corretti ed evitare una regolamentazione eccessiva. In caso contrario, non vi è ragione di credere che l'energia negativa, troppo eccessiva, perdita di competitività dell'economia, gli effetti della delocalizzazione, mettendo a repentaglio il modello sociale europeo, potrebbero prevalere e portare a sviluppi critici. (...) Per questo motivo, non si possono aumentare i costi dell'energia così supplementari con le misure statali che inevitabilmente eccederanno come richiesto per la protezione del clima e l'esaurimento delle risorse.

1. È necessario che le politiche energetiche, economica e di ricerca adottano i provvedimenti opportuni, applicando i principi corretti ed evitare una regolamentazione eccessiva. In caso contrario, non vi è ragione di credere che l'energia negativa, troppo eccessiva, perdita di competitività dell'economia, gli effetti della delocalizzazione, mettendo a repentaglio il modello sociale europeo, potrebbero prevalere e portare a sviluppi critici. (...) Per questo motivo, non si possono aumentare i costi dell'energia così supplementari con le misure statali che inevitabilmente eccederanno come richiesto per la protezione del clima e l'esaurimento delle risorse.
2. Tuttavia, va osservato, in particolare, che tutti gli obiettivi globali e vincolanti per tutti i principali emittenti sono necessari per conseguire un "regime a parità di condizioni" generali. Solo in questo modo è possibile evitare che gli alti costi energetici nella UE portino ad una distorsione dannosa della concorrenza globale, a partire dal ritiro progressivo delle industrie con alto consumo energetico, senza però utilizzare in alcun modo la protezione del clima ("perdita di carbonio").
3. Costi. Non vi è dubbio che l'uso di forme di energia ambiente favorevole per i consumatori civili ed industriali dei processi è legata nella maggior parte dei casi, ai costi notevolmente più elevati. Nella misura in cui tali costi non sono compensati da un notevole risparmio conseguente minor consumo di risorse, e fino a quando le economie concorrenti non europee non dispongono di tali costi, si crea un onere pregiudizievole per la competitività europea. "L'Europa può

essere un esempio per combattere il cambiamento climatico, ma non può accettare la concorrenza sleale con i paesi che non prevedono vincoli ambientali di nessun tipo. I Costi del personale (stipendi, indennità) sono confrontati con le altre economie che aspirano al progresso nazionale, ad esempio, la Cina e l'India, sono nettamente superiori e pongono le loro richieste molto notevoli per la competitività dell'Europa. Tutti gli altri ricarichi della produttività unilaterale a causa di obiettivi di protezione del clima sono molto più alti ma particolarmente onerosi e pericolosi.

4. Problemi. Tuttavia, se questi sforzi non riescono a raggiungere il successo, nascerebbero gravi difficoltà. In primo luogo, le industrie i cui costi di produzione sono fortemente dipendenti dai costi energetici e di emissioni di CO₂ non saranno competitivi nel mercato globale, si fermerà la produzione, si lasceranno i posti di lavoro attuale e non ci sarà la delocalizzazione verso paesi con costi energetici più bassi e senza costi relativi alla CO₂. In alcuni settori industriali come il cemento e l'alluminio hanno iniziato un processo simile. Anche se, come una "valutazione d'impatto", la Commissione è ben consapevole di questo problema, la commissione ha esaminato la questione, e ha ritenuto che è necessario trovare rapidamente una buona soluzione per evitare danni economici. Oltre al trasferimento di industrie esistenti, il flusso di capitali internazionali verso l'Europa non sarà diretto ai propri investimenti futuri per i nuovi impianti, ma per le regioni con costi energetici e di CO₂.
5. Delocalizzazione e perdite. L'eventuale passaggio di questo genere significa anche che, almeno nella UE si emette meno quantità di CO₂, ma, nel complesso, arriva come prima, o forse più nell'atmosfera. Mentre le tecniche di produzione in outsourcing utilizzano meno costi di quelli già in atto in Europa, ora e in futuro, rilasceranno più gas serra.
6. Incentivi e scambio di emissioni. Per realizzare quanto indicato nel punto precedente sono necessari sufficienti incentivi orientati al mercato, al fine di implementare le tecnologie efficienti dell'energia nel quadro dei cicli di investimento, anche nel caso in cui i costi di investimento sono molto elevati. Se, nonostante la sua redditività, tali investimenti sono mancanti, è necessario analizzare e eliminare gli ostacoli corrispondenti. Infatti, gli investimenti di efficienza energetica porteranno nella maggior parte dei casi i costi minimi per effetto della riduzione di CO₂. In linea di principio, lo scambio di emissioni (Emission Trading) potrebbe essere uno di questi strumenti basati sul mercato.

4. La soluzione adottata: la direttiva 2009/29/CE

Ebbene, in base a tutto questo, la Direttiva 2009/29/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 aprile 2009 con la quale si modifica la Direttiva 2003/87/CE per perfezionare e ampliare il regime comunitario di commercio dei diritti di emissione di gas serra applicando così un nuovo regime.

Così, nel settore elettrico, data la facoltà d'impatto all'aumento dei costi dei diritti di emissione e per tanto genera i c.d. wind-fall profits, la vendita completa all'asta deve essere la norma per questo settore a partire dal 2013.

In altro settore, l'assegnazione gratuita di diritti andrà sopprimendosi gradualmente dal 2013, fino ad arrivare ad una situazione nel 2020 in che nessun diritto sarà gratis. Nonostante , si farà una eccezione nel caso dell'istallazione di settori che si considerano esposti a rischio importante di dispersione di carbonio, è dire, che potranno vedersi richiesti, per la pressione della competenza internazionale, a trasferire le loro produzioni in paesi fuori dell'UE che non impone limitazioni simili rispetto alle emissioni, il quale avrà come conseguenza un aumento delle emissioni globali senza nessuno beneficio ambientale.

Così dice la Direttiva seguente:

“in caso che non parteciperanno a questo accordo internazionale altri paesi sviluppati ne altri grandi emittenti di gas serra, potrà provocarsi un aumento delle emissioni in terzi paesi nei quali non si imposero alle industrie limitazioni comparabili in materia di emissioni di carbonio , al medesimo tempo, alcuni settori e sub settori comunitari grandi consumatori di energia, soggetto alla competenza internazionale, potranno vedersi in una situazione di svantaggio economico. Questo potrà minare l'integrità ambientale e i risultati positivi delle azioni comunitarie.

Per controllare il rischio della dispersione di carbonio, la Comunità deve assegnare un 100% di emissioni gratuite ai settori o subsettori che compiono le azioni pertinenti. La definizione di tali settori e subsettori e delle misure necessarie deve essere soggetta a una nuova valutazione per garantire che si prendano le misure necessarie e evitare un eccesso di compensazione. E continua: “l'analisi di valutazione, deve fondarsi, della incapacità delle industrie di ripercotere il costo dei diritti di emissione necessari nei prezzi dei produttori senza perdita significativa di quote di mercato a favore di installazioni fuori dalla Comunità che non adottano misure comparabili per ridurre i loro emissioni. Le grandi industrie consumatrici di energia che si considerano stanno esposte a un rischio considerabile di dispersione di carbonio potran-

no ricevere una quantità superiore di diritti di emissioni gratuite, o si potrà introdurre un sistema efficace di compensazione di carbonio con attenzione a mettere in piedi di uguaglianza alle installazioni comunitarie che si incontrano a un rischio importante di fuga di carbonio e a quelle dei terzi paesi”.

È dire, prima di questo problema di difficile soluzione, al meno in questo momento che non esistono accordi internazionali a riguardo, la soluzione che si adotta è forse la più semplice; a dispetto che la modificazione della Direttiva inizia già ad adottare, anch'è progressivamente, il sistema di vendita all'asta dei diritti necessari per emissione degli GEI, dato che abbiamo settori energetici con importanti rischi di dislocazione a territori dove questo meccanismo di cap and trade non esiste o non sia applicabile a questi settori (con i conseguenti effetti ambientali e competitivi per l'azienda), si propone lottare contro questo con la unica maniera effettiva reale: conferire il diritto a emettere gli gei in maniera gratuita ai soggetti intervenenti in questi settori. È dire, dato che la propria commissione è cosciente che il meccanismo di vendita all'asta va a produrre i chiari svantaggi delle aziende che si incontrano in settori no soggetti a rischio di fuga di carbonio, che vanno a incontrarsi con una obbligazione, a corto o a medio periodo, di far fronte al costo derivado della vendita all'asta per acquisire diritti di emissione, il meccanismo escogitato è precisamente la “liberalizzazione” del meccanismo di vendita all'asta (sostituendolo, per tanto, per il già citato grandfathering) per queste imprese.

Allora, senza entrare nella validità o no dei meccanismi escogitati dalla Direttiva per la fissazione di questi settori con rischio di delocalizzazione, il criterio è che l'azienda dentro dei settori con rischiosi fuga, coperto il regime di vendita all'asta, vanno ha incontrarsi con un “disincentivo” per la riduzione dei diritti di emissione, posto che come succede attualmente non avranno che pagare per esteri diritti di emissione, incluso è possibile che alcuna di quelle, non incluse dentro il settore elettrico, continui beneficiando dei wind-fall profits per ripercussione dei costi che non hanno sopportato.

Questo porterà come conseguenza addizionale il fatto che, dato che le quantità pagate in controprestazioni alla vendita all'asta ha carattere di tributo patrimoniale, lo Stato stà rinunciando ad un ingresso per tale carattere in base a un “rischio” di delocalizzazione. Questo obbiettivamente porta competenze importanti per i contribuenti che possono incontrarsi con una “amnistia” fiscale ad un settore determinato. Possiamo incluso incontrare una comparazione con altri strumenti fiscali (imposte) in quei settori con

possibilità di delocalizzazione c.d. “esenti” di capacità contributiva per il mero fatto di tenere questo rischio.

Con tutto questo credo che dobbiamo prospettare la validità di questo “nuovo” sistema; è certo, si potrà perorare, che il sistema di grandfathering è l’uguale che si è stato adotta fino ad ora con carattere generale, e quello è stato riconosciuto per tutti i settori. Però se la nuova direttiva ha stabilito il meccanismo di vendita all’asta, non pare che iniziare già con esclusioni a questo sistema coperto nella esistenza di una frode possa traere effetti positivi. È dire, si il sistema di vendita all’asta, che senza dubbio deve essere preso come un importante passo in questa complicata lotta dato gli interessi contrapposti degli Stati intervenienti, cerca da una parte, una importante riduzione delle emissioni di GEI per tutti i soggetti (alla fine e senza entrare in polemica dottrinale sopra la naturalezza giuridica del pagamento per vendita all’asta, ci incontriamo prima una applicazione della soluzione pigouviana prima citata), e dall’altra parte perchè non dirlo, una addizionale fonte di finanziamento per lo Stato.

5. Conclusioni

1. La modificazione della direttiva introducendo il metodo di vendita all’asta, dunque con un piano lontano e da qui applicare definitivamente i metodi pigouviani di chi contamina paga.
2. Tuttavia, l’introduzione del metodo della vendita all’asta va provocare, come già sta producendo con la limitazione dell’assegnazione gratuita di diritti di emissione, una delocalizzazione di redditi. Questa delocalizzazione converte in mera dichiarazione di intenti di applicar il metodo di vendita all’asta, che a maggior ragione va provocare fughe di carbonio.
3. È per quello che è necessario adottare qualche rimedio; delle soluzioni di secondo ordine, la più semplice e con meno conseguenze rispetto al commercio internazionale sono gli accordi di settori.
4. Obbiettivamente, questa situazione, va a produrre determinati incentivi. Il primo è il chiaro svantaggio delle aziende che si incontrano in questi settori non soggetti a rischio di dispersione di carbonio, che vanno a incontrarsi con una obbligazione, a corto o medio periodo, di far fronte al costo derivato della vendita all’asta per acquisire diritti di emissione.
5. Però anche, le imprese nei settori con rischio di fuga di carbonio van-

no a incontrarsi con un “disincentivo” per la riduzione dei diritti di emissione, posto che come succede attualmente non dovranno che pagare per questi diritti di emissione, incluso è possibile che alcuni di queste, non inclusa nel settore elettrico, se continua beneficiando dei wind-fall profits per ripercussioni dei costi che non hanno supportato

6. Dato che la quantità abbondante in controprestazione alla vendita all’asta ha carattere di tassazione patrimoniale, lo Stato sta rinunciando agli ingressi per tale natura in base a un “rischio” di delocalizzazione. Questo porta conseguenze importanti per i contribuenti che possono incontrarsi con una “amnistia” fiscale a un settore determinato. Possiamo incluso incontrare una comparazione con altri strumenti fiscali (imposte) in quei settori con possibilità di delocalizzazione se le dichiarate “esenti” di capacità contributiva per il mero fatto di tenere questo rischio. Chissà dovremmo, allora, accettare questo regime come qualcosa meramente transitorio che deve concludere, nel periodo più vicino possibile, con un accordo globale che vincola a tutti gli stati in un compromesso di riduzione di emissione di GEI; e per questo corso non può mantenersi il sistema di assegnazione gratuita, che dovrà essere sostituito con la vendita all’asta.

Desarrollo sostenible y fiscalidad ambiental*

Marta Villar Ezcurra

* Ponencia presentada en las Jornadas sul tema *El sistema Tributario como instrumento de protección del medio ambiente*, Madrid, 17-20 Noviembre 2009

RESUMEN: 1. *Introducción*; 2. *Desarrollo sostenible y cambio climático*; 3. *Instrumentos económicos y de mercado. Tributo ambiental y principios rectores*; 4. *Modelos tributarios y tendencias de la OCDE*; 5. *Repercusión económica*; 6. *Consideraciones finales*

«El Consejo de la UE reconoce que la prevención de un cambio climático peligroso requiere un crecimiento económico y un desarrollo social sostenibles que generen un mínimo de emisiones de gas de efecto invernadero (...) recuerda la finalidad de construir una sociedad más resistente al cambio climático mediante unas actuaciones eficaces de adaptación como parte integrante del desarrollo sostenible en todas las partes del mundo (...) destaca la necesidad de integrar eficazmente la adaptación en la planificación nacional y sectorial, en las políticas y estrategias de desarrollo sostenible en todos los niveles y en la cooperación al desarrollo, fomentando un planteamiento descentralizado ascendente en relación con las instituciones existentes y en su caso reformadas, y en las estructuras propias de los países en desarrollo, y fomentando la cooperación regional reforzada, los planteamientos intersectoriales y la participación de los interesados»,

Conclusiones de 21 de octubre de 2009 sobre la posición de la UE para la Conferencia de Copenhague sobre el clima (7 al 18 de diciembre de 2009).

1. Introducción

Controlar el cambio climático es un reto mundial. Con independencia de la postura que se mantenga en relación al cambio climático, la apuesta por un

desarrollo sostenible debe estar por encima de cualquier polémica y erigirse, tal y como nos dice la ONU, en uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, debe ser incorporado al conjunto de valores y normas que deben guiar la conducta diaria de los seres humanos en relación con la sociedad.

Hace tiempo tuve ocasión de manifestar mi convencimiento de que las medidas tributarias pueden y deben coadyuvar a la consecución de los objetivos generales de las políticas ambientales y en concreto, a la realización de un desarrollo sostenible, lo cual no significa que hayan de asumir la responsabilidad de ser las únicas como si fueran salvadoras de todos los problemas¹.

Muy al contrario, creo que no debe apoyarse la generalización de lo que se conoce como ecotasas, sin una previa reflexión sobre los modelos tributarios a seguir, las finalidades sectoriales a alcanzar y la delimitación de las técnicas idóneas, pues además la realidad nos ha demostrado que en no pocos casos las llamadas ecotasas ni son “eco” ni son “tasas”, con todos los problemas de constitucionalidad y legalidad que la apuesta por la fiscalidad ambiental implica².

En este sentido, el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas es muy expresivo cuando afirma que los impuestos e incentivos «no son una panacea para todos los problemas» y que están necesitados de un marco reglamentario claro en el que «se utilizarán con frecuencia combinados con otros instrumentos»³ (los reguladores, de control, sancionadores o de mercado).

Cuando hablamos de fiscalidad ambiental⁴ hacemos referencia a nuevas figuras tributarias con objetivo ambiental y también a técnicas-incentivo para corregir conductas indeseadas (desgravaciones, deducciones, etc.) pero si hemos de reflexionar sobre cuál ha de ser el compromiso del instrumento

¹ Vid. “Los tributos ambientales en el marco de un desarrollo sostenible”, en: J.L. PIÑAR MAÑAS, (Dir.), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, 2002, págs. 395-418.

² Piénsese en los numerosos casos de tributos autonómicos llevados ante el Tribunal Constitucional, desde el impuesto balear sobre instalaciones contaminantes. La fiscalidad ambiental autonómica recoge figuras que recaen sobre diversos tipos de contaminación: las que recaen sobre instalaciones con incidencia ambiental, sobre emisiones contaminantes de origen energético, sobre productos y procesos energéticos, los relacionados con las emisiones de residuos sólidos o los que gravan el depósito de residuos sólidos.

³ Vid. COM 2007, 140 final, de 28.3.2007.

⁴ Por todos, vid. P. M. HERRERA MOLINA, *Derecho Tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

tributario con el medio ambiente es importante también no perder de vista cuánto gastan los entes públicos y con qué recursos cuentan para hacer frente a las necesidades financieras de las políticas ambientales, pues sigue siendo necesario financiar proyectos ambientales en el marco de unas haciendas públicas deficitarias, que se nutren fundamentalmente de ingresos de naturaleza tributaria y que tienden a la proliferación de figuras impositivas indirectas y de tasas⁵.

Aunque estemos además inmersos en el actual escenario de crisis económica, no podemos desconocer que siguen existiendo tendencias de insostenibilidad que necesariamente hay que frenar⁶.

Debe anotarse también a título introductorio que la acentuación de los problemas del cambio climático ha provocado un giro importante en el papel de la fiscalidad, en tanto que la nueva llamada a las medidas fiscales se hace en el marco de un paquete de medidas económicas y de mercado que integran la política energética y la climática⁷.

El objeto de mi intervención es poner de manifiesto el estado de la cuestión y la problemática que suscitan estas cuestiones así como realizar algunas reflexiones y propuestas en torno a estos temas de indudable actualidad, a la vista de la evolución del papel -potencial o limitado- asumido por la fiscalidad y de los avances que se han conseguido en la UE, plasmados en buena medida en distintos informes y documentos elaborados por las propias instituciones comunitarias.

Para ello me referiré en primer lugar al concepto de desarrollo sostenible en el entorno del cambio climático, concretando su proyección internacional y comunitaria, seguidamente a los instrumentos económicos y de

⁵ Se trata además, de una tendencia constatable en la evolución de los modelos tributarios fruto de la reordenación de los criterios y principios tributarios clásicos. Vid. sobre el tema J.J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 8/2009, pág. 38.

⁶ Persisten ciertas tendencias inviables en varios ámbitos a pesar de toda una serie de avances positivos: la demanda de recursos naturales ha crecido rápidamente y supera los disponibles del planeta a largo plazo; se está perdiendo biodiversidad en términos globales y los principales ecosistemas están sufriendo una presión creciente y está creciendo el consumo de energía en los transportes y persiste la pobreza a nivel mundial (vid. COM (2009), 400 final, pág. 2).

⁷ Vid. especialmente el Libro Verde sobre estrategia europea para una energía sostenible, competitiva y segura (COM 2006, 0105 final). Asimismo, vid. Comunicaciones COM 2007 1 y 2, de 10.1.2007, Conclusiones del Consejo Europeo de 8-9.3.2007 y la Nota Informativa del Consejo de 21-10-2009 sobre la posición de la Unión Europea para la Conferencia de Copenhague sobre el clima.

mercado, a continuación a las experiencias y modelos fiscales de los países de la OCDE, para terminar con unas consideraciones de orden general.

2. Desarrollo sostenible y cambio climático

Repasemos antes que nada el concepto y las exigencias del desarrollo sostenible. Existe consenso en asociar su primera formulación formal al Informe Brundtland (1987)⁸. Se trata del desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades, esto es, constituye una responsabilidad con las generaciones futuras para que éstas puedan vivir un entorno semejante al que hemos disfrutado. A esta declaración siguen muchas otras, pero de todas ellas se deduce el cambio cultural y político en la forma de concebir el desarrollo. No se trata de confiar en que el desarrollo equivale a progreso y beneficio, sino que existe el convencimiento de que el motor que salvará la humanidad es la nueva idea que entonces surge como “revolucionaria”, y es precisamente la idea del desarrollo sostenible.

Fue en la Cumbre de Río (1992) donde se aprobaron las bases políticas y el denominado “programa 21” de acciones y medidas concretas. Tras la Cumbre primera de Río, vino Río + 5, Río + 10 y el proceso continuó su marcha imparable de manera que el desarrollo sostenible fue asumiendo una entidad propia desbordando el marco inicial de referencia del medio ambiente.

Debemos pues hablar ya de sostenibilidad integral en una triple dimensión: ecológica, económica y social. Es preciso también otorgar el correspondiente valor jurídico a un auténtico principio general del Derecho invocable y aplicable, que habilita el ejercicio de potestades administrativas de control y en el que el legislador español fundamenta muchas de sus medidas y cada vez con mayor intensidad⁹.

⁸ En 1983, la Asamblea General de las Naciones Unidas convocó con carácter de urgencia una Comisión Mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo sostenible, por encargo del entonces Secretario General Pérez de Cuellar. Dicha Comisión fue organizada y dirigida por la médica noruega Brundtland, primera ministra de su país.

⁹ Vid. J.L. PIÑAR MAÑAS, *El desarrollo sostenible como principio jurídico*, en *Desarrollo sostenible y protección al medio ambiente*, cit., págs. 24-49. El profesor Piñar afirma que «es imprescindible dotar de contenido jurídico al desarrollo sostenible, pues de otro modo correremos el riesgo de que se quede en un conjunto de meras buenas intenciones o que las declaraciones que tan enfáticamente lo proclaman queden en papel mojado», pág. 49.

En el marco estrictamente comunitario, se sigue una estrategia común en políticas de desarrollo sostenible. La estrategia inicial fue plasmada en las conclusiones del Consejo de Gotemburgo (2001) y ha consistido en promover políticas de enfoque global y transectorial, integradoras plenamente de los tres pilares del desarrollo sostenible, sobre todo, para hacer frente a las tendencias de políticas aisladas y sectoriales responsables de tendencias insostenibles en términos ambientales de un largo plazo. Se afirmaba entonces que «la estrategia de la UE para el desarrollo sostenible se basa en el principio de que habría que estudiar las repercusiones económicas, sociales y ambientales de todas las políticas de forma coordinada y tenerlas en cuenta a la hora de tomar decisiones». En el Consejo de Barcelona (2002) se añadió la dimensión exterior antes de la Cumbre Mundial sobre el desarrollo sostenible y tras una revisión de la estrategia inicial, se lograron fijar las tendencias insostenibles y se adoptó una estrategia renovada, estableciéndose un plan único y coherente con la estrecha colaboración de Estados, instituciones comunitarias, ONGs, empresas y asociaciones civiles para fijar prioridades con vistas a que la Unión Europea aplicara eficazmente los principios del desarrollo sostenible.

En el primer balance de la estrategia del desarrollo sostenible que plasma la Comisión Europea en su Comunicación de 2007, se pone de manifiesto los modestos progresos, aunque se destaca también el avance que supone el que el cambio climático y la energía sostenible constituyan una prioridad en las agendas interna e internacional de los Estados.

Se ha avanzado en la reducción de gases de efecto invernadero (fruto, por ejemplo de los impuestos a las emisiones) y en la evolución hacia modos de transporte más respetuosos con el medio ambiente (como es el caso, de las tasas de circulación en el centro de las grandes ciudades) y se constata en este primer balance que sólo algunos países como Francia disponen de estrategias de transporte sin perjuicio de que otros, como Italia, hayan incluido el transporte sostenible en otras estrategias que incluyen financiación.

Respecto a los instrumentos financieros y económicos, existe gran variedad y se apuesta por el uso de instrumentos basados en el mercado, aunque fondos financieros comunitarios como el FEDER y los Fondos de Cohesión han ayudado de forma significativa durante el período 2007-2013 con una dotación de 9.000 millones de euros para cambio climático y 36.000 millones de euros para transporte sostenible¹⁰.

¹⁰ Se han asignado fondos específicos para que las PYME puedan cumplir la legislación ambiental de una manera más rentable y mejorar en general su comportamiento ecológico. Las fuentes principales son, entre otras, el Reglamento LIFE+, los nuevos instrumentos de la

Más recientemente, el Informe de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible¹¹ se pronuncia a favor de la necesidad de una revisión completa de la estrategia del desarrollo sostenible para centrar los ámbitos en los que el progreso es más necesario. La previsión del gasto de los fondos comunitarios en cuestiones relacionadas con el medio ambiente se cifra en 105.000 millones de euros, cifra que supone el 30% del total de la asignación de 347.000 millones para los fondos de la política de cohesión¹².

Se destaca especialmente la importancia de la supervisión de la estrategia sobre desarrollo sostenible basada en los indicadores coordinados por Eurostat y el papel de los estudios de evaluación del impacto a la hora de legislar¹³. También se marcan los nuevos desafíos para el desarrollo sostenible en cuatro frentes: contribuir al rápido cambio a una economía con bajas emisiones de carbono, con tecnologías que utilizan los recursos y la energía de manera racional y promover transportes y consumos sostenibles; intensificar los esfuerzos para proteger la biodiversidad y los recursos naturales; fomentar la integración social y consolidar la dimensión internacional del desarrollo sostenible, intensificando además los esfuerzos para combatir la pobreza global.

Pocas materias como el uso de la energía y el correlativo cambio climático afectan tan intensamente a las tres vertientes del desarrollo sostenible (ambiental, económica y social) y entre las medida promovidas por la Comunidad Europea sin duda la que más atención ha suscitado es la Directiva de comercio de emisiones¹⁴, aunque el elenco es larguísimo¹⁵.

Así pues, la Comunidad Europea adopta un planteamiento y una estrategia propia de desarrollo sostenible que se plasma en los Tratados, en las

Política de Cohesión para 2007-2013, ayudas JEREMIE Vid. Comunicación de la Comisión respecto al Programa de Asistencia a las pequeñas y medianas empresas para el cumplimiento de la legislación de medio ambiente, de 8.10.2007 (COM 2007, 379 final), especialmente apartado 5.4, así como el Plan de Actuación a favor de las Tecnologías Ambientales de la UE (<http://ec.europa.eu/environnement/etap>).

¹¹ Publicado mediante Comunicación de la Comisión de 24.7.2009 (COM 2009, 400 final).

¹² Vid. Comunicación de la Comisión de 24.7.2009 citada, pág. 14.

¹³ El sistema de evaluación del impacto de la Comisión contribuye al desarrollo sostenible evaluando los impactos potenciales de las nuevas propuestas de legislación o políticas en el ámbito económico, social y ambiental a través de un planteamiento integrado.

¹⁴ Directiva 2003/87/CE del Parlamento y del Consejo, de 13.10.2003 en proceso de revisión (vid. Propuesta de Directiva de perfeccionamiento y ampliación de 23.1.2008 (COM 2008, 16, final) que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento por la Ley 1/2005, de 9.3.2005, por la que se regula el régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero.

¹⁵ Vid. J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, *Voz "Cambio Climático"*, en: Diccionario de Derecho ambiental, E. ALONSO GARCÍA, y B. LOZANO CUTANDA (Dir.), Iustel, 2008, págs. 176 y 195.

Directivas sobre medio ambiente, en los programas específicos de acción y en todas las políticas de la Comunidad. Ahora bien, pese al importante volumen normativo y el impulso de las instituciones comunitarias, el Derecho comunitario no cuenta -por el momento- con instrumentos suficientemente eficaces para asegurar de manera completa la aplicación del Derecho ambiental comunitario y por extensión la aplicación de las estrategias definidas -incluida la fiscal- para conseguir un desarrollo sostenible.

Y buena muestra de ello ha sido el balance efectuado al que nos hemos referido, pasados ya los años de los grandes entusiasmos iniciales.

3. Instrumentos económicos y de mercado. Tributo ambiental y principios rectores

Para alcanzar los objetivos ambientales, del desarrollo sostenible y de reducción de emisiones contaminantes y como reacción frente a la insuficiencia de las políticas reguladoras se ha alentado la utilización de instrumentos económicos y de mercado. En el Libro Verde -al que antes hacíamos referencia- se justifica su utilización por su capacidad para corregir las deficiencias del mercado de una forma rentable, entendiendo por deficiencia del mercado una situación en la que los mercados no existen o no tienen en cuenta el coste verdadero o social de la actividad económica¹⁶.

Ya sea ejerciendo una influencia sobre los precios (tributos o incentivos) o estableciendo cantidades absolutas (comercio de derechos de emisión) o por unidad de producción, se declara que todos estos instrumentos proporcionan una flexibilidad que puede reducir sustancialmente los costes de las mejoras del medio ambiente.

A nivel comunitario, se han adoptado diversas medidas dignas de mención. Así, se ha introducido el régimen de derechos de emisión -en fase ahora de perfeccionamiento-, se ha aprobado la Directiva sobre imposición de los productos energéticos y en el sector del transporte se ha adoptado la Directiva sobre el distintivo europeo (Euroviñeta), si bien son los propios Estados miembros los que ostentan un papel de primer orden en la adopción de medidas tributarias y en la búsqueda del equilibrio adecuado entre incentivos y medidas disuasorias a la hora de diseñar sus regímenes impositivos,

¹⁶ Libro Verde sobre la utilización de instrumentos de mercado en la política de medio ambiente y otras políticas relacionadas (COM 2007, 140 final, de 28.3.2007).

debiendo respetar al mismo tiempo las exigencias de los principios tributarios y la neutralidad fiscal. Los fallidos intentos de establecer un impuesto a nivel comunitario y mundial¹⁷ hacen que sean los Estados los verdaderos protagonistas y responsables de las decisiones de política fiscal (si bien condicionadas por un entorno de competencia globalizado).

Desde planteamientos teóricos, existe amplio consenso en que el recurso al tributo debe convertirse en una importante herramienta para afrontar el cambio climático. Aparte del refrendo normativo en el orden interno¹⁸ y del teórico desde el modelo pigouniano de internalización de externalidades negativas, las instituciones de la Unión Europea, como hemos mencionado, han impulsado este lanzamiento del instrumento tributario para actuar en política ambiental, aunque advirtiendo las pautas que los Estados deben seguir para asegurar el respeto al Derecho Comunitario, tanto desde la perspectiva del ingreso como del destino del gasto¹⁹.

Dicho esto, no puede pasar desapercibido que no hay consenso conceptual sobre qué es un tributo ambiental, básicamente porque se materializa en una diversidad instrumental de amplio abanico que produce bastante confusión y porque no se fundamenta la distinción en un criterio común sobre lo que debe considerarse relevante, si los motivos que lo justifican o los efectos de su introducción. Y a la diversidad instrumental se une la confusión terminológica. Sin la debida precisión, se habla de impuestos verdes, impuestos ecológicos, ecotasas, etc. De otro lado, la motivación o justificación de un tributo ambiental puede ser múltiple, lo que dificulta la afirmación de cuál de ellas es la que permite calificar el tributo de ambiental. Acertadamente el profesor Herrera Molina distingue entre “tributos ambientales” en sentido estricto y “elementos tributarios ambientales” (tales como beneficios fiscales o modulación de elementos cuantitativos) que se introducen en otros tribu-

¹⁷ Vid. la propuesta de Directiva sobre la creación de un impuesto armonizado sobre los combustibles fósiles (COM 92, 226 final) cuyo objetivo era estabilizar las emisiones de CO² para el año 2000 en el nivel de 1990 y las propuestas de establecer un impuesto mundial sobre el CO².

¹⁸ Bastaría hacer un repaso al listado de impuestos ambientales en materia de emisiones atmosféricas, residuos o tratamiento de aguas, especialmente a nivel autonómico y atender a las exposiciones de motivos para constatar esta “apuesta” por la fiscalidad ambiental. Vid. J. A. ROZAS VALDÉS, C. VÁZQUEZ COBOS, A. APARICIO, y S. ÁLVAREZ, *Impuestos ecológicos y pretendidamente ecológicos*, en: *Tributos locales y autonómicos*, P. M. HERRERA MOLINA (Dir.), Aranzadi, 2006, (capítulo XIII), págs. 547-597.

¹⁹ Muy especialmente existe la preocupación de que el incentivo del impuesto ambiental sea respetuoso con la normativa comunitaria sobre el control de ayudas de estado incompatibles con el mercado común.

tos, bien sea forzando su lógica interna bien reforzándola en una dirección ambiental, como ocurre con los tipos de gravamen reducidos para los productos menos contaminantes²⁰. Lo cierto es que también la distinción entre impuestos, tasas y contribuciones especiales se desdibuja en el ámbito de la fiscalidad ambiental, provocándose importantes distorsiones dado el diverso régimen de distribución de competencias sobre cada una de estas figuras.

Una posible solución para poner orden estaría en elaborar un concepto genérico de tributo ambiental con un régimen jurídico de distribución de competencias común a las tres categorías tradicionales. Así se evitaría la tendencia a manipular las categorías tributarias para eludir las limitaciones competenciales.

La doctrina ha discutido especialmente la posibilidad de exigir tasas por el aprovechamiento especial del dominio público, cuyo hecho imponible consiste en un impacto sobre el paisaje como consecuencia de instalaciones de transporte de energía o por la práctica de emisiones atmosféricas derivadas de la generación de energía. En el ámbito energético, las llamadas “tasas por tolerancia” pueden constituir un importante instrumento destinado a completar el sistema de permisos negociables de emisiones. Pensemos en el sistema danés que combina dichos permisos con el pago de una tarifa por un incumplimiento cuando se superen las cantidades previstas en dichos permisos. Dicha “tarifa” constituirá una tasa y no una sanción en la medida en que tales emisiones suplementarias no estén radicalmente prohibidas (en cuyo caso la Administración debería acudir a su autotutela ejecutiva para asegurara el cese de la actividad).

En algunos casos puede tener sentido la compatibilidad parcial entre las sanciones y los tributos ambientales. Así, con ciertos requisitos, esto podría suceder en el caso de situaciones catastróficas o de emergencia relacionadas con el ámbito de la energía. En cambio, no deberían aplicarse sanciones en el caso en que se exija una tasa de tolerancia por superar las emisiones correspondientes a los permisos negociables (aunque el establecimiento de una prohibición radical acompañada de sanciones podría constituir una alternativa al establecimiento de tributos).

También se ha puesto de manifiesto la necesidad de coordinación *a posteriori* entre estos instrumentos en el ámbito de aplicación del régimen de comercio respecto de los *carbon taxes*²¹ pues en ocasiones la convivencia

²⁰ P. M. HERRERA MOLINA, Derecho Tributario ambiental, cit.

²¹ Impuestos sobre productos o sobre el consumo.

tiene carácter sobrevenido y no obedece a la voluntad de combinar ambos instrumentos económicos atendiendo a los postulados de la ciencia económica²². Por ello, algunos países como Dinamarca o Suecia defienden la falta de necesidad de mantener dos instrumentos (impuestos y régimen de comercio) con objetivos idénticos cuando incrementan innecesariamente los costes de las empresas emisoras.

Es interesante advertir que, con relación a los principios inspiradores del orden tributario y la utilización extrafiscal del sistema tributario, se suscitó en la Comisión para la reforma de la Ley General Tributaria un debate acerca de la conveniencia de una posible mención de algunos principios no expresamente aludidos en el texto entonces vigente. En particular, si se consideraba que los de “beneficio” (aplicable en el ámbito de las tasas) y de “quien contamina paga” (artículo 174 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) no pueden entenderse como manifestaciones de la capacidad contributiva, por lo que cabría plantear su inclusión en la LGT.

Como respuesta de cierre al debate, el Informe de la citada Comisión advertía de los riesgos de inconstitucionalidad que podía conllevar la alusión a criterios de justicia tributaria ajenos al artículo 31.1 de la CE. Además, curiosamente, la STC de 30 de noviembre de 2000 consideró la capacidad para afectar el medio ambiente «como modalidad del principio de capacidad económica previsto en el artículo 31.1 CE» (FJ 5º). En cambio sí estimó la mencionada Comisión, que el contenido de la LGT debería retocarse de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a fin de recoger la necesidad de la doble competencia (tributaria y material) para establecer tributos de ordenamiento, al servicio de la política económica o de cualquier otra: agraria, social, medioambiental, etc. Además, debería dejarse claro que la finalidad extrafiscal es posible, pero no necesaria.

Al margen de estas cuestiones sobre técnicas normativas y principios tributarios, otro de los temas más interesantes a mi modo de ver es la distinta recepción del principio de capacidad económica en las categorías tributarias, pues como afirma la STC 296/1994 «en los impuestos el sujeto pasivo se

²² I. BILBAO ESTRADA, *Cambio climático* ... cit. A propósito de las conductas a evitar, distingue los supuestos de double regulation que se dan cuando para conseguir una doble finalidad se emplean dos instrumentos con características y objetivos muy similares, de los supuestos de overlapping regulation, que hacen referencia al solapamiento de impuestos que no tienen por qué perseguir los mismos objetivos pero que su coexistencia puede conllevar ineficiencias entre ellos.

determina por la actividad de los contribuyentes y el gravamen se obtiene sobre una base imponible que es expresiva de una capacidad económica, que no opera como elemento configurador en las tasas o, si se hace, es de una manera muy indirecta o remota». Basta contrastar la realidad para constatar que proliferan figuras jurídicas de naturaleza confusa con denominaciones técnicas diversas no coincidentes con las categorías tributarias previstas en nuestras leyes pero que en muchos supuestos constituyen tasas (ecotasas, cánones, precios, tarifas, exacciones, gravámenes, derechos, etc.); o un llamado precio por el legislador es en realidad una tasa, o una denominada tasa puede estar encubriendo una figura impositiva. Estas circunstancias complican la verificación del cumplimiento de los principios constitucionales tributarios en la práctica cotidiana.

No se olvide que conforme a la LGT, el tributo sólo puede ser impuesto, tasa o contribución especial. Según doctrina del Tribunal Constitucional, sin embargo, si una prestación pecuniaria es de carácter público habrá de conformarse con arreglo a la ley, lo cual es aplicable a los denominados precios públicos en los que se dan las circunstancias concretadas por el Tribunal Constitucional, con el consiguiente confusionismo de categorías jurídicas de si se reconvierte el supuesto en tasa o surge una figura nueva y distinta a los efectos de cumplir con las exigencias del principio de reserva de ley.

En definitiva, no se trata de que las exigencias del cambio climático y el desarrollo sostenible encuentren en el “pedido de impuestos” su más firme aliado²³, ni que haya de postergarse la fiscalidad ambiental ante el éxito del régimen de comercio de derechos de emisión.

Deben combinarse con sabiduría instrumentos fiscales, económicos y de mercado y a los juristas nos corresponde valorar su adecuación al ordenamiento jurídico y promover los cambios que hagan posible la compatibilidad y coordinación entre todos ellos para evitar efectos distorsionadores, duplicidades impositivas o de costes y asegurar el respeto a la finalidad pretendida, pues en muchos casos la medida novedosa (mercado de emisiones) se superpone al existente (impuestos sobre emisiones) sin el correlativo ajuste.

²³ Ya hemos advertido del peligro de proliferación de impuestos “verdes” mal diseñados técnicamente que provoquen duplicidades impositivas tardíamente detectadas, daño para la economía o la calidad de vida de los particulares o la multiplicación de figuras pretendidamente “verdes” tratando de escapar de los principios constitucionales tributarios.

4. Modelos tributarios y tendencias de la OCDE

La fiscalidad ambiental también puede abordarse desde la perspectiva de los modelos tributarios en el marco de las tendencias de los países de la OCDE, perspectiva que pasamos a desarrollar.

En la década de los 80 se introdujeron los incentivos económicos como alternativa a la regulación administrativa y uno de los recursos más persuasivos y eficientes resultó ser el de los permisos de contaminación. Sin embargo, es en los años 90 cuando se generaliza lo que se conoce como Modelo Extensivo de reforma fiscal y surgen también otras propuestas complementarias²⁴, entre las que destacan los modelos de *Flat Tax* o imposición lineal sobre la renta, los de Imposición Dual y los modelos de Reforma Fiscal Verde.

Explican Gago, Labandeira y Rodríguez²⁵, que el primer elemento distintivo del Modelo Extensivo es una alteración en la jerarquía de los principios impositivos en beneficio de la eficiencia económica, la equidad horizontal y la sencillez en la aplicación y gestión de los sistemas tributarios. Y este nuevo equilibrio de criterios inspira el esquema compensatorio y las soluciones técnicas que con posterioridad se aplican: reducción de los sistemas tradicionales de incentivos y cambio de estructura impositiva en favor de la imposición indirecta, todo ello, a partir de una restricción financiera bastante estricta.

El objetivo de reducir los tipos impositivos más elevados y la idea del dividendo múltiple fue objeto de concreción en el modelo de Reforma Fiscal Verde, que puede considerarse una fase ulterior del Modelo Extensivo dominante. Para Rubio Guerrero, «el fundamento teórico de esta alternativa descansa en la idea de asociar cambios fiscales desfiscalizadores en los impuestos personales sobre la renta con la incorporación de tributos de regulación medioambiental»²⁶.

Precisamente, a este Modelo de Reforma se refirió la Comisión Europea como Modelo a seguir en la última década del Siglo XX, en su Informe sobre

²⁴ Vid. J.J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, cit., pág. 38.

²⁵ Segunda Ponencia al Seminario Internacional Fiscalidad del medio ambiente y desarrollo energético, cit., “Tendencias en la fiscalidad del medio ambiente”, págs.55 y ss. de la documentación entregada en el seminario. Vid. asimismo, X. ÁLVAREZ, J. ALONSO, A. GAGO, y X.M. GONZÁLEZ, *Tendencias recientes de la fiscalidad internacional*, Papeles de Economía Española, núm. 87, 2001, págs. 10-31.

²⁶ J.J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, cit. pág. 40.

Crecimiento y Empleo de 1993, argumentando en términos ambientales de la siguiente manera: la contaminación genera una ineficiencia económica que la Reforma Fiscal Verde trata de eliminar dado lugar al primer dividendo positivo, sea cual sea lo que luego ocurra, que dependerá del efecto interacción que produzcan los nuevos impuestos ambientales sobre la estructura de precios relativos de los factores y del efecto reciclaje que se genere al modificar otros impuestos y aplicar el incremento de la recaudación.

Casi todos los países de la OCDE han incorporado figuras tributarias ambientales en sus sistemas fiscales, aunque no siempre de la mano de una estrategia reformista global, si bien en los países que han adoptado estrategias generales de Reforma Fiscal Verde (Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Gran Bretaña, Holanda, Noruega o Suecia), se aprecian regularidades de interés. Las coincidencias empiezan por la creación de diversas *Green Tax Commissions* con vocación de permanencia y por encargos sucesivos para hacer revisiones *ex ante* y *ex post* sobre la incidencia de los impuestos ambientales en términos de efectividad.

Los componentes básicos del modelo son: reducciones diversas en los tipos de la imposición sobre la renta, reducciones en las cotizaciones sociales de los empleadores, extendidas en ocasiones a las cuotas obreras y limitadas en otras a determinados segmentos del mercado de trabajo, compensación recaudatoria con la incorporación de nuevos impuestos ambientales, centrando el esquema reformista en un impuesto genérico y potente de base energética, al que apoyan diferentes impuestos específicos sobre residuos, fertilizantes, pesticidas, etc.

La complejidad del modelo de reforma descrito es considerable pues afecta a una situación preexistente e incide sobre la mayor parte de los agentes económicos de una manera directa e intensa, sobre todo en los potenciales efectos negativos sobre la distribución de rentas y la competitividad empresarial. Las propuestas viables en un buen diseño de la imposición ambiental, centrada en la energética deben, además, tener en cuenta dos tipos de restricciones: las impuestas por el marco institucional en particular desde el proceso armonizador comunitario en el ámbito de la UE y las que se derivan del diseño tributario preexistente.

Está claro que cada opción de diseño tributario ambiental tiene sus costes y sus ventajas. De ahí que la opción preferente se halle en la introducción de la imposición energética pasando por una readaptación de las actuales accisas y su extensión progresiva a todos los carburantes, modulándolas según sus respectivas características ambientales.

5. Políticas internas armonizadas en la UE a favor del desarrollo sostenible

Los Estados miembros de la UE han adoptado soluciones innovadoras en términos de desarrollo sostenible. Así, cada vez es más frecuente el uso de precios virtuales para el carbono con el fin de reflejar el coste social de las emisiones de gas de efecto invernadero en la evaluación de las opciones de las políticas públicas. Francia, por ejemplo, se ha comprometido a unas inversiones neutras en términos de emisiones de carbono con ayuda de los fondos de la política de cohesión durante el período 2007-2013 mientras que en Reino Unido se han asignado “presupuestos de carbono” a cada departamento.

También se han hecho progresos en la contabilidad relativa al carbono en las empresas mostrando los resultados de las pruebas realizadas en varios Estados miembros que la utilización de contadores inteligentes puede reducir el consumo de energía en hasta un 10%. De otro lado, algunos Estados miembros han desarrollado nuevos sistemas de auditoría energética, incluida la ayuda financiera, que han ayudado a reducir sensiblemente el consumo de energía del sector de la construcción. Asimismo en Francia la “*Grenelle de l’Environnement*” reunió al Gobierno, al sector empresarial y a la sociedad civil en un debate de alto nivel sobre nuevas medidas para el desarrollo sostenible²⁷.

En el orden interno, el principio de desarrollo sostenible no se incluye explícitamente entre los principios rectores de la política social y económica, pero se deduce del artículo 45 de la CE relativo al medio ambiente y del artículo 128.1 CE, sobre desarrollo económico. Tanto el Tribunal Constitucional como los tribunales ordinarios han insistido en la necesidad de ponderar los bienes constitucionales, llegando a materializar el concepto de desarrollo sostenible que se traduce en un mandato a los poderes públicos e incluso en el criterio que sirve a las ponderaciones entre interés ambiental y desarrollo económico²⁸.

La energía, como elemento fundamental en el desarrollo económico y social en los países es la que mayores replanteamientos ofrece, como venimos insistiendo, para garantizar un desarrollo sostenible y es también el sector

²⁷ Cfr. Informe de la Comisión de 2009 sobre la estrategia de la Unión Europea para el desarrollo sostenible, cit., pág. 4.

²⁸ Vid. sobre esta perspectiva, M. AGUILERA VAQUÉS, *El desarrollo sostenible y la Constitución Española*, Atelier, Barcelona, 2000.

que mayores posibilidades de aplicación de instrumentos económicos y tributarios ofrece. La demanda mundial de energía es creciente y sin embargo, las actividades energéticas contribuyen al calentamiento global de la tierra, a la disminución de la capa de ozono, la acidificación y a la contaminación de metales pesados²⁹. De otro lado, el consumo y agotamiento de los recursos fósiles compromete también el objetivo del desarrollo sostenible.

Siendo conscientes de los daños ambientales irreparables y del inexorable agotamiento de los recursos naturales, el desarrollo sostenible hace especialmente urgente la adopción de acciones específicas en el ámbito energético. Para ello no bastan las tradicionales medidas administrativas sino que es necesario recurrir también a instrumentos económicos que interioricen en el precio de los productos energéticos los daños ambientales incitando así a un uso más eficiente de las energías tradicionales y a utilizar las nuevas energías de carácter renovable³⁰.

6. Consideraciones finales

En el nuevo marco de liberalización de sectores económicos, la tradicional actividad de planificación, intervención y control se ha visto sustituida por mecanismos de corrección al mercado, asentados fundamentalmente sobre la combinación de instrumentos económicos y fiscales. Ante esta nueva realidad, el establecimiento de los tributos no sólo ha de considerar las correcciones necesarias a la economía sino que debe perseguir contribuir a los objetivos marcados a nivel internacional y comunitario sobre cambio climático y desarrollo sostenible.

Hoy en día, el sector de la energía se ha convertido en la prioridad de la UE representando un gran reto en términos de sostenibilidad ambiental. Es necesario un consumo energético más eficiente, la movilización de recursos para potenciar energías más limpias y la financiación de las inversiones necesarias.

En su dimensión europea la política energética se ha de fijar en el objetivo de sostenibilidad y centrarse en el desarrollo de fuentes renovables de

²⁹ Según el estudio sobre "Impactos ambientales de la producción eléctrica. Análisis de Vida de ocho tecnologías de generación eléctrica", realizado por diversas administraciones públicas, el IDEA, el CIEMAT y APPA, en julio de 2000.

³⁰ Vid. Presentación al Seminario Internacional Fiscalidad del medio ambiente y desarrollo energético, pág. 11 (IEF).

energía competitivas y otras fuentes y sectores energéticos de baja emisión de carbono, en particular combustibles alternativos para el transporte; contener la demanda de energía en Europa y liderar los esfuerzos mundiales por detener el cambio climático y mejorar la calidad de la atmósfera local.

Así pues, las técnicas de tutela ambiental de carácter relativo e histórico deben perseguir estos objetivos estratégicos y prioritarios de primer orden. Desde las exigencias del desarrollo sostenible los esfuerzos de todos deben dirigirse a fomentar el cambio de instrumentos de acción y su combinación con los tradicionales para su adaptación a los nuevos tiempos.

España debe asumir el reto de incluir la estrategia de desarrollo sostenible en el diseño de sus reformas fiscales y coordinar las acciones a emprender por los entes públicos con potestad para crear y exigir tributos ecológicos o para insertar las medidas tributarias de incentivo a los tributos ya existentes, dirigiendo sus esfuerzos en la línea estratégica marcada para el conjunto de los países UE.

Quizás no sea absolutamente necesaria en España una Reforma Fiscal Verde al estilo de otros países de nuestro entorno, pero en mi opinión, hacen falta acciones específicas que asienten los principios básicos de esta tributación ecológica para evitar la proliferación de impuestos de dudosa constitucionalidad. Los tributos ecológicos -o si se quiere la ambientación del sistema fiscal-, puede y debe ayudar a la consecución de los objetivos del desarrollo sostenible y las exigencias del cambio climático en el contexto de la actual crisis, pero sabiamente combinados y complementados no solo entre sí, sino también con otras medidas sancionadoras o de mercado.

Sviluppo sostenibile e fiscalità ambientale*

Marta Villar Ezcurra**

* Relazione presentata alla Tavola Rotonda sul tema *El sistema Tributario como instrumento de protección del medio ambiente*, Madrid, 17-20 Novembre 2009

** Traduzione italiana di Claudia Chialastri

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Sviluppo sostenibile e cambio climatico; 3 Strumenti economici e di mercato. Tributo ambientale e principi rettori; 4. Modelli tributari e tendenze dell'ocse; 5. Politiche interne di armonizzazione con la ue a favore dello sviluppo sostenibile; 6. Considerazioni finali

«Il consiglio della UE riconosce che lo sforzo per prevenire un pericoloso cambio climatico richiede una crescita economica e uno sviluppo sociale sostenibile che riducanoalminimo l'emissione di gas effetto serra (...) ricorda la finalità di costruire una società più resistente al cambio climatico mediante alcune attuazioni efficaci di adattamento come parte integrante dello sviluppo sostenibile in tutte le parti del mondo (...) mette in evidenza la necessità di integrare in maniera efficacel'adattamento nella pianificazione nazionale e settoriale, nelle politiche e nelle strategie di sviluppo sostenibile in tutti i livelli e nella cooperazione allo sviluppo, fomentando un'impostazione decentralizzata ascendente in relazione con le istituzioni esistenti e nel loro caso riformate, e con le strutture proprie dei loro paesi in sviluppo, e promuovendo la cooperazione regionale rafforzata, gli approcci intersettoriali e la partecipazione degli interessati».

Conclusioni del 21 ottobre 2009 sulla posizione della UE per la Conferenza di Copenhagen sul clima (dal 7 al 18 dicembre 2009).

1. Introduzione

Controllare il cambio climatico è una sfida mondiale. Indipendentemente dalla posizione che si voglia tenere, la scommessa per uno sviluppo sostenibile deve considerarsi prioritaria a qualsiasi polemica e delinearci, così come dice l'ONU, come uno degli Obiettivi dello Sviluppo del Millennio, andando ad incorporare all'insieme dei valori e delle norme che guidano la condotta quotidiana dell'umanità in relazione con la società.

Già da tempo ebbi l'occasione di manifestare la mia convinzione sul fatto che le misure tributarie possano e debbano fungere d'ausilio al conseguimento degli obiettivi generali delle politiche ambientali e in concreto, alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile; ma ciò non significa necessariamente che queste debbano essere ritenute le uniche in grado di risolvere tutti i problemi¹.

A questo proposito, credo non si debba sposare la generalizzazione di ciò che si conosce come ecotassa, senza una previa riflessione sui modelli tributari da adottare, le finalità settoriali da raggiungere e la delimitazione delle tecniche idonee. Inoltre la realtà ha dimostrato che in non pochi casi le cosiddette ecotasse non sono né "eco" né "tasse", con tutti i problemi di costituzionalità e legalità che la scommessa per la fiscalità ambientale implica².

In questo senso, il Libro Verde della Commissione Europea sull'utilizzo di strumenti di mercato nella politica ambientale e nelle altre politiche relazionate, è molto chiaro quando afferma che le imposte e gli incentivi «non sono un toccasana per tutti i problemi» e che necessitano di un macro regolamento chiaro, nel quale «questi mezzi verranno utilizzati sì con frequenza, ma combinati con altri strumenti»³ (regolatori di controllo, sanzionatori o di mercato).

Quando parliamo di tassazione ambientale⁴ facciamo riferimento a nuove figure tributarie con obiettivo ambientale, così come a tecniche-incentivo per correggere condotte indesiderate (sgravi, deduzioni, ecc.). Ma se dovessi-

¹ Vd. "Los tributos ambientales en el marco de un desarrollo sostenible", in J. L. PIÑAR MAÑAS, (*Dir.*), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, 2002, pag. 395-418.

² Si pensi ai numerosi casi di tributi autonomi portati davanti al Tribunale Costituzionale, dall'imposta balearica sulle installazioni contaminate. La fiscalità ambientale autonoma raccoglie figure che ricadono su diversi tipi di contaminazione: quelle che ricadono su installazioni con incidenza ambientale, su emissioni contaminanti origine energetica, su prodotti e processi energetici, quelli relazionati con le emissioni dei residui solidi o quelli che gravano nel deposito di residui solidi.

³ Vd. COM 2007, 140 final, del 28.3.2007.

⁴ Per tutti, vd. P. M. HERRERA MOLINA, *Derecho Tributario ambiental*, Marcial Pons, Madrid, 2000

mo riflettere su quale sia il compromesso riguardo allo strumento tributario da adottare in tema ambientale, è importante anche non perdere di vista il fabbisogno di spesa degli enti pubblici e le risorse sulle quali questi contano per far fronte alle necessità finanziarie delle politiche ambientali, dato che continua ad essere necessario sovvenzionare progetti ambientali nella cornice di alcune aziende pubbliche deficitarie, che si nutrono fundamentalmente delle entrate di natura tributaria e che tendono a la proliferazione delle figure impositive indirette e delle tasse⁵.

Inoltre, anche se fossimo immersi nell'attuale scenario di crisi economica, non possiamo fingere che non esistano tendenze d'insostenibilità che sarebbe invece opportuno frenare⁶.

E' bene poi far notare, a titolo introduttivo, che l'attenzione ai problemi riguardanti il cambio climatico ha provocato conseguenze importanti nel ruolo della fiscalità, dal momento che la nuova chiamata alle misure tributarie si realizza nella cornice di un pacchetto di disposizioni economiche nonché nel mercato che integra la politica energetica e climatica⁷.

L'oggetto del mio intervento è dunque volto a mettere in evidenza lo stato della questione e le problematiche che suscitano tali faccende, così come realizzare alcune riflessioni e proposte intorno a questi temi di indubbia attualità, alla vista dell'evoluzione del ruolo -potenziale o limitato-assunto dalla fiscalità e dei passi avanti realizzati nella UE, concretizzatisi per la maggior parte in diverse relazioni e documenti elaborati dalle istituzioni comunitarie. Perciò mi riferirò in primo luogo al concetto di sviluppo sostenibile nell'ambito del cambio climatico, a proposito della sua proiezione internazionale e comunitaria, in seguito volgerò la mia attenzione agli strumenti economici

⁵ Si tratta inoltre di una tendenza constatabile nell'evoluzione dei modelli tributari frutto del riordinamento dei criteri e dei principi tributari classici. Vd. sul tema J. J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, num. 8/2009, pag. 38.

⁶ Persistono alcune tendenze non vitali in vari ambiti nonostante tutta una serie di avanzamenti positivi: la domanda di risorse naturali è cresciuta rapidamente e supera il disponibile del pianeta a lungo periodo; si sta perdendo la biodiversità in termini globali e i principali ecosistemi stanno soffrendo una pressione crescente così come sta crescendo il consumo di energia nei trasporti e persiste la povertà a livello mondiale (vd. COM (2009), 400 finale, pag. 2).

⁷ Vd. In particolare il Libro Verde sulla strategia europea per un'energia sostenibile, competitiva e sicura (COM 2006, 0105 finale). Vd. anche Comunicazione COM 2007 1 e 2, del 10.1.2007, Conclusioni del Consiglio Europeo dell' 8-9.3.2007 e la Nota Informativa del Consiglio del 21-10-2009 sulla posizione dell'Unione Europea per la Conferenza di Copenhagen sul clima.

e di mercato e a continuazione alle esperienze dei modelli fiscali dei paesi dell'OCSE, per terminare poi con alcune considerazioni di ordine generale.

2. Sviluppo sostenibile e cambio climatico

Per prima cosa ripassiamo il concetto e le esigenze dello sviluppo sostenibile. Esiste un consenso comune nell'associare la sua prima definizione al Rapporto Brundtland (1987)⁸. Si tratta dello sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare le proprie necessità, in pratica costituisce una responsabilità con le generazioni che verranno affinché queste possano vivere in un ambiente il più possibile simile a quello di cui noi abbiamo usufruito. A questa dichiarazione ne seguirono molte altre, in cui però si deduce il cambio culturale e politico nella forma di concepire lo sviluppo. Non si tratta di confidare nel fatto che quest'ultimo equivalga a progresso e beneficio, ma che esista la convinzione che il motore che salverà l'umanità, è la nuova idea che allora sorse come "rivoluzionaria", che è più precisamente quella dello sviluppo sostenibile.

Fu nella Cumbre de Río (1992) che si approvarono le basi politiche e il cosiddetto "programma 21" di azione e misure concrete. Dopo la Cumbre primera de Río, venne Río + 5, Río + 10 e il processo continuò la sua marcia senza sosta di modo che lo sviluppo sostenibile venne assumendo un'entità propria al di là della cornice iniziale di riferimento ambientale.

Sarebbe più opportuno dunque, parlare già di sostenibilità integrale in una tripla dimensione: ecologica, economica e sociale. E' necessario anche accordare il corrispondente valore giuridico a un autentico principio generale di Diritto invocabile e applicabile, che abiliti l'esercizio di potestà amministrative di controllo nel quale il legislatore spagnolo fonda molte delle sue misure, e ogni volta con più intensità⁹.

⁸ Nel 1983, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite convocò con carattere di urgenza una Commissione Mondiale sul medio ambiente e sullo sviluppo sostenibile, su ordine del Segretario Generale Pérez de Cuellar. Questa Commissione fu organizzata e diretta dal medico norvegese Brundtland, prima primo ministro del suo paese.

⁹ Vd. J. L. PIÑAR MAÑAS, "El desarrollo sostenible como principio jurídico", in *Desarrollo sostenible y protección al medio ambiente*, cit., pag. 24-49. Il professor Piñar afferma che «è imprescindibile dotare di contenuto giuridico lo sviluppo sostenibile, poiché corriamo il rischio che si sresti intrappolati in un insieme di mere buone intenzioni o che le definizioni che tanto enfaticamente lo proclamano resistino ...»

Nel quadro strettamente comunitario, si segue una strategia comune in politiche di sviluppo sostenibile. La strategia iniziale fu plasmata nelle conclusioni del Consiglio di Gutenberg (2001) e consistette nella promozione di politiche d'interesse globale e transettoriale, pienamente integratrici dei tre pilastri dello sviluppo sostenibile, soprattutto per far fronte alle inclinazioni delle politiche isolate e settoriali, responsabili di tendenze insostenibili in termini ambientali di lungo periodo. Si affermava quindi che «la strategia della UE per lo sviluppo sostenibile, si basasse sulla necessità di studiare le ripercussioni economiche, sociali e ambientali di tutte le politiche di forma coordinata e tenerle in considerazione al momento di prendere decisioni». Durante il Consiglio di Barcellona (2002), si aggiunse la dimensione esteriore, prima della Cumbre Mundial, sullo sviluppo sostenibile e, dopouna revisione della strategia iniziale, si riuscirono a fissare le tendenze insostenibili e si adottò una strategia rinnovata, stabilendo un piano unico e coerente con la stretta collaborazione degli Stati, delle istituzioni comunitarie, delle Organizzazioni non governative, delle imprese e delle associazioni civili, per stabilire le priorità al fine di far efficacemente applicare all'Unione Europea i principi dello sviluppo sostenibile.

Nel primo bilancio della strategia sullo sviluppo sostenibile che modella la Commissione Europea nella sua comunicazione del 2007, si pone l'accento sui modesti progressi raggiunti,masi evidenzia anche il passo in avanti rappresentato dal fatto che il cambiamento climatico e l'energia sostenibile costituiscono una priorità nelle agende nazionali e internazionali degli Stati.

E' stato possibilefare passi in avanti nella riduzione dei gas effetto serra (grazie, per esempio, alle imposte sulle emissioni) e nell'evoluzione verso mezzi di trasporto più rispettosi dell'ambiente (come nel caso delle imposte di circolazione nel centro delle grandi città), ma si constata in questo primo bilancio che solo alcuni paesi, come la Francia, dispongono di strategie di trasporto,mentre altri come l'Italia, hanno invece incluso il trasporto sostenibile in altre strategie che prevedono finanziamenti.

Rispetto agli strumenti finanziari ed economici, esiste una grande varietà e si scommette su l'uso di strumenti di mercato, anche se fondi finanziari comunitari, come il FEDER e i Fondi di Coesione, hanno aiutato significativamente durante il periodo 2007 – 2013 con una dotazione di 9.000 milioni di euro per il cambio climatico e 36.000 milioni di euro per il trasporto sostenibile¹⁰.

¹⁰ Sono stati assegnati fondi specifici affinché le PMI possano adattarsi alla legislazione

Più recentemente, la Relazione del 2009 sulla strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile¹¹ si è pronunciata a favore della necessità di una revisione completa della strategia per centrare gli ambiti nei quali il progresso è più indispensabile. La previsione della spesa dei fondi comunitari in questioni relazionate con l'ecosistema, si stima in 105.000 milioni di euro, bilancio che suppone il 30 per cento del totale dell'assegnazione di 347.000 milioni per i fondi della politica di coesione.¹²

Si sottolinea specialmente l'importanza della supervisione della strategia sullo sviluppo sostenibile basata sugli indicatori coordinati per Eurostat e la carta degli studi di valutazione dell'impatto al momento di legiferare¹³. Si segnalano anche le nuove sfide per lo sviluppo sostenibile su quattro fronti: contribuzione al rapido cambiamento per un'economia con basse emissioni di carbonio, con tecnologie che utilizzano risorse ed energia in maniera razionale e promozione di trasporti nonché consumi sostenibili; intensificazione degli sforzi per proteggere la biodiversità e le risorse naturali; impulso dell'integrazione sociale e consolidamento della dimensione internazionale dello sviluppo sostenibile, potenziamento inoltre degli sforzi per combattere la povertà globale.

Poche materie come l'uso dell'energia ed il correlativo cambiamento climatico colpiscono tanto intensamente i tre versanti dello sviluppo sostenibile (ambientale, economico e sociale) e tra le misure promosse dalla Comunità Europea quella che più ha suscitato attenzione è senza dubbio la Direttiva di commercio di emissioni¹⁴, benché l'elenco sia lunghissimo¹⁵.

ambientale in maniera più lucrativa e migliorare in generale il loro comportamento ecologico. Le fonti principali sono, tra le altre, il Regolamento LIFE+, i nuovi strumenti della Politica di Coesione per il 2007-2013, aiuti Jeremie vd. Comunicazione della Commissione rispetto al Programma di Assistenza alle piccole e medie imprese per l'adempimento della legislazione ambientale, dell'8.10.2007 (COM 2007, 379 finale) in special modo il capoverso 5 e 4, così come il Piano di Attuazione a favore delle Tecnologie Ambientali della UE (<http://ec.europa.eu/ambiente/etap>).

¹¹ Pubblicato mediante Comunicazione della Commissione del 24.7.2009 (COM 2009, 400 finale)

¹² Vd comunicazione della Commissione del 24.7.2009 citata, pag. 14

¹³ Il sistema di valutazione dell'impatto della Commissione contribuisce allo sviluppo sostenibile valutando gli impatti potenziali delle nuove proposte di legislazione o politiche nell'ambito economico, sociale ed ambientale attraverso un progetto integrato

¹⁴ Direttiva 2003/87/CE del Parlamento e del Consiglio, del 13.10.2003 in processo di revisione (vd. Proposta di Direttiva di perfezionamento ed ampliamento del 23.1.2008 (COM 2008 16, finale) che è stata incorporata al nostro ordinamento per la Legge 1/2005, del 9.3.2005, per la quale si regola il regime di commercio dei diritti di emissione di gas dell'effetto serra

¹⁵ Vd. J. A. HERNÁNDEZ CORCHETE, Voz "Cambio Climático", in: *Diccionario de Derecho*

Perciò, la Comunità Europea adotta un progetto e una strategia propria di sviluppo sostenibile che prende forma nei Trattati, nelle Direttive sull'ambiente, nei programmi specifici di azione e in tutte le politiche della Comunità. Orbene, considerando l'importante volume normativo e l'impulso delle istituzioni comunitarie, il Diritto comunitario non conta -per il momento- di strumenti sufficientemente efficaci per assicurare in maniera completa l'applicazione del Diritto ambientale comunitario e per estensione l'applicazione delle strategie definite -compresa quella fiscale- per ottenere uno sviluppo sostenibile.

E a dimostrazione di questo c'è il bilancio consuntivo, al quale ci siamo appena riferiti, una volta trascorsi gli anni dei grandi entusiasmi iniziali.

3. Strumenti economici e di mercato. Tributo ambientale e principi fondanti

Per raggiungere gli obiettivi ambientali, dello sviluppo sostenibile, di riduzione delle emissioni inquinanti e come reazione di fronte all'insufficienza delle politiche regolatrici, si è incoraggiato l'utilizzo di strumenti economici e di mercato. Nel Libro Verde - al quale già prima abbiamo fatto riferimento - si giustifica il loro utilizzo per la capacità di correggere le deficienze del mercato in forma redditizia, intendendosi per deficienza del mercato una situazione nella quale i mercati non esistono o non tengono in conto del costo vero o sociale dell'attività economica¹⁶.

Già solo esercitando un'influenza sui prezzi (tributi o incentivi) o stabilendo quantità assolute (commercio di diritti di emissione) o per unità di produzione, ci si rende conto che tutti questi strumenti proporzionano una flessibilità che può ridurre sostanzialmente i costi dei miglioramenti dell'ecosistema.

A livello comunitario, sono state adottate diverse misure degne di menzione. Infatti, è stato introdotto il regime di diritto di emissione -in fase ora di perfezionamento-, è stata approvata la Direttiva sull'imposizione dei prodotti energetici, mentre nel settore dei trasporti è stata adottata la Direttiva sul distintivo europeo (Eurovignetta), sebbene siano proprio gli Stati membri

Ambiental, E. ALONSO GARCÍA, y B. LOZANO CUTANDA (Dir.), Iustel, 2008, pag. 176 e 195.

¹⁶ Libro Verde sull'utilizzo degli strumenti di mercato nella politica ambientale e altre politiche relazionate (COM 2007, 140 finale, del 28.3.2007).

quelli a ostentare un ruolo di primo ordine nell'adozione di misure tributarie e nella ricerca di un equilibrio adeguato tra incentivi e misure dissuasive, al momento di progettare i loro regimi impositivi, dovendo rispettare contemporaneamente sia le esigenze dei principi tributari, sia la neutralità fiscale. I falliti tentativi di stabilire un'imposta a livello comunitario e mondiale¹⁷ fanno sì che siano gli Stati, i veri protagonisti e i responsabili delle decisioni in materia di politica fiscale (sebbene siano comunque condizionati da competenza di natura globale).

Stando ai progetti teorici, esiste ampio consenso sul fatto che il ricorso al tributo debba trasformarsi in un importante strumento per affrontare il cambiamento climatico. Aldilà della controfirma normativa come da disposizione interna¹⁸ e della teoria relativa al modello pigouiano di internalizzazione delle esternalità negative, le istituzioni dell'Unione Europea, come già menzionato, hanno spinto questo lancio dello strumento tributario per agire in politica ambientale, rendendo noti i modelli che gli Stati devono seguire per assicurare il rispetto del Diritto Comunitario, tanto dalla prospettiva dell'entrata come da quella della spesa¹⁹.

Detto questo, non può passare inosservato il fatto che non vi sia consenso concettuale su che cosa sia un tributo ambientale, e questo perché essenzialmente si materializza in una diversità strumentale di ampio ventaglio che produce particolare confusione e perché la distinzione non si basa su un criterio comune o su quello che deve considerarsi rilevante, se si tratti dei motivi che lo giustificano o degli effetti che comporta la sua introduzione. Inoltre alla diversità strumentale si unisce la confusione terminologica. Senza la dovuta precisione, si parla di imposte verdi, di imposte ecologiche, di ecotasse, ecc. Dall'altro lato, la motivazione o giustificazione di un tributo ambientale può essere multipla, il che ostacola l'affermazione

¹⁷ Vd. la proposta di Direttiva sulla creazione di un'imposta armonizzata sui combustibili fossili (COM 92, 226 finale) il cui oggetto era stabilizzare le emissioni di carbonio per l'anno 2000 al livello del 1990 oltre che stabilire un'imposta mondiale sul carbonio.

¹⁸ Basterebbe fare un ripasso all'elenco di imposte ambientali in materia di emissioni atmosferiche, residui o trattamento di acque, specialmente a livello autonomistico e attendere alle esposizioni di motivi per constatare questa "scommessa" per la fiscalità ambientale. Vd. J. A. ROZAS VALDÉS, C. VÁZQUEZ COBOS, A. APARICIO, y S. ÁLVAREZ, *Impuestos ecológicos y pretendidamente ecológicos*, in: *Tributos locales y autonómicos*, P. M. HERRERA MOLINA (Dir.), Aranzadi, 2006, (capitolo XIII) pag. 547-597.

¹⁹ In particolare esiste la preoccupazione che l'incentivo dell'imposta ambientale sia rispettoso con la normativa comunitaria sul controllo di aiuti di Stato, quest'ultimi però incompatibili col mercato comune.

zione di quale fra esse sia quella che permetta di qualificare il tributo come ambientale. Abilmente il Professor Herrera Molina distingue tra “tributi ambientali” in senso stretto ed “elementi tributari ambientali” (tali come benefici fiscali o modulazione di elementi quantitativi) che si introducono in altri tributi, sia forzando la loro logica interna sia rinforzandola in una direzione ambientale, come succede con i tipi di aggravio ridotti per i prodotti meno inquinanti²⁰. La cosa certa è che anche la distinzione tra imposte, tasse e contribuzioni speciali si dilegua nell’ambito della fiscalità ambientale, provocando importanti distorsioni dato il diverso regime di distribuzione di competenze in ognuna di queste figure.

Una possibile soluzione per mettere ordine starebbe quella di elaborare un concetto generico di tributo ambientale attraverso l’approvazione di un regime giuridico di distribuzione di competenze, comune alle tre categorie tradizionali. In questo modo si eviterebbe la tendenza a manipolare le categorie tributarie per evitare le limitazioni di competenza.

La dottrina ha discusso in modo particolare sulla possibilità di esigere tasse per l’utilizzazione speciale del dominio pubblico, il cui fatto imponibile consiste in un impatto sul paesaggio, come conseguenza d’installazioni di trasporto di energia o per la pratica di emissioni atmosferiche derivate della produzione di energia. Nell’ambito energetico, le cosiddette “tasse per tolleranza” possono costituire un importante strumento destinato a completare il sistema di permessi negoziabili di emissioni. Pensiamo ad esempio al sistema danese, che combina detti permessi col pagamento di una tariffa per inadempimento, quando si superino le quantità previste in dette autorizzazioni. Tale “tariffa” costituirà una tassa e non una sanzione nella misura in cui queste emissioni supplementari non siano radicalmente proibite (nel qual caso l’Amministrazione dovrà ricorrere alla sua autotutela esecutiva per assicurare la sospensione dell’attività).

In alcuni casi può avere senso la compatibilità parziale tra le sanzioni ed i tributi ambientali. Così, con certi requisiti, questo potrebbe succedere nel caso di situazioni catastrofiche o di emergenza riferite nell’ambito dell’energia. Invece, non dovrebbero applicarsi sanzioni nel caso in cui si esiga un tasso di tolleranza per superare le emissioni corrispondenti ai permessi negoziabili (benché lo stabilimento di una proibizione radicale accompagnata da sanzioni potesse costituire un’alternativa allo stabilimento di tributi).

²⁰ P. M. HERRERA MOLINA, *Derecho Tributario ambiental*, cit.

Si è evidenziata anche la necessità di coordinare a posteriori questi strumenti nell'ambito di applicazione del regime di commercio rispetto ai *carbon taxes*²¹ perché a volte la convivenza ha carattere sopravvenuto e non obbedisce alla volontà di combinare entrambi gli strumenti economici servendosi dei postulati della scienza economica²². Perciò, alcuni paesi come Danimarca e Svezia difendono la necessità di lasciare inalterati gli obiettivi dei due strumenti (imposte e regime di commercio), mantenendoli identici quando incrementano superflualmente i costi delle imprese emittenti.

È interessante notare che, in relazione ai principi ispiratori dell'ordine tributario e l'utilizzo extrafiscale del sistema tributario, fu suscitato nella Commissione per la riforma della Legge Generale Tributaria (LGT), un dibattito circa la convenienza di una possibile menzione di alcuni principi non espressamente allusi nel testo allora vigente. In particolare, se si considerava che quelli di "beneficio" (applicabile nell'ambito delle tasse) e di "chi inquina paga", articolo 174 del Trattato Costitutivo della Comunità Europea, non potessero intendersi come manifestazioni della capacità contributiva, per le quali era necessario prevedere la loro inclusione nella LGT.

Come risposta di chiusura al dibattito, la Relazione delle citata Commissione notava dei rischi di incostituzionalità che potevano implicare allusioni a criteri di giustizia tributaria non curanti dell'articolo 31.1 della CE. Inoltre, curiosamente, la STC del 30 novembre del 2000 considerò la capacità di danneggiare l'ambiente" come modalità del principio di capacità economica previsto nell'articolo 31.1 CE" (FJ 5^o). Invece la menzionata Commissione giudicò che il contenuto della LGT avrebbe dovuto essere ritoccato in accordo con la giurisprudenza costituzionale, al fine di raccogliere la necessità della doppia competenza (tributaria e materiale), per stabilire tributi di ordinamento, al servizio della politica economica o di qualunque altra: agraria, sociale, ambientale, etc. Inoltre, avrebbe dovuto chiarire che la finalità extrafiscale è possibile, ma non necessaria.

Aldilà delle problematiche tecnico-normative e sui principi tributari, un altro dei temi più interessanti, a mio modo di vedere, è la distinta acco-

²¹ Imposte sui prodotti o sul consumo.

²² I. ESTRADA, *Cambio climático ... cit.* A proposito delle condotte da evitare, si distinguono i casi di *double regulation*, che si realizzano quando per conseguire una doppia finalità si impiegano strumenti con caratteristiche o obiettivi molto simili, dai casi di *overlapping regulation*, che fanno riferimento alla sovrapposizione di imposte che sebbene non debbano perseguire gli stessi obiettivi, la loro stessa coesistenza può già implicare inefficienze tra essi.

glienza del principio di capacità economica nelle categorie tributarie, perché come afferma la STC 296/1994 «nelle imposte l'individuo passivo si determina per l'attività dei contribuenti e l'onere si ottiene su una base imponibile che è espressiva di una capacità economica che non opera come elemento configurante nei tassi o, se lo fa, di una maniera molto indiretta o remota». Basta verificare la realtà per constatare che proliferano non figure giuridiche di natura confusa con denominazioni tecniche diverse coincidenti con le categorie tributarie previste nelle nostre leggi ma che costituiscono tassi in molte ipotesi (ecotasse) canoni, prezzi, tariffe, esazioni, oneri, diritti, etc., o un chiamata prezzo per il legislatore è in realtà un tasso, o una denominata tasso può stare occultando una figura impositiva. Queste circostanze complicano la verifica del compimento dei principi costituzionali tributari nella pratica quotidiana.

Non si dimentichi che conformemente alla LGT, il tributo può essere solo imposto, tassa o contribuzione speciale. Secondo la dottrina della Corte Costituzionale, tuttavia, se una prestazione pecuniaria è di carattere pubblico dovrà conformarsi con ciò che la legge dispone, il che è applicabile per i cosiddetti prezzi pubblici, nei quali si verificano le circostanze precisate dal Tribunale, con la confusione tra categorie giuridiche che ne deriva, riguardo alla riconversione dell'ipotesi in imposta o alla nascita di una figura nuova e diversa dagli effetti del rispetto delle esigenze del principio di riserva di legge.

In definitiva, non si tratta dell'esigenza per il cambiamento climatico e lo sviluppo sostenibile di trovare nella "domanda d'imposte" il loro più fermo alleato²³, né di dover porre in secondo piano la fiscalità ambientale davanti al successo del regime di commercio dei diritti di emissione.

Sarebbe piuttosto necessario accordare con saggezza gli strumenti fiscali a quelli economici e di mercato e lasciare ai giuristi il compito di valutarne l'adeguamento all'ordinamento giuridico, promuovendo i cambiamenti che rendano possibile la compatibilità e la coordinazione tra tutti loro, per evitare effetti distortivi, duplicità impositive o di costi, e assicurare il rispetto alle finalità pretese, perché in molti casi la misura innovativa (mercato di emissioni) si sovrappone all'esistente (imposte su emissioni) senza il correlativo adeguamento.

²³ Abbiamo già parlato del pericolo di proliferazione delle imposte "verdi", tecnicamente mal disegnate, che provocano duplicità impositiva, danno per l'economia o la qualità di vita dei particolari o la moltiplicazione di figure che pretendono di essere "verdi", ma che in realtà vengono meno a quelli che sono i principi costituzionali tributari.

4 Modelli tributari e tendenze dell'OCSE

Anche la fiscalità ambientale può affacciarsi dalla prospettiva dei modelli tributari nella cornice delle tendenze dei paesi dell'OCSE, punto di vista che passiamo ora a sviluppare.

Nella decade degli 80 furono introdotti gli incentivi economici come alternativa alla regolazione amministrativa ed una delle risorse più persuasive ed efficienti risultò essere quella dei permessi di inquinamento. Tuttavia, è negli anni 90, quando si generalizza quello che si conosce come Modello Estensivo di riforma fiscale, che sorgono anche altre proposte complementari²⁴, tra le quali emergono i modelli di Flat Tax o d'imposizione lineare sul reddito, quelli di Imposizione Duale ed i modelli di Riforma Fiscale Verde.

Spiegano Gago, Labandeira e Rodríguez²⁵ che il primo elemento distintivo del Modello Estensivo è un'alterazione nella gerarchia dei principi impositivi a beneficio dell'efficienza economica, dell'equità orizzontale e della semplicità nell'applicazione e gestione dei sistemi tributari. Questo nuovo equilibrio di criteri, ispira lo schema compensatorio e le soluzioni tecniche che si applicano con posteriorità: riduzione dei sistemi tradizionali di incentivi e cambiamento di struttura impositiva in favore dell'imposta indiretta, tutto ciò, a partire da una restrizione finanziaria abbastanza stretta.

L'obiettivo di ridurre i tipi impositivi più elevati e l'idea del dividendo multiplo fu oggetto di concrezione nel modello di Riforma Fiscale Verde che può considerarsi una fase ulteriore del Modello Estensivo dominante. Per Rubio Guerrero, «il fondamento teorico di questa alternativa scarica sull'idea di associare cambiamenti fiscali defiscalizzandoli nelle imposte personali sul reddito con l'incorporazione di tributi di regolazione ambientale»²⁶.

Precisamente, a questo Modello di Riforma si riferì la Commissione Europea come Modello da seguire nell'ultima decade del Secolo XX, nella

²⁴ Vd. J. J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, cit., pag. 38.

²⁵ Seconda Conferenza al Seminario Internazionale sulla Fiscalità ambientale e sullo sviluppo energetico, cit., "Tendencias en la fiscalidad del medio ambiente", pag. 55 e seguenti della documentazione consegnata al seminario. Vd. anche, X. ÁLVAREZ, J. ALONSO, A. GAGO, Y X.M. GONZÁLEZ, *Tendencias recientes de la fiscalidad internacional*, Papeles de Economía Española, num. 87, 2001, pag. 10-31.

²⁶ J. J. RUBIO GUERRERO, *Modelos tributarios en la Unión Europea*, cit. pag. 40.

sua Relazione sulla Crescita e l'Impiego del 1993, argomentando in termini ambientali nella seguente maniera: l'inquinamento genera un'inefficienza economica che la Riforma Fiscale Verde si propone di eliminare al di là di quello che dopo succederà, e che dipenderà dall'effetto di interazione che le nuove imposte ambientali produrranno sulla struttura di prezzi relativi dei fattori e dall'effetto di riciclaggio che si genererà modificando altre imposte ed applicando l'incremento della riscossione.

Quasi tutti i paesi dell'OCSE hanno incorporato figure tributarie ambientali nei loro sistemi fiscali, benché non sempre dalla mano di una strategia riformista globale, sebbene nei paesi che hanno adottato strategie generali di Riforma Fiscale Verde, quali Germania, Austria, Danimarca, Finlandia, Gran Bretagna, Olanda, Norvegia o Svezia, si apprezzano regolarità di interesse. Le coincidenze incominciano con la creazione di diverse *Green Tax Commissions* con vocazione di permanenza e per incarichi successivi per revisioni *ex ante* ed *ex post* sull'incidenza delle imposte ambientali in termini di effettività.

Le componenti basilari del modello sono: riduzioni diverse nei tipi dell'imposizione sul reddito, riduzioni nelle quotazioni sociali degli impiegati, estese in occasioni alle quote operaie e limitate in altre a determinati segmenti del mercato di lavoro, compensazione di riscossione con l'incorporazione di nuove imposte ambientali, basando lo schema riformista su un'imposta generica e potente di base energetica, alla quale si appoggiano differenti imposte specifiche su residui, fertilizzanti, pesticidi, ecc.

La complessità del modello di riforma descritto è considerabile perché colpisce una situazione preesistente e incide sulla maggior parte degli agenti economici in maniera diretta e intensa, soprattutto sui potenziali effetti negativi sulla distribuzione di redditi e sulla competitività imprenditoriale. Le proposte fattibili in un buon disegno dell'imposizione ambientale, incentrata nell'energetica devono inoltre tenere conto di due tipi di restrizioni: quelle imposte per la cornice istituzionale in questione dal processo armonizzatore comunitario nell'ambito dell'UE e quelle che derivano dal disegno tributario preesistente.

È chiaro che ogni scelta di disegno tributario ambientale ha i suoi costi ed i suoi vantaggi. Col risultato che l'opzione superiore si trovi nell'introduzione dell'imposizione energetica passando per un reinserimento delle attuali accise e la sua estensione progressiva a tutti i carburanti, modulandoli secondo le sue rispettive caratteristiche ambientali.

5. Politiche interne di armonizzazione con la UE a favore dello sviluppo sostenibile

Gli Stati membri dell'UE hanno adottato soluzioni innovatrici in termini di sviluppo sostenibile. Così, ogni volta è più frequente l'uso di prezzi virtuali per il carbonio col fine di riflettere il costo sociale delle emissioni di gas di effetto serra nella valutazione delle scelte delle politiche pubbliche. La Francia, per esempio, si è compromessa ad alcuni investimenti neutri in termini di emissioni di carbonio con l'aiuto dei fondi della politica di coesione durante il periodo 2007-2013, mentre in Regno Unito sono stati assegnati "presupposti di carbonio" ad ogni dipartimento.

Sono stati realizzati anche progressi nella contabilità riguardante il carbonio nelle imprese mostrando i risultati delle prove realizzate nei vari Stati membri, che l'utilizzo di contabili intelligenti può ridurre il consumo di energia in fino ad un 10 per cento. Dall'altro lato, alcuni Stati membri hanno sviluppato nuovi sistemi di auditing energetico, compreso l'aiuto finanziario, che hanno aiutato a ridurre sensibilmente il consumo di energia nel settore della costruzione. Ugualmente in Francia la "Grenelle de l'Environnement" coinvolse il Governo, il settore imprenditoriale e la società civile in un dibattito di alto livello su nuove misure per lo sviluppo sostenibile²⁷.

Nell'ordine interno, il principio di sviluppo sostenibile non si ritrova esplicitamente in nessun dei principi rettori della politica sociale ed economica, ma lo si deduce dall'articolo 45 della CE relativa all'ecosistema e dall'articolo 128.1 CE, sullo sviluppo economico. Tanto il Tribunale Costituzionale come i tribunali ordinari hanno insistito sulla necessità di ponderare i beni costituzionali, arrivando a materializzare il concetto di sviluppo sostenibile che si traduce in un mandato ai poteri pubblici e perfino nel criterio che serve alle ponderazioni tra interesse ambientale e sviluppo economico²⁸.

L'energia, come elemento fondamentale nello sviluppo economico e sociale nei paesi, è quello che offre maggiore reimpostazione, come appena detto, al fine di garantire uno sviluppo sostenibile e allo stesso tempo è anche il settore che offre maggiori possibilità di applicazione degli strumenti economici e tributari. La domanda mondiale di energia è crescente e malgrado ciò,

²⁷ Cfr. Rapporto della Commissione del 2009 sulla strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile, cit. pag. 4.

²⁸ Vd. su questa prospettiva M. AGUILERA VAQUÉS, *El desarrollo sostenible y la Constitución Española*, Atelier, Barcelona, 2000.

le attività energetiche contribuiscono al riscaldamento globale della terra, alla diminuzione della cappa di ozono, all'acidificazione e all'inquinamento di metalli pesanti²⁹. Dall'altro lato, il consumo e l'esaurimento delle risorse fossili compromettono anche l'obiettivo dello sviluppo sostenibile.

Essendo coscienti dei danni ambientali irreparabili e dell'inesorabile esaurimento delle risorse naturali, lo sviluppo sostenibile fa specialmente urgente l'adozione di azioni specifiche nell'ambito energetico. Per ciò non bastano le tradizionali misure amministrative, ma è necessario ricorrere anche a strumenti economici che interiorizzino nel prezzo dei prodotti energetici i danni ambientali incitando così a un uso più efficiente delle energie tradizionali nonché all'utilizzo di nuove energie di carattere rinnovabile³⁰.

6. Considerazioni finali

Nella nuova cornice di liberalizzazione di settori economici, la tradizionale attività di pianificazione, intervento e controllo si è vista sostituito da meccanismi di correzione al mercato, collocati fondamentalmente sulla combinazione di strumenti economici e fiscali. Davanti a questa nuova realtà, lo stabilimento dei tributi non deve considerare solo le correzioni necessarie all'economia, ma deve perseguire e contribuire agli obiettivi marcati a livello internazionale e comunitario in tema di cambiamento climatico e sviluppo sostenibile.

Oggi, il settore dell'energia si è trasformato nella priorità dell'UE rappresentando una gran sfida in termini di sostenibilità ambientale. È necessario un consumo energetico più efficiente, incrementare la mobilitazione di risorse per potenziare energie più pulite ed accrescere il finanziamento degli investimenti necessari.

Nella sua dimensione europea la politica energetica deve rivolgere particolare attenzione all'obiettivo della sostenibilità e concentrarsi sullo sviluppo di fonti rinnovabili di energia competitive così come su fonti e settori energetici di bassa emissione di carbonio, come combustibili alternativi per il trasporto; deve contenere la domanda di energia in Europa e dirigere gli

²⁹ Secondo lo studio "Impatti ambientali della produzione elettrica. Analisi di vita di otto tecnologie di generazione elettrica", realizzato da diverse amministrazioni pubbliche, l'IDEA, il CIEMAT e l'APPA, nel luglio del 2000.

³⁰ Vd. Presentazione al Seminario Internazionale sulla Fiscalità ambientale e lo sviluppo energetico, pag 11 (IEF).

sforzi mondiali per fermare il cambiamento climatico e migliorare la qualità dell'atmosfera locale.

Perciò, le tecniche di tutela ambientale di carattere relativo e storico devono perseguire questi obiettivi strategici e prioritari di primo ordine. Dalle esigenze dello sviluppo sostenibile gli sforzi di tutti devono realizzarsi con lo scopo di fomentare il cambiamento di strumenti di azione e la loro combinazione con i mezzi tradizionali per il suo adattamento ai nuovi tempi.

La Spagna deve assumere la sfida di includere la strategia di sviluppo sostenibile nel design delle sue riforme fiscali e coordinare le azioni da intraprendere per gli enti pubblici con potestà per creare ed esigere tributi ecologici o per inserire già le misure tributarie di incentivo ai tributi esistenti, dirigendo i suoi sforzi nella linea strategica marcata per l'insieme dei paesi UE.

Magari non sarà assolutamente necessaria in Spagna una Riforma Fiscale Verde sullo stile di altri paesi del nostro ambiente, ma secondo la mia opinione, c'è bisogno di azioni specifiche che assentano ai principi basilari di questo tributo ecologico per evitare la proliferazione d'imposte di dubbiosa costituzionalità. I tributi ecologici -o se si vuole l'ambientazione del sistema fiscale-, possono e devono aiutare il conseguimento degli obiettivi dello sviluppo sostenibile e le esigenze del cambiamento climatico nel contesto dell'attuale crisi, ma saggiamente combinati e completati non solo da sé, ma anche con altre misure sanzionatrici o di mercato.

Business restructuring – a threat to German tax revenues*

Prof. Dr. Gerrit Frotscher**

* Introductory speech at the 1st Joint Seminar organized by the University of Rome Sapienza – Master in Pianificazione Tributaria Internazionale and the University of Hamburg – Master in International Taxation, in cooperation with the Guardia di Finanza, High School of Tax Police, on the topic “*Taxation of Business Restructuring*”, held in Ostia Lido (Rome), on the 16th April 2010. Edited in English by the author.

** International Tax Institute, University of Hamburg.

International business restructuring is a subject which, in the age of globalisation and in the context of a scientific seminar, hardly needs a justification.

Under the term of “International business restructuring” a number of legal rules and tax planning techniques which enable the tax payer to transfer business activities cross-border into another country are summarized. Obviously, if they can be affected in a tax-neutral way, such transfers are practically only feasible. A transfer at market value would create such a high tax burden for the transferor that the operation would be impossible for economic reasons.

Cross-border business restructuring has become a major issue only over the last decade. One could identify a number of reasons explaining why the issue has emerged only recently. However, all of these reasons are connected to the issue of Globalisation. Historically, a business which operated close to the customer enjoyed substantial economic advantages, such as close communication links to the customer, low transportation costs, detailed knowledge of the market and its needs and so on. Therefore, the industry had built in each major market a production and sales platform and served its customers from within this market. The organisation of the industry was truly national.

With the development of a globalised industry this situation has changed dramatically. The reason for this change is that the business succeeded in building an infrastructure which turned the proximity of the

location of the production of goods to the customer into a less and less important factor. The container traffic has reduced transportation costs dramatically to such an extent that, for example, the transportation costs from China to Europe per unit of product do not really matter compared with the final selling price. Internet, and e-mails in particular, allow quick and efficient communication regardless of the location of the enterprise and the customer. New business structures emerge and virtual markets as well, e.g. in financial services, where a 24-hour-business is guaranteed. To cope with this growth the business developed virtual organisations in which the entrepreneur's seat is not easily identifiable. Again, example of this are financial services, where people working together at the same deal may be located in Frankfurt, London, New York, Tokyo and Singapore.

This new infrastructure enables companies to offer products and services on a worldwide basis regardless of where the production plant or the people providing the services are situated. Purchase offers are sent through internet, the product is produced somewhere in the world and transported by the cheap container service around the globe to the customer. In addition, the globalisation has changed customers' taste so that close contact to the specialities of the local market becomes less important. For this reason, globalised products and trade marks such as Coca Cola and McDonalds are some of the most successful business concepts in the world.

If, due to these reasons, the proximity of the business to the market and the customer is not any longer an important factor, then the business is allowed to look for a new location. The decision on where to locate a business, a production plant, a selling activity is than dominated by cost aspects – other factors have lost importance. Historically, an enterprise operating in a certain market and being subject to a certain cost structure had to stand the competition of other enterprises who were located in the same market and had to operate under a similar cost structure. For example, a German manufacturer had to take into account only competitors who operated in Germany as well or in adjacent countries such as Benelux and France – all of these enterprises had more or less the same cost structure. In a globalised business world, however, each European business is faced with competition from all over the world; and this means, starting from low-cost countries like China and India. European enterprises can therefore only survive if they struggle for the lowest cost level possible.

This development is threatening Germany, in a high degree, for it is a state with a high cost and tax level. After the fall of the iron curtain,

Germany is bordered on the east by states which have a low cost and low tax structure. These States, such as Poland, the Czech Republic, Slovakia, Slovenia and Hungary are EU Member States, have a good infrastructure (comparable to that of Germany), a stable political and legal system and offer lower labour and social security costs as well as lower tax rates than Germany. Not surprisingly there is a strong tendency of businesses to shift the production base in these countries. One recent and very striking example in these years is that of the production of mobile phones by Nokia. A couple of years ago Nokia had built a very modern and efficient plant in the German town of Bochum, partly financed by high subsidies by the German government. Now, they have closed the plant and transferred the production to Romania due to lower cost level. The surprising issue is that the German plant operated very successfully and was profitable; however, the new plant in Romania offered even higher profits. This example shows that business is prepared to shift production and jobs light-heartedly to locations which promise the best profits and that the location for a business in many cases depends on cost levels only. These cost levels are not only made up by labour costs and costs of the social security system but also by tax costs. The business' need for lower costs therefore gives birth to a tax competition between States.

In former times Germany had defended itself against this situation through the use of high legal exit barriers for the business. High exit taxes were introduced causing the transfer of seat from Germany to a foreign country to turn into a particularly expensive operation. Certain specific rules of our corporate law made it virtually impossible for a company to shift its head office into another state. Tax laws introduced a sort of "exit tax" which in many cases was unbearable. We will hear more about these barriers in the presentations. Economic barriers such as insufficient infrastructure, the lack of a skilled workforce in the low-cost countries and high transportation costs worked in the same direction. These barriers which have started to create a "fortress Germany" are now more or less gone and destroyed by the legal and economic development. The cause of this development is, together with the expansion of a globalised economy, the European Community. The European Treaty, Directives of the EC as well as decisions of the European Court of Justice have made any legal "wall" against the exit of companies ineffective. The European treaty guarantees free movement of businesses and of capital. Directives that must be mentioned are the Merger Directive, which allows cross-border merger and

place of management transfer. The European Court of Justice has made a number of German laws against exit of companies or against transfer of profits into a foreign country inapplicable, at least within the European Community. These decisions are namely *Überseering*, *Lasteyrie du Saillant*, *Cadbury Schweppes* and *Sevic*. The European Court of Justice has repeatedly decided that the protection of the own industry, of own jobs and own tax revenues are not sufficient to restrict the basic freedoms. In addition, Customs are no longer a tool used to enforce a production of goods in the own state. With the economic development I have mentioned in the beginning, namely the low transportation costs and the world-wide communication network, an economy like Germany is open to all sorts of attacks from producers of low-cost countries. Very often, German enterprises have to choose between either losing this competition or moving the production in low-cost countries as well.

The effects on Germany are at least twofold, which to some extent are connected with each other. On the one side, the German tax revenues are under threat. This development weakens Germany's ability to finance its expensive social security system and to fight against an economic crisis like the present one. One of a German Finance Minister's worst nightmares ever is the Freedom of Capital, which in the European Treaty is guaranteed world-wide. If the European Court of Justice would apply this freedom to States outside the EC under the same terms as to EC member states, capital could flow easily and without any barrier even into tax heavens. German tax officials strongly hope that the ECJ would accept barriers to protect the own, i.e. in this case, European tax base against an erosion in favour of non-member states.

On the other side, the transfer of production into another country turns into job losses, increases the number of unemployed people, reduces the tax revenues and, in addition, increases the costs of the social security system. The result of this is that Germany sometimes feels caught in some sort of vicious circle (*circulus viciosus*).

This situation has a complicated political and, even more far reaching, a constitutional effect. Politically it is difficult to find a clear standpoint on the issues mentioned. On the one hand, Politicians look to the funds under their own control and advocate legal rules to protect the own revenue base. Recently Germany has introduced very tough rules against tax havens. On the other hand, Germany has always benefitted from integration in a world wide business community and especially from the European Community.

Therefore, Germany is a strong supporter of economic integration. Nevertheless, Germany has to face the fact that economic development in Middle and East European Member States will give birth to higher competition for the German industry and that this will happen, to some extent, at the expense of the German labour market and of the German tax revenues.

However, even more threatening, in the long run, is the constitutional issue. So far, the relationship between the state and the taxpayer (legal person or individual) is based on a sort of “social contract”. The state provides the infrastructure and the services required whereas the taxpayer pays the bill. The State’s participation to the taxpayer’s income by means of taxation reflects the taxpayer’s participation in the formation of his political will through his vote. He can elect the party whose proposition of services offered and taxes levied suits him best. In a democratic state, on the other hand, the government once elected by the majority of voters has the right to force the minority to contribute to the costs of the political promises done in the election even if this minority would have preferred a different policy. The democratic process justifies the tax burden levied by government and parliament on the tax payer – “no taxation without representation”. Therefore, the taxpayer has only the “voice option”, i.e. to utter his view in the different elections on local, state, federation and, nowadays, on union level, or, more informally, to influence government by lobbyism.

The globalised environment has changed this relationship dramatically. Nowadays, the tax payer not only has the “voice option” due to participation in the elections but, in addition, he has an “exit option”. He can freely move to another state within the European Union if he feels that his own state asks too much taxes or spends money on services and infrastructure he feels he does not need. That does not only apply to businesses and corporations but also to individuals – quite a number of elder people leave Germany every year to run a life in a region with better weather and climate conditions, especially Spain. More important however is the possibility for enterprises to escape the pressure of taxation, felt to be too high. The minority of tax payers which would have preferred a lower tax burden at the cost of a lower level of infrastructure and services in the country they operate now do not have to comply with the wishes of the majority but they can choose another country with the level of taxes and services provided which suits their needs better. The business is not forced any longer to accept the result of political decisions. The State, on the other hand, cannot be sure to carry out decisions for the underlying facts may quickly change due to

emigration of the business as reaction to political decisions unfavourable to them. To some extent, the abovementioned “social contract” can now be dissolved. There are virtually no ways and means for the government to fight against this development – each government is helpless against market strength.

As an effect, the industrialised states are forced, for the first time in history I believe, to stand the competition of less developed countries who attract investments by lower cost levels, which means lower tax levels as well. The result is tax competition which in some cases may prove to be disastrous for the States’ revenues, and may even, as it was sometimes formulated, end up in a “race to the bottom”. There is the risk that industrialised States such as Germany may lose the ability to finance their social security system. On the other hand, the State becomes vulnerable against requirements from the businesses, which sometimes can be called pure blackmail, to tailor-make the tax system to the needs of the business or to loose the industrial basis. How a constitutional system can cope with decreasing financial means and therefore social security level on the one hand and high pressure on political decisions from the business on the other hand remains an open question.

I hope I have sufficiently explained to you why the issue of business restructuring is presently the tax topic which arises the highest political attention in Germany. This is not only a German issue: also the OECD has started to discuss these topics and has created a working group in order to develop proposals. I hope that this seminar will help us see different and better views in order to discover the alternative solutions that a State may have in the present globalised environment.

Le operazioni di ristrutturazione delle imprese – Una minaccia per le entrate fiscali tedesche*

Prof. Dr. Gerrit Frotscher**

* Relazione introduttiva al 1st Joint Seminar svoltosi ad Ostia Lido (Roma) il 16 aprile 2010, organizzato dall'Università di Roma Sapienza – Master in Pianificazione Tributaria Internazionale e dall'Università di Amburgo – Master in International Taxation, in collaborazione con la Guardia di Finanza – Corso Superiore di Polizia Tributaria, sul tema “*Taxation of Business Restructuring*”. Traduzione italiana di Pietro Selicato.

** International Tax Institute, University of Hamburg.

Nell'era della globalizzazione e nel contesto di un seminario scientifico il tema attinente alla ristrutturazione aziendale internazionale non ha bisogno di giustificazioni. Con il termine di “ristrutturazione aziendale internazionale” si definisce una serie di norme giuridiche e tecniche di pianificazione fiscale che consentono al contribuente di trasferire le attività commerciali transfrontaliere in un altro paese. Ovviamente, se tassati in modo ordinario, questi trasferimenti sarebbero in concreto scarsamente fattibili. Un trasferimento all'estero tassato al valore di mercato potrebbe infatti generare sul soggetto che lo realizza un carico fiscale talmente elevato da rendere l'operazione irrealizzabile.

La ristrutturazione aziendale transfrontaliera ha assunto importanza solo negli ultimi dieci anni. Si potrebbero individuare una serie di ragioni per spiegare perché la questione sia emersa solo di recente. Tuttavia, tutti questi motivi sono collegati al fenomeno della globalizzazione. Storicamente, un'impresa che operava in prossimità del cliente godeva di notevoli vantaggi economici, in termini di risparmio sulle spese di comunicazione e di trasporto, di conoscenza più approfondita del mercato e delle sue esigenze, e così via. Pertanto, l'industria aveva costruito all'interno di ogni principale mercato una piattaforma di produzione e di vendita, servendo solo i propri clienti all'interno di questo stesso mercato. L'organizzazione del settore era quindi una questione di rilevanza prettamente nazionale.

Con lo sviluppo dell'industria globalizzata questa situazione è cambiata radicalmente: le aziende costruiscono infrastrutture in grado di rendere la vicinanza del luogo di produzione di beni al cliente un fattore poco rilevante. Il “*container traffic*” ha ridotto i costi di trasporto a tal punto che, ad esempio, i costi di trasporto dalla Cina all'Europa per unità di prodotto in realtà non sono considerevoli, se confrontati con il prezzo di vendita finale. Internet, e le e-mails in particolare, hanno reso la comunicazione veloce ed efficiente, indipendentemente dal luogo in cui si trovano impresa e cliente. Emergono nuove strutture di business e di mercati virtuali, ad esempio, nei servizi finanziari, dove è garantito un servizio 24 ore su 24. Per far fronte a questa crescita, si sviluppano organizzazioni virtuali la cui sede non è facilmente identificabile. Ancora una volta, esempi di questo tipo si possono riscontrare in ambito finanziario, dove i soggetti che lavorano insieme per stipulare un accordo possono essere distribuiti tra Francoforte, Londra, New York, Tokyo e Singapore. Tutto ciò consente alle aziende di offrire prodotti e servizi su scala mondiale indipendentemente dal luogo in cui sono situati l'impianto di produzione o le persone che forniscono i servizi. Le offerte di acquisto sono inviate attraverso internet ed il prodotto stesso, situato in qualche parte del mondo, viene trasportato, a buon mercato, dal servizio di container al cliente. Inoltre, la globalizzazione ha cambiato i “gusti” dei clienti; oggi, non è indispensabile che il prodotto sia “locale”. Così, si affermano i cosiddetti “prodotti globalizzati” e marchi come Coca Cola e McDonald's diventano tra i concetti di *business* di maggior successo al mondo.

Se, a causa di questi motivi, viene meno il fattore della vicinanza del *business* al mercato ed al cliente, l'attività può spostarsi in sedi nuove, diverse. La decisione su dove localizzare un business, un impianto di produzione, una attività di vendita è per lo più dominata da aspetti di carattere economico mentre altri fattori hanno perso importanza. Storicamente, l'impresa operante in un determinato mercato e soggetta a determinati costi, doveva sopportare la concorrenza delle altre imprese che si trovavano nello stesso mercato. Ad esempio, un produttore tedesco ha dovuto prendere in considerazione solo le imprese concorrenti che operavano in Germania o in paesi confinanti come il Benelux e la Francia – tutte queste imprese presentavano più o meno la stessa struttura dei costi. In un mondo del lavoro globalizzato, tuttavia, qualunque forma di *business* europeo deve affrontare la concorrenza di tutto il mondo, e nel termine “tutto” si comprendono i Paesi a basso costo come Cina e India. Le imprese europee

possono quindi sperare di sopravvivere solo lottando per ottenere il livello di costi più basso possibile.

Questa evoluzione sta minacciando fortemente la Germania, in cui i costi di produzione e il livello della pressione fiscale sono molto elevati. Dopo la caduta della cortina di ferro, la Germania confina a est con Stati che hanno costi di produzione bassissimi e un altrettanto basso livello di pressione fiscale. Questi Stati, come la Polonia, la Repubblica Ceca, Slovacchia, Slovenia e Ungheria sono Stati membri della CE, hanno una buona infrastruttura (paragonabile a quella della Germania), un sistema politico e legale stabile e, soprattutto, hanno il vantaggio di offrire costi del lavoro bassissimi, contributi sociale, nonché aliquote fiscali competitive (molto più basse rispetto alla Germania). Non sorprende dunque che vi sia una forte tendenza delle aziende a spostare la loro base produttiva in questi paesi. Un esempio recente è quello della produzione di telefoni cellulari Nokia. Un paio di anni fa, Nokia aveva costruito un modernissimo ed efficiente impianto nella città tedesca di Bochum, in parte finanziato dagli elevati sussidi del governo tedesco. Oggi, l'impianto è stato chiuso e la produzione è stata trasferita in Romania. Lo stabilimento tedesco operava con grande successo ed ha generato profitti. Tuttavia, il nuovo impianto in Romania consente di ottenere profitti ancora più elevati. Questo esempio dimostra che l'impresa è disposta a spostare produzione e posti di lavoro con grande facilità qualora le nuove localizzazioni promettano migliori risultati economici. È possibile affermare, quindi, che la scelta della sede aziendale il più delle volte si traduce in una ricerca del più basso livello dei costi possibile.

I livelli di costo non sono costituiti solamente dai costi di manodopera e dai costi del sistema di sicurezza sociale, ma anche dagli oneri fiscali. La necessità di ridurre i costi genera concorrenza fiscale tra gli Stati coinvolti. In passato la stessa Germania si era difesa da questa situazione attraverso l'uso di vere e proprie "barriere", ossia tassando pesantemente le imprese che trasferivano la loro sede dalla Germania all'estero. Alcune norme specifiche del nostro diritto societario hanno reso concretamente quasi impossibile il trasferimento della sede principale di una società in un altro Stato. Le leggi fiscali hanno introdotto una sorta di "tassa in uscita" che, il più delle volte, raggiunge livelli insostenibili. Sentiremo di più su detti ostacoli nelle prossime presentazioni.

Nella stessa direzione si muovevano gli ostacoli di tipo economico, come le infrastrutture insufficienti, la mancanza di manodopera qualificata nei paesi a basso costo, ed elevati costi di trasporto. Queste barriere hanno isolato

la Germania in una vera e propria “fortezza” ma sono andate sgretolandosi con il progredire dello sviluppo economico e giuridico. La causa di questo sviluppo è rinvenibile tanto nell’espansione di un’economia globalizzata quanto nell’affermarsi della Comunità Europea. Il Trattato europeo, le direttive della CE, nonché le decisioni della Corte di Giustizia Europea hanno determinato l’inefficacia di qualsiasi “barriera” legale volta ad ostacolare il trasferimento di società. Il Trattato europeo garantisce la libera circolazione delle imprese e dei capitali. È utile a questo punto richiamare la direttiva sulle fusioni, che consente la fusione transfrontaliera ed il *transfer* del luogo di gestione. Alcune pronunce della Corte di Giustizia Europea (*Überseering*, *Lasteyrie du Saillant*, *Cadbury Schweppes* e *Sevic*) hanno determinato l’inapplicabilità, almeno all’interno della Comunità europea, di una serie di leggi tedesche contro il trasferimento delle società, o dei suoi profitti, in un Paese straniero. La Corte di Giustizia Europea ha più volte statuito che l’esigenza di tutela della propria industria, dei propri posti di lavoro e delle proprie entrate fiscali non è sufficiente a limitare le libertà fondamentali. Inoltre, le dogane non sono più utilizzate quale strumento per imporre una determinata produzione di merci all’interno del proprio Stato.

Con il progredire dello sviluppo economico di cui si è trattato all’inizio della presentazione (e con l’allargarsi della rete di comunicazione e l’abbassarsi dei costi di trasporto), la Germania si è resa vulnerabile agli attacchi da parte dei produttori dei paesi a basso costo. Molto spesso, le imprese tedesche devono scegliere se spostare la produzione nei paesi a basso costo o se lasciarsi schiacciare da questa lotta ad armi impari. Le ripercussioni sulla Germania sono duplici ed in qualche modo collegate tra loro. Da un lato, le entrate fiscali tedesche sono in pericolo. Lo sviluppo economico infatti indebolisce la capacità della Germania di finanziare il suo costoso sistema di sicurezza sociale e di lottare contro una fortissima crisi come quella attuale. Uno dei peggiori incubi che da sempre turba il sonno del Ministro delle Finanze tedesco è quello della libertà di circolazione in tutto il mondo dei capitali, garantito dal Trattato europeo ai residenti di tutti gli Stati appartenenti alla CE. Se la Corte di Giustizia Europea applicasse questa stessa libertà agli Stati non appartenenti all’UE alle stesse condizioni degli Stati membri, il capitale fluirebbe facilmente e senza alcuna barriera anche in paradisi fiscali. È per questo motivo che l’amministrazione finanziaria tedesca non può che sperare vivamente che la Corte continui ad innalzare e proteggere le barriere che proteggono la base imponibile degli Stati membri dalla sua erosione a favore di Stati non membri.

D'altro canto, il trasferimento della produzione in un altro Paese si traduce in perdita di occupazione riduce il gettito fiscale e, inoltre, aumenta i costi del sistema di sicurezza sociale. Di conseguenza, si ha la sensazione di essere invischiati in una sorta di circolo vizioso (*circulus viciosus*). Questa situazione presenta complicati risvolti politici e, di ancor più ampia portata, costituzionali. Politicamente è difficile riscontrare una posizione chiara sulle questioni citate. Da un lato, i politici prestano attenzione ai fondi che ricadono sotto il loro controllo, elaborando norme giuridiche al fine di proteggere le proprie entrate. Recentemente la Germania ha introdotto regole molto rigide contro i paradisi fiscali. Avendo da sempre beneficiato dell'integrazione nella Comunità europea, la Germania è una forte sostenitrice dell'integrazione economica. Tuttavia, in Germania si deve acquisire consapevolezza sullo sviluppo economico in Medio Oriente ed europeo (degli stati membri), prendendo atto che ciò darà vita a maggiore concorrenza per l'industria tedesca e che questo accadrà, in qualche misura, a spese del mercato del lavoro tedesco e della tassa sui ricavi.

Ancora più minacciosa, nel lungo periodo, appare la questione costituzionale. Finora, il rapporto tra lo Stato ed il contribuente (persona giuridica o fisica che sia) si è basato su una sorta di "contratto sociale". Lo stato fornisce l'infrastruttura ed i servizi necessari; il contribuente, poi, "paga il conto"! La partecipazione dello Stato al reddito del contribuente attraverso l'imposizione riflette la partecipazione del contribuente nella formazione della sua volontà politica attraverso la sua manifestazione di voto. Il contribuente è libero di scegliere il partito che, in base ai servizi offerti e le imposte richieste, gli è più congeniale. In uno stato democratico, d'altra parte, il governo, una volta eletto dalla maggioranza degli elettori, ha il diritto di imporre alla minoranza i costi delle politiche adottate, indipendentemente dal fatto che queste politiche siano o meno volute dalla minoranza. Il processo democratico giustifica gli oneri fiscali riscossi da governo e parlamento ("*no taxation without representation*"). Pertanto, il contribuente ha l'opportunità di esprimere la sua opinione in sede di elezioni a livello locale, statale, federale, e, oggi, sindacale, oppure, più informalmente, di influenzare il governo attraverso il lobbismo. Il mondo globalizzato ha cambiato questo rapporto in modo drammatico. Oggi, il contribuente non solo partecipa alle elezioni, ma ha una sorta di "opzione di uscita". Il contribuente, cioè, può muoversi liberamente in un altro Stato all'interno della Comunità europea qualora ritenga che il suo stato pretenda tasse troppo alte o spenda risorse in servizi e infrastrutture di cui non sente il bisogno. Questo non vale solo per le im-

prese e le aziende ma anche in riferimento ai privati – un certo numero di anziani ogni anno decide di lasciare la Germania per regioni che presentano condizioni climatiche più favorevoli come la Spagna. Conseguenza fondamentale ai fini della nostra digressione è che il sistema europeo così congegnato consente alle imprese di sfuggire alla pressione fiscale, ritenuta troppo elevata. La minoranza dei contribuenti che avrebbero preferito un onere fiscale inferiore a fronte di un livello inferiore di infrastrutture e servizi nel Paese in cui operano oggi non sono tenuti a rispettare la volontà della maggioranza ma possono scegliere di spostarsi in un altro paese dove le imposte ed i servizi forniti meglio si adattano alle loro esigenze. L'impresa, quindi, non è più costretta ad accettare il risultato di decisioni politiche. Lo Stato, d'altro canto, non può essere sicuro di riuscire a portare a compimento le decisioni adottate: la realtà delle cose può mutare rapidamente a causa dello spostamento di attività come reazione a decisioni politiche poco favorevoli. Ora, il succitato "contratto sociale" può essere sciolto. Il governo non dispone di modi e mezzi efficaci per lottare contro questo sviluppo – ogni governo è impotente contro la forza del mercato. Di conseguenza, i paesi industrializzati sono costretti, per la prima volta nella storia credo, ad allentare la morsa impositiva al fine di poter sostenere la concorrenza dei paesi meno sviluppati che, grazie ai bassi livelli di costi, richiamano investimenti dall'estero. Il risultato è una concorrenza fiscale che in alcuni casi potrebbe rivelarsi disastrosa per gli Stati, e che può anche, come è stato detto in passato, tradursi in una "corsa verso il basso". C'è il rischio che gli Stati industrializzati come la Germania possano perdere la capacità di finanziare il loro sistema di sicurezza sociale. D'altra parte, lo Stato risulta indebolito dalle richieste delle imprese, che a volte si traducono in veri e propri "ricatti su misura" tali da rendere il sistema fiscale un sistema "su misura" per le esigenze di *business*. Resta ancora aperta la questione sul come conciliare all'interno di un sistema costituzionale, da un lato, la diminuzione dei mezzi finanziari e il livello di sicurezza sociale, e, dall'altro, l'alta pressione esercitata dalle imprese sulle decisioni politiche. Spero di aver sufficientemente spiegato il motivo per cui il problema della ristrutturazione delle imprese è attualmente il tema fiscale che richiama la massima attenzione politica in Germania. Questo non è solo un problema tedesco: anche l'OCSE ha iniziato a discutere di questi temi e ha creato un gruppo di lavoro al fine di elaborare proposte utili. Mi auguro che questo seminario ci possa aiutare a scoprire nuove prospettive nell'analizzare le soluzioni alternative che si possono prospettare nell'attuale contesto globalizzato.

Taxation of business restructuring: a comparative analysis between Italian and German legislations*

Pietro Selicato

* Introductory speech at the 1st Joint Seminar organized by the University of Rome Sapienza – Master in Pianificazione Tributaria Internazionale and the University of Hamburg – Master in International Taxation, in cooperation with the Guardia di Finanza, High School of Tax Police, on the topic “Taxation of Business Restructuring”, held in Ostia Lido (Rome), on the 16th April 2010. Edited in English by the author.

CONTENTS: *1. Words of thanks; 2. Methodological premises; 3. Taxation of business restructuring between two opposite needs: remove tax obstacles or counteract tax avoidance? The Italian perspective; 4. Critical issues*

1. Words of Thanks

Mr. Commander, Officers, Colleagues, kind Guests,

First of all, I want to express all of my gratitude to General Saverio Capolupo Chief of the School of Tax Police who enthusiastically authorized our initiative and gave us his generous hospitality. It is thanks to his intuitive understanding on the importance of studying comparative tax law in direct confrontation with people from other countries that we are here today. I am also really grateful to Colonel Bruno Biagi, Chief of the High Course of Tax Police who immediately agreed to our project and decided to include it in the program of my course of comparative tax law here at the School. And many thanks to Colonel Vincenzo Vellucci, Chief of the Ceremonial staff of the School, who coordinated so carefully the organization of this event.

Before starting our work it is right and proper to make clear that it was Prof. Gerrit Frotscher who had the idea of carrying out annual Joint Seminars on topics of international, European and comparative tax law together with us.

He immediately perceived the big opportunities that we could seize by putting together the efforts, the skills, and the knowledge of our Master courses.

On this regard, I think it is appropriate to quote Maurizio Lupoi, an authoritative Italian scholar of comparative law, who wrote that «comparison is a travel and comparator is a traveler. He travels to tell. He travels to understand himself and the others». Prof. Frotscher, thank You very much for travelling as far as here, giving us such a significant contribution to the comparative studies between German and Italian tax legislation.

Last but not least, I think that all of us should be grateful to the participants of the working group, who are the real protagonists of this day. In the last months they have carried out such an important work on the single sub-topics, making a great effort to prepare their presentations on time for today and drafting very interesting papers that shall be published in the *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*. I strongly believe that in hearing them today the audience will be stimulated to make useful suggestions.

2. Methodological premises

Coming to the specific object of my presentation, I want to recall the conference on “Comparison in tax law: methods, applications and orientations in the international ambit” organized eight years ago in Rome by the Master in Pianificazione Tributaria Internazionale and the High School Of Economy and Finance “Ezio Vanoni”. The purpose of the conference was to investigate both on the methodologies and on the applications of comparative tax law in the European Union area.

Today’s Seminar aims at demonstrating that comparison in tax law is not only a theoretical matter but widely involves practical issues. In this perspective, it is necessary to point out some issues related to the method that we followed in our research.

The working groups

In order to prepare this Seminar we based our work on a genuine comparative approach. The mixed structure of each sub-working group is the first expression of this approach. Each sub-topic has been assigned to a sub-working group formed both by German and an Italian researchers, who

examined it from their respective viewpoints sharing their conclusions on the problems that came up.

I am very happy to notice that, despite the distance and irrespective of the different nationality, profession and age of its members, people from Germany and Italy worked together several months to prepare their presentations. Thanks to this, each sub-WG will appear to the audience as a single group (or, at least, I hope so).

The language

Studying and comparing a foreign law needs to deal with a foreign language. Normally, the best solution is to use the language of the national law that has to be compared.

In this case we chose the English language to communicate between us and to prepare the presentations, being English normally used within the EATLP (European Association of Tax Law Professors), where we met and worked together with professor Frotscher.

Furthermore, the international supremacy of English language is universally recognized since a long time. It is enough to remember on this regard that at the closing session of the Inter-Asian Relations Conference held in New Delhi on April 2, 1947 Mohandas Kharamchand Gandhi (known as Mahatma) said that «for international commerce, undoubtedly English occupies the first place».

Actually, the last International language that we can remember had its origins in Italy. In fact, in ancient times the Latin language was spoken in all the countries included in the Roman Empire (the colonies).

But nowadays it is easy to see that a new International language has spread all over the world: it is the International Juridical English, a new “*lingua mercatoria*” used in order to enforce the new “*lex mercatoria*”. This new global language has been created by the same International organizations who have the competence to introduce the international tax rules (in our subject a big contribution in this direction is given by the OECD).

Moreover, it is a matter of fact that the European Commission as well is increasing the use of English language, regardless that article 342 of the TFEU, Treaty on the Functioning of the European Union (article 290 of the TEU, Treaty establishing the European Community) rules that all languages of Member States are official languages of the Union.

The interpretative criteria

The tax regime of EU cross-border business restructurings has its legal base in Directives of the European Council (the Directive no. 90/434/EEC of 23 July 1990, named Merger Directive, has been integrated by Directive no. 2005/19/EC and Directive no. 2009/133/EC). The Directives have been implemented in the National legislations of the EU Member States.

I must point out that all of the European Directives' (included those having fiscal contents) main purpose is to realize the single market, ensuring the freedom of movement of goods, persons, services and capitals in a competitive environment (article 26, par. 2, TFEU, article 14, par. 2, TEU). For this reason, the whole EU Law has been interpreted by the ECJ in the light of the economic background of the Treaty. The Court usually adopts this criterion according to the principles of the "*useful effect*" and the "*necessary effect*".

It is generally recognized that National rules that implement an EU Directive (whatever is the Member State) also need to be interpreted according to these criteria.

The domestic sources

An important part of the presentations is dedicated to the assessment of the legal basis of our subject. It is very interesting to observe that in this subject, especially in the Italian system, there is a big difference between the "law in action" and the "law in the book". In fact, in our country we can see that anti avoidance rules on taxation of business restructuring provide a special preliminary administrative procedure (the so called "*interpello*") settled by a ruling of the competent tax office.

As we will see, the Italian tax administration gives a large number of rulings each year and their conclusions are often different. The reasons of why this happens can be found (i) in the particular nature of the single situations and (ii) in the way in which these situations are represented and demonstrated by the taxpayer in his/her request to the tax office.

Although the effect of these rulings is explicitly limited to the decided case, the Italian taxpayers give a certain importance to them due to the good faith principle. According to my information, the need to respect the good faith principle ("*treu un glauben*") is ruled from a long time in Germany. According to the German law, this happens at least when the administration makes use of a discretionary power.

From what I know, a compulsory pre-judiciary proceeding plays an important role in Germany as well. In this proceeding it is the same tax administration who made the tax assessment, or the higher level tax administration office, rather than a special administration specifically charged of the audit, that re-states on the tax assessment.

I am sure that our speakers (or, at least, Professor Frotscher in the debate) will give us some more information on this regard.

International sources

Very often, taxation of cross-border business restructurings is ruled by non-legislative sources included in the international law.

We must recall the OECD “*Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*”, approved by the Committee on Fiscal Affairs on 27 June 1995. The Guidelines are intended to help tax administrations (of both OECD Member countries and non-Member countries) and Multinational Enterprises (MNE’s) by indicating ways to find mutually satisfactory solutions to transfer pricing cases.

Indeed, the Guidelines have been approved by recommendations, determining a certain binding effect for all the OECD Member States, unless they don’t disagree on some provisions by mean of specific reservations. Moreover, the Guidelines have been officially recognized by the Italian Supreme Court (Judg. No. 22.023/06) as a valid source for the interpretation of the arm’s length principle.

Nevertheless, the OECD Guidelines simply analyze from a general point of view the different methods used to evaluate whether the conditions of commercial and financial relationships within a MNE satisfy the arm’s length principle. Therefore, they only deal with technical issues and cannot be considered to have a full nature of source of law, although we can consider them as a kind of “best practices” (or a “soft law”) in the assessment of the arm’s length.

3. Taxation of business restructuring between two opposite needs: remove tax obstacles or counteract tax avoidance? the Italian perspective

I cannot enter the specific topic of our Seminar, and I don’t want to, because this is our speakers’ job! But I think that it could be useful to make some preliminary remarks about it.

The topic we have chosen is very important in this moment due to the economical and financial crisis of the last two years: to face it in a better way, enterprises need to modify their structure, both in a domestic and in an European environment, without suffering the burden of taxation.

Moreover, the European legislation requires the Member States to be compliant with the fundamental freedoms of movement provided by the Treaty. As stated in its preamble, the aim of the Merger Directive is to remove the tax obstacles that prevent from realizing neutrality of cross-border business restructuring.

Despite that, according to article 11(1.a) of the Merger Directive (as amended by the Directive of 17 February 2005, no. 2005/19/EC), "A Member State may refuse to apply or withdraw the benefit of all or any article of the provisions of Titles II, III and IV where it appears that the merger, division, transfer of assets or exchange of shares: (a) has as its principal objective or as one of its principal objectives tax evasion or tax avoidance; the fact that one of the operations referred to in Article 1 is not carried out for valid commercial reasons such as the restructuring or rationalization of the activities of the companies participating in the operation may constitute a presumption that the operation has tax evasion or tax avoidance as its principal objective or as one of its principal objectives".

In Italy this problem has been widely discussed in the past years, since one could think that the Italian tax administration was oriented to consider that more or less all of the restructuring operations were carried out for tax avoidance or tax evasion reasons (see, for example, the positions expressed at the end of the eighties by the Se.C.I.T., the Italian Central Service of Tax Inspectors, which has been suppressed few years ago).

To narrow down this mistrust by the tax administration, the Italian legislator has approved detailed anti avoidance rules, but the problem has not been solved yet, as shown by the impressive number of rulings released in this subject.

4. Critical issues

It is not the moment to draw any conclusion. We can do it better at the end of this day. But it could be important to sort out a few points that our speakers will deepen in their presentations from the beginning.

4.1 As a first outcome of our work it can be pointed out that the German and Italian systems of taxation of business restructurings are ruled in a quite different way. And it is very interesting to notice that the Italian tax system is less strict than the German one, although us Italians like to think that our system is more detailed (according to some: far too much detailed) than the other Member State's tax systems. From this point of view, I recall the German rule on the transfer of assets to a foreign permanent establishment, which will be later analyzed and compared with the Italian legislation (which has not a similar provision), under Sub-topic 5.

4.2. Another point that must be enhanced is related to the moment in which a restructuring operation can be considered formally done (analyzed in the Sub-topic 4). This point is important in case the business restructuring operation gives rise to a shifting of the residence of a company changing its tax regime. According to the general theory of comparative law, in order to solve this problem a complete knowledge of the company laws of the two States is needed. The general theory of comparison, in fact, recommends to deepen the context of the rules that need to be compared.

4.3 The Italian presentation on transfer pricing (Sub-topic 3) will put in evidence that in our legislation we have lack of codified rules on transfer pricing practices (not only for Business restructuring). I think that this situation is similar to the German one, due to the common international base (OECD Guidelines). But are we sure that we really need a more strict regulation?

Thank You for Your kind attention.

La tassazione delle operazioni di ristrutturazione aziendale: normativa italiana e tedesca a confronto*

Pietro Selicato

* Relazione introduttiva al 1st Joint Seminar svoltosi ad Ostia Lido (Roma) il 16 aprile 2010, organizzato dall'Università di Roma Sapienza – Master in Pianificazione Tributaria Internazionale e dall'Università di Amburgo – Master in International Taxation, in collaborazione con la Guardia di Finanza – Corso Superiore di Polizia Tributaria, sul tema “Taxation of Business Restructuring”.

SOMMARIO: 1. Ringraziamenti; 2. Premesse metodologiche; 3. La tassazione delle operazioni di ristrutturazione tra opposte esigenze: eliminare gli ostacoli fiscali o contrastare l'elusione fiscale? La prospettiva italiana; 4. Spunti critici

1. Ringraziamenti

Signor Comandante, Ufficiali, Colleghi, gentili Ospiti,

Desidero innanzi tutto esprimere tutta la mia gratitudine al Comandante della Scuola di Polizia Tributaria, Generale Saverio Capolupo, che ha autorizzato subito con grande entusiasmo la nostra iniziativa offrendo la Sua generosa ospitalità. È, infatti, grazie alla Sua prontezza nella comprensione dell'importanza del confronto diretto con gli studiosi di altri Paesi nello studio comparato del diritto tributario che si è reso possibile questo incontro. Sono anche molto grato al Colonnello Bruno Biagi, Comandante del Corso Superiore di Polizia Tributaria, che ha aderito immediatamente al nostro progetto decidendo di includerlo nel programma del Corso di Diritto Tributario Comparato da me tenuto per gli Ufficiali del Corso Superiore. E ringrazio anche il Colonnello Vincenzo Vellucci, Capo del Cerimoniale della Scuola, che ha coordinato con grande cura l'organizzazione di questo evento.

Prima di entrare nel vivo del nostro lavoro, ritengo corretto, inoltre, chiarire che è stato il Prof. Gerrit Frötscher, Direttore del Master in International Taxation dell'Università di Amburgo, ad avere l'idea di organizzare annualmente un seminario congiunto per i frequentatori dei nostri due Master su tematiche di diritto tributario internazionale, europeo e comparato, riscontrando le grandi opportunità che avremmo potuto cogliere mettendo in comune i nostri sforzi, le nostre competenze e le nostre conoscenze.

A questo proposito credo sia appropriato riportare le parole di Maurizio Lupoi, uno tra i più autorevoli studiosi italiani del diritto comparato, per il quale «la comparazione è un viaggio e il comparatista è un viaggiatore. Egli viaggia per raccontare. Egli viaggia per comprendere se stesso e gli altri». Professor Frötscher, grazie davvero per aver viaggiato fin qui e per averci offerto un così importante contributo nello studio comparato della legislazione fiscale tedesca.

Last but not least, credo che tutti noi dovremmo essere grati ai componenti del gruppo di lavoro, che sono i veri protagonisti di questa giornata di studi. Nei mesi scorsi, essi hanno compiuto un grande sforzo per preparare nel breve tempo a loro disposizione le presentazioni sui singoli sottotemi. I loro lavori saranno pubblicati prossimamente sulla *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*. Anche in questa prospettiva, sono convinto che l'incontro di oggi offrirà al pubblico l'occasione di formulare stimolanti suggerimenti al fine di completare il nostro lavoro.

2. Premesse metodologiche

Venendo all'oggetto specifico della mia presentazione, vorrei ricordare che, ben otto anni fa, il Master in Pianificazione Tributaria Internazionale e la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze "Ezio Vanoni", organizzò a Roma una conferenza sulla "*Comparazione nel diritto tributario: metodi, applicazioni e orientamenti in ambito internazionale*". Scopo della conferenza era di indagare sia sulle metodologie che sulle applicazioni del diritto tributario comparato in ambito UE. Oggi, l'obiettivo sarà dimostrare che la comparazione nel diritto tributario non può essere letta solo in chiave teorica poiché coinvolge ampiamente questioni pratiche. In questa prospettiva, è necessario chiarire alcuni punti relativi al metodo che abbiamo seguito per realizzare la nostra ricerca.

I gruppi di lavoro

Il nostro lavoro si è basato su di un vero e proprio approccio comparativo. La struttura mista di ogni gruppo di lavoro ne è la prima espressione: ogni sotto-tema è stato assegnato ad un gruppo di lavoro costituito in parte da ricercatori tedeschi, in parte da ricercatori italiani i quali hanno esaminato l'argomento dai rispettivi punti di vista, condividendo le loro conclusioni sui problemi che emergevano *in itinere*. Sono molto lieto di notare che, nonostante la distanza e indipendentemente dalle diverse nazionalità, professioni ed età dei suoi componenti, in parte tedeschi e in parte italiani, hanno lavorato insieme per diversi mesi al fine di elaborare le loro presentazioni. È grazie a questo "lavoro di squadra" che ogni gruppo si presenta in modo unitario e mi auguro che sia questa la sensazione che raccoglierà l'uditorio alla fine della giornata.

Il linguaggio

Al fine di studiare e confrontare un diritto straniero è necessario utilizzare una lingua straniera. Normalmente, la soluzione migliore è utilizzare la lingua della legge nazionale che deve essere confrontata. In occasione di questo Seminario abbiamo scelto la lingua inglese per comunicare tra di noi e per elaborare le presentazioni, essendo l'inglese la lingua in uso nella EATLP (*European Association of Tax Law Professors*), sede di nostri precedenti incontri con il Professor Frötscher. Il primato internazionale dell'inglese è universalmente riconosciuto da tempo. Basti ricordare in proposito che, nella sessione di chiusura della Conferenza sui rapporti inter-asiatici tenutasi a Nuova Delhi il 2 aprile 1947, anche Mohandas Gandhi Kharanchand (conosciuto come Mahatma) affermò che «per il commercio internazionale, indubbiamente inglese occupa il primo posto».

In realtà, l'ultima lingua internazionale che ricordiamo ha avuto origine in Italia. In effetti, nei tempi antichi la lingua latina era parlata in tutti i paesi facenti parte dell'Impero Romano e nelle sue colonie: praticamente tutto il mondo conosciuto e civilizzato. Ai nostri giorni, non è possibile ignorare l'enorme diffusione che ha avuto un nuovo linguaggio: è l'inglese giuridico internazionale, una nuova "*lingua mercatoria*" utilizzata al fine di far rispettare la nuova "*lex mercatoria*". Questa "lingua globale" è stata creata dalle stesse organizzazioni internazionali che hanno la competenza di adottare le norme fiscali internazionali (nella nostra materia un grande

contributo in questa direzione è dato dall'OCSE). Inoltre, l'uso della lingua inglese è in aumento presso la Commissione Europea, e questo a prescindere dal dettato dell'articolo 342 del TFUE, Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (articolo 290 del Trattato che istituisce la Comunità Europea), dove si legge che tutte le lingue degli Stati membri sono lingue ufficiali dell'Unione.

I criteri interpretativi

Il regime fiscale delle ristrutturazioni transfrontaliere dell'UE trova la sua base giuridica nelle direttive del Consiglio Europeo (la direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990, denominata direttiva sulle fusioni, è stata integrata dalla direttiva no. 2005/19/CE e dalla direttiva no. 2009/133/CE), adottate dagli Stati membri dell'Unione con apposite leggi nazionali. È doveroso sottolineare che tutte le direttive europee (comprese quelle aventi contenuto fiscale) hanno lo scopo principale di realizzare il mercato unico, garantendo la libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali in un ambiente concorrenziale (art. 26, par. 2 TFUE, l'articolo 14, par. 2, del TUE). Per questo motivo, la Corte di Giustizia Europea ha interpretato ogni norma del diritto europeo alla luce del contesto economico del Trattato. Di solito la Corte adotta questo criterio sulla base dei cosiddetti principi di "effetto utile" e di "effetto necessario". È generalmente riconosciuto che le norme nazionali attuative di una direttiva UE (qualunque sia lo Stato membro) devono essere interpretati secondo questi criteri.

Le fonti interne

Una parte rilevante delle presentazioni è dedicata all'analisi delle basi giuridiche della materia in oggetto. È molto interessante osservare, soprattutto nel sistema italiano, la grande differenza tra la "*law in action*" e la "*law in the book*". In Italia infatti le norme antievasione in materia di tassazione della ristrutturazione delle imprese prevedono l'instaurazione di una procedura amministrativa preliminare (il cosiddetto "interpello") che si conclude con un parere dell'ufficio fiscale competente. Come vedremo in seguito, l'amministrazione fiscale italiana si pronuncia ogni anno su di un gran numero di interpelli ma le loro conclusioni sono spesso diverse.

La ragioni di ciò può rintracciarsi (i) nella particolare natura delle singole situazioni concrete e (ii) nel modo in cui i singoli casi vengono riportati e dimostrati dal contribuente all'atto della richiesta del parere all'Ufficio. Anche se l'effetto degli interpelli è esplicitamente limitato al caso deciso, i contribuenti italiani riconoscono una certa importanza all'istituto in virtù del principio di buona fede. In base alle mie conoscenze posso affermare che la necessità di rispettare il principio di buona fede ("*treu un glauben*") è sentita da lungo tempo in Germania. Secondo la legge tedesca, infatti, questo accade almeno nel caso in cui l'amministrazione faccia uso di un potere discrezionale. Anche il sistema tedesco prevede l'esistenza di un procedimento pre-contenzioso obbligatorio. Nel suddetto procedimento è la stessa amministrazione che ha effettuato l'accertamento fiscale, o l'amministrazione fiscale di un livello superiore, oppure ancora una amministrazione straordinaria specificatamente incaricata del controllo, che statuisce nuovamente sull'accertamento fiscale. Sono sicuro che i nostri relatori (o almeno, il professor Frötscher nel dibattito), non mancheranno di fornirci qualche informazione in più su questo tema.

Fonti internazionali

Molto spesso, la tassazione delle ristrutturazioni transfrontaliere è governata da fonti non legislative che compongono il diritto internazionale. In questo senso, è facile richiamare le Linee Guida dell'OCSE sui prezzi di trasferimento, approvate dal Comitato Affari Fiscali il 27 giugno 1995. Le linee guida sono volte ad aiutare le amministrazioni fiscali (di entrambi i paesi membri e non-membri dell'OCSE) e le imprese multinazionali (MNEs), indicando i modi per trovare soluzioni reciprocamente soddisfacenti in relazione a casi di *transfer pricing*. In effetti, le linee guida sono state approvate da raccomandazioni che hanno effetto vincolante per tutti gli Stati membri dell'OCSE, a meno che questi ultimi non manifestino il disaccordo sulle singole disposizioni per mezzo di riserve specifiche. Inoltre, le Linee Guida sono state ufficialmente riconosciute dalla Suprema Corte italiana (sentenza n. 22.023/06) come una valida fonte per l'interpretazione del principio dell'*arm's length*.

Tuttavia, gli orientamenti dell'OCSE analizzano da un punto di vista generale i diversi metodi utilizzati per valutare se le condizioni delle relazioni commerciali e finanziarie all'interno di una multinazionale soddisfino o meno principio di libera concorrenza. Pertanto, essendo principi che coinvolgono

questioni prettamente tecniche, ad essi non è possibile attribuire carattere pieno di fonte del diritto. Li possiamo considerare come una sorta di “*best practices*” (o, se si vuole, di “*soft law*”) nella valutazione dell’ *arm’s length*.

3. La tassazione delle operazioni di ristrutturazione tra opposte esigenze: eliminare gli ostacoli fiscali o contrastare l’elusione fiscale? La prospettiva italiana

Non posso entrare nel tema specifico del nostro Seminario, e soprattutto, non lo voglio, essendo questo compito specifico dei nostri relatori. Penso tuttavia che potrebbe essere utile formulare in apertura dei lavori alcune osservazioni preliminari. Il tema che abbiamo scelto è molto importante in questo momento storico a causa della crisi economica e finanziaria degli ultimi due anni. Per poterla affrontare, le aziende devono poter modificare la loro struttura, sia a livello interno sia a livello europeo, senza dover soffrire il peso della tassazione. Inoltre, la legislazione europea impone agli Stati membri di adeguarsi alle libertà di circolazione fondamentali previste dal Trattato.

Come affermato nel suo preambolo, l’obiettivo della direttiva sulle fusioni è quello di rimuovere gli ostacoli fiscali che impediscono di realizzare la neutralità della ristrutturazione delle imprese transfrontaliere. Nonostante ciò, ai sensi dell’articolo 11 (1.a), della direttiva sulle fusioni (come modificata dalla Direttiva del 17 febbraio 2005, no. 2005/19/CE), «Uno Stato membro può rifiutare di applicare o revocare il beneficio di tutti o qualsiasi articolo delle disposizioni dei titoli II, III e IV, qualora risulti che la fusione, la scissione, conferimento d’attivo o scambio di azioni: (a) ha come obiettivo principale o come uno dei suoi obiettivi principali l’evasione l’elusione fiscale: il fatto che una delle operazioni di cui all’articolo 1 non sia effettuata per valide ragioni economiche, quali la ristrutturazione o la razionalizzazione delle attività delle società partecipanti all’operazione, può costituire la presunzione che l’obiettivo principale, oppure uno degli obiettivi principali, dell’operazione sia di evasione o elusione fiscale».

In Italia questo problema è stato ampiamente discusso in passato. Si potrebbe pensare infatti che l’amministrazione fiscale italiana fosse orientata a ritenere che (più o meno) tutte le operazioni di ristrutturazione siano state poste in essere per motivi di evasione o frode fiscale (v., ad esempio, le posizioni espresse alla fine degli anni Ottanta dal Se.C.I.T., Servizio Centrale degli

Ispettori Tributarî italiani, che è stato soppresso alcuni anni fa). Per stemperare questa sfiducia da parte dell'amministrazione fiscale, il legislatore italiano ha approvato specifiche disposizioni anti evasione, ma il problema non è stato ancora risolto, come dimostra l'impressionante numero di sentenze in materia.

4. Spunti critici

Non è il momento di trarre alcuna conclusione. Potremo farlo meglio alla fine di questa giornata. Potrebbe risultare utile, però, fissare fin d'ora alcuni punti che i nostri relatori approfondiranno nelle loro presentazioni.

4.1 Come primo risultato del nostro lavoro si può rilevare che il sistema della tassazione delle operazioni societarie straordinarie è disciplinato in modo completamente diverso in Italia ed in Germania. È molto interessante notare che il sistema fiscale italiano è meno rigoroso rispetto quello tedesco, nonostante a noi italiani piaccia pensare che il nostro sistema sia più dettagliato (secondo alcuni: troppo dettagliato) rispetto ai sistemi degli altri Stati membri. Ricordo in proposito la norma tedesca sul trasferimento di beni ad una stabile organizzazione estera, che verrà successivamente analizzata e confrontata con la legislazione italiana (che non ha una disposizione analoga) nel *Sub-topic 5*.

4.2. Un altro punto che deve essere valorizzato è legato al momento in cui un'operazione di ristrutturazione può essere considerata formalmente conclusa (analizzato nel *Sub-topic 4*). Questo punto è importante nel caso in cui l'operazione di ristrutturazione dia luogo ad uno spostamento della residenza di una società provocando la trasformazione del suo regime fiscale. Al fine di risolvere questo problema è necessaria la conoscenza completa del diritto societario dei due Stati coinvolti. La teoria generale del diritto comparato suggerisce infatti di approfondire il contesto giuridico in cui operano le norme che devono essere messe a confronto.

4.3 Nella presentazione sui prezzi di trasferimento (*Sub-topic 3*) sarà messo in evidenza come in Italia vi sia un vuoto normativo in materia (e non solo per ciò che attiene alla ristrutturazione delle imprese). Ritengo che questa situazione sia simile a quella tedesca, a causa della base internazionale comune (Linee Guida OCSE). Ma siamo sicuri che abbiamo realmente bisogno di una regolamentazione più rigorosa?

Grazie per la cortese attenzione.

SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI

SECTION II

Commented documents

European Court of Justice – Second Chamber - Judgment of the Court 3 September 2009 – Case C-2/08

Pres. Timmermans Skouris – Rap. Schiemann Ministero dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate (Italia) c/Fallimento Olimpiclub S.r.l.

Provision of national law laying down the principle of *res judicata* (art. 2909 Italian Civil Code) – it prevents a national Court to consider EU rules – extent of its effects accordingly - is not permitted - EU rules on abusive practice - must always be considered as prevailing over national law

Community law precludes the application, in circumstances like this case, of a provision of national law, as art. 2909 Italian Civil Code, in a dispute concerning value added tax relating to a tax year for which no final judicial decision has yet been delivered, to the extent that it would prevent the national Court seised of that dispute from taking into consideration the rules of Community law concerning abusive practice in the field of value added tax

The primacy of Community law and domestic principles: the “no” of the Court of Justice to the external *res judicata* in the hypothesis of abuse on VAT*

Laura Salvi**

* Translation by Chiara Albano

** PhD student, Community law, University of Ferrara, faculty of Law

CONTENTS: 1. Introduction; 2. An overview of the case law about res judicata at Community level; 3. Follows: the Lucchini judgment as performed

in the relationship between primacy of Community law and authority of res judicata; 4. The C-2/08 case, Fallimento Olimpclub: the facts about the litigation and the domestic case law about res judicata in tax matters; 5. The dictum of the Court of Justice: another blowlanded to the intangibility of national res judicata; 6. Final considerations.

1. Introduction

With the ruling issued on 3 September 2009 in the C-2/08 proceedings (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze vs. Fallimento Olimpclub Srl*)¹, the Court of Justice of the European Communities returned to rule on the delicate issue of the relationship between the principle of authority of *res judicata*, which is in Art. 2909 of the Italian Civil Code, and the principles of Community law.

In the decision *Lucchini* of July 2007, the Community court had already ruled about the possibility of rescinding a national measure granting of State aid adopted pursuant to a decision of a domestic court *res judicata*; in this regard the Court had stated that «Community law precludes the application of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res judicata* in so far as the application of that provision prevents the recovery of State aid granted in breach of Community law which has been found to be incompatible with the common market in a decision of the Commission of the European Communities which has become final»².

¹ Court of Justice, September 3, 2009, in case *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate vs. Fallimento Olimpclub*, available on the website <http://curia.europa.eu>.

² Court of Justice, July 18, 2007, in case C-119/05, *Ministero dell'industria, del Commercio e dell'Artigianato vs. Lucchini Siderurgica Spa*, in *Raccolta*, 2007, 1, p. 6199 (see below). For a commentary on the ruling, which attracted immediately much attention in the doctrine, and for an analysis of the case law prior to it, which we will face, see M.T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2007, pp. 733-741; E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto commerciale Internazionale*, 2008, pp. 193-219; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere Giuridico*, 9/2007, pp. 1189-1192; F. LAJOLO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 2007, pp. 724-730; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, pp. 1591-1603; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 2008, pp. 221-232; V. VITALE, *Il recupero*

Albeit with reference to a different case, consisting in a litigation in tax matters concerning a non-payment of VAT by an Italian company, with the recent ruling *Fallimento Olimpiclub* the judges in Luxembourg have reiterated that Community law precludes the application of a national law provision which establishes the authority of *res judicata* when this application prevents the implementation of Community law a judgment which could, therefore, represent a further “retreat” of the principle of the inviolability of *res judicata* in the wake of what has been described as a tendency to “relativize” the effectiveness of this key institution in some of the national procedural systems and, in particular, the Italian one³.

2. An overview of the case law about *res judicata* at Community level

The ruling we are analysing is part of a line of cases at Community level, concerning a particular profile of the conflict between domestic *res judicata* and Community legislation, which stems from the famous case *Köbller*⁴.

With this ruling, in line with his previous case law in matters of State liability for breach of Community law, inaugurated by the decision about

degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia, in Diritto dell'Unione Europea, 2008, pp. 595-616; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, 2007, IV, pp. 533-535; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2008 pp. 382-384.

³ About the civil *res judicata* see *ex multis*, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1988, pp. 589 and following.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 1990, pp. 386 and following.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Processuale Civile*, 1990, pp. 475 and following.

⁴ Court of Justice, September 30, 2003, in case C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239. For a reconstruction of the issues underlying that decision, see, among others, G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «attigiudiziari»*. *A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, II, pp. 1 and following.; N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2007, p. 295 and following.; G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, pp. 1007 and following.; M. BREUER, *State liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v. Austria*, in *European Law Review*, 2004, pp. 243-254.

the *Francovich* case⁵, then confirmed and “refined” with the decisions *Brasserie duPêcheur and Factortame*⁶ and *Hedley Lomas*⁷, the Court addressed, for the first time, the delicate issue of the liability of a Member State for the damage caused to individuals, owing to breaches of Community law resulting from a decision of a court of last instance, provided therefore *ex se* with the authority of *res judicata*.

Progressively consolidated, through the decisions above mentioned, the principle that the Member State is liable for breach of Community law whenever the single suffers injury from this breach, with the consequent possibility for the individual himself to appeal directly to the national court to receive compensation for the damage suffered⁸, this principle from the

⁵ Court of Justice, November 19, 1991, in cases C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francovich e altri c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357.

⁶ Court of Justice, March 5, 1996, in cases C-46/93 e C-48/93, *Brasserie duPêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029.

⁷ Court of Justice, May 23, 1996, in case C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553.

⁸ This liability was subject to the fulfilment of three specific conditions, all equally necessary: the outcome prescribed by the directive had to include the allocation of rights to individuals, the content of these rights had to be identified under the provisions of the directive itself and, finally, there had to be a direct causal link between the breach of the obligation incumbent on the State and the damage suffered by the victim. Subsequent decisions further clarified the specific conditions of liability, which implies, besides, a sufficiently clear and serious violation by the State concerned. See, in particular, the judgments *Brasserie duPêcheur SA*, cit.; Court of Justice, March 26, 1996, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte British Telecommunication plc.*, in case C-392/93, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; Court of Justice, October 8, 1996, *Erick Dillenkofer e a. c. Bundesrepublik Deutschland*, in joined cases C-178-179/94 and others, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845 ss.; Court of Justice, July 10, 1997, *Danilo Bonifaci e a. Wanda Berto e a.*, in joined cases C-94/95 e 95/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3969; Court of Justice, July 4, 2000 *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, in case C-424/97, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123. In the doctrine, among the many contributions, see N. PECCHIOLI, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, vol. 2-3/2001, pp. 351 and following.; L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause «Brasserie duPêcheur», «Factortame III» e «Hedley Lomas»*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1997, pp. 63-89; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati a singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1994, pp. 617 and following.; F. CAPELLI, *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 1997, pp. 54 and following.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, n. 3, pp. 15-34. Even in the hypothesis of a Member State liability for the conduct of the courts, the conditions required

ruling *Köbler* on wards, has been applied even to the judiciary, determining the overcoming of the remaining reservations due to the difficulty in setting actions for damages against the State because of its courts⁹.

One of the main objections to the possibility of setting a State liability by virtue of a final decision was that thereby it could erode the principle of authority of *res judicata*, which is difficult to reconcile with the right of the individual to obtain adequate redress against the violation suffered¹⁰.

Such a difficulty was overcome by the Court accepting a solution of mediation, consisting in establishing a non-irremediable incompatibility between the principle of liability and the authority of *res judicata*¹¹.

The existence of national *res judicata*, in such pronouncement, not only is not questioned, but becomes the premise itself of the State responsibility at Community level, in the sense that the existence of a *res judicata* that has injured the rights acknowledged by the Community legal system to individuals is suitable to give rise to the State responsibility¹².

to give rise to responsibility are those consolidated in the Court's case law for non-contractual liability in general; in particular, the Court states that «in any event, an infringement of Community law will be sufficiently serious» when the decision of the court «was made in manifest breach of the case-law of the Court in the matter» (See. Jud. *Köbler*, cit. *supra*, pp. 51-53).

⁹ See for the latter observation, M.T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato etc.*, cit. *supra*, note 2.

¹⁰ See R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove Autonomie*, 2005, pp. 373 and following.

¹¹ The Court, indeed, clearly affirmed that the principle of State liability for compensation for damages resulting from breach of Community law by national courts is not affected by the principle of inviolability of *res judicata*. Indeed, the difference of subject matter and parties between the proceedings seeking to enforce the liability and the one ended with a final decision, implies that «the principle of *res judicata* does not preclude recognition of the principle of State liability for the decision of a court adjudicating at last instance» (See. jud. *Köbler*, pp. 39-40). See also the conclusions of Advocate General Léger of 8 April 2003, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, who underlines how the authority of *res judicata* is a relative principle and not an absolute one. (pt. 101).

¹² *Ibid*, pt. 34. The European Court based its arguments on the principle of effectiveness, stating that the protection of the rights that Community rules recognize to individuals might be weakened or excluded, if these ones were prevented from obtaining compensation on the sole ground that the breach of Community law is attributable to a decision of a court of last instance of a Member State. About the principle of effectiveness, see, among others, L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 773 and following; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, pp. 991-1002.

In this case, essentially, the rule of *res judicata*, which is also a fundamental principle of Community law, resulted not in contrast with the rule of the so called *primauté* of the latter: the Community court, albeit cautiously, stated the intangibility of *res judicata* and, with this, the primacy of the requirements of legal certainty on the effectiveness of Community law¹³.

To this jurisprudential tendency, from which emerges the affirmation of the principle of the primacy of Community law against all institutions of a Member State, which are required to give full effect to the Community legislation, also belongs the decision *Kühne&Heitz*¹⁴. In this case the question faced was about the impossibility of changing administrative measures which had become final, which was inherent, like the cases above mentioned, the difficult relationship between national jurisdictions and their

¹³ The Court, in order to support its statements, refers to the ruling of June 1, 1999, in cause C-126/97, *Eco Swiss China time Ltd c. Benetton International NV*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, where the *res judicata* is identified as a limit to the application of Community rules of public policy (see point 46). For an analysis of the decision, see L. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 1999, pp. 665-697; C. PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in *Rivista dell'Arbitrato*, 2000, pp. 253-247; S. BASTIANON, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, 1999, IV, c. 471 and following; M. FURSE - L. D'ARCY, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton: EC Competition Law and Arbitration*, in *European Competition Law Review*, 1999, pp. 392 and following.

Not different than what stated in the decision Köbler, is the position taken by the Community court in the judgment Commissione c. Italia of 9 December 2003; even in this case, the many *res judicata* of the Italian Corte di Cassazione, from which had resulted an interpretation of the national rule of law in conflict with Community law, have not prevented recognizing the State liability. For an analysis of the vicissitude, see R. CONTI, *cit.*, pp. 385-387; C. RASIA, *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli Stati membri*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, pp. 1025-1051; M. MAGRASSI, *Repubblica italiana condannata ai sensi degli art. 226 e 228 TCE per un orientamento della Suprema Corte di cassazione*, in *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, 2004 pp.1003-1010; L. S. ROSSI - G. DI FEDERICO, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana, judgment of 9 December 2003*, in *Common Market Law Review*, 2005 pp. 829-849.

¹⁴ Court of Justice, 13 January 2004, in case C-453/00, *Kühne&Heitz NV contro Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837. For an analysis of the decision see D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, *certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2004, pp. 723 and following; G. MARI, *cit.*, pp. 1007 and following; D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2005, pp. 35 and following; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, *Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004*, in *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2004, pp. 559 and following; L. COUTRON, *Cour de justice, 13 janvier 2004*, in *Revue des Affaires Européennes*, 2003-2004, pp. 417 and following.

res judicata to one side, and the fundamental principles of the Community legal system to the other one.

The Court, although not addressing directly the specific *res judicata* formed, in that case, about the administrative decision¹⁵, but rather talking in terms of conflict between the need of effectiveness of Community law and the final nature of the administrative decision, as well as the related value of legal certainty, considered that this value could not prevent the disapplication of a final administrative decision where it was inconsistent with Community law, but this only when a number of specific conditions occurred¹⁶.

So, although the scope of *res judicata* was limited, assuming a non-absolute nature, with a possibility of a “re-examination” when the circumstances of the case permitted it¹⁷, was however not limited its powerful scope in the light of the consolidated tendency establishing its intangibility¹⁸.

A new and clear confirmation of compliance with the principle of inviolability of *res judicata* is in the following case *Kapferer*¹⁹, where the Community court assumes a more strict position. After having affirmed the prevalence of domestic rulings *res judicata* on the principle of fair cooperation stated in Art.10 of the Treaty, in adherence to the conclusions of Advocate General Tizzano, who referred about the *Köbler* case²⁰, the Court excludes that Commu-

¹⁵ It was, instead, Advocate General Léger to address the issue of the authority of *res judicata*, represented by a decision of the national court of last instance, in his conclusions of 17 June 2003, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837, who, in order to support the solution of the disapplication of the national rule of *res judicata* where it is an obstacle to the effective application of Community law, referred to a precedent of the Court, the ruling of 28 June 2001, in case C-118/00 *GervaisLarsy c. Institut national d'assurance sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5063 (pt. 59-66 of conclusions).

¹⁶ See judgment *Kühne&Heitz*, cit., pt. 25-28. About the power of the national court to reconsider a decision contrary to Community law, see also Court of Justice, January 7, 2004, in case C-201/02, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Region*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723.

¹⁷ See M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato ...*, cit., p. 735-736; ID., *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 2007, pp. 237-266.

¹⁸ See G. MARI, cit., p. 1015.

¹⁹ Court of Justice, March 16, 2006, in case C-234/04, *Kapferer c. Schlank& Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177. In this case, the final nature of the decision contrary to Community law was due to the lack of appeal. The fact arose from the incorrect application of the Regulation 44/2001 by a national court which, through the preliminary ruling, asked the Community court, if he, according to Art. 10 of the EC Treaty, was required to review and quash the final decision contrary to Community law, in the light of the principles embodied in the previous judgment *Kühne&Heitz*.

²⁰ See conclusions of Advocate General Tizzano of 10 November 2005, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585.

nity law requires a national court to disapply the domestic rules of procedure in order to review and quash a final judgment, if it appears that this violates Community law; this because of the importance that the principle of authority of *res judicata* has in the Community legal system and in the national ones²¹. An approach, the one followed by the Court of Justice, characterized by a degree of caution in balancing, on the one hand the principle of fair cooperation and the principles of primacy and effectiveness of Community law, on the other one the principle of legal certainty and the principle of legitimate expectations, mainly attributing importance to the latter²².

3. *Follows: the Lucchini judgment as performed in the relationship between primacy of Community law and authority of res judicata*

Compared with the position taken by the court of Luxembourg in the decisions above mentioned, based on the assertion of the inviolability of *res judicata*, even though they sometimes reveal the possibility that this principle (and in general the principle of legal certainty) can assume a certain grade of

²¹ See judgment *Kapferer*, cit., pt. 20-21. Few months after the decision *Kapferer* there was the judgment *Traghetti del Mediterraneo* (Court of Justice, June 13, 2006, in case C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177). As in the *Köbler* case, even this ruling, however, did not directly affect the principle of *res judicata*, as having a subject case different from that of the corresponding national decisions. Indeed, the subject matter of the litigation before the Community court was about the compliance with Community law of national legislation on State liability for mistakes of the courts, the Italian Law n. 117/1988, which limits the responsibility of courts to the cases of fraud and gross negligence. The Court expressed its views in the sense that Community law precludes a national legislation which places such a restriction on the recognition of the Member State liability for the damage caused to individuals (pt. 46).

Shortly afterwards is another important decision, Court of Justice, September 19, 2006, in joined cases C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany GmbH (392/04), Arcor AG & Co. KG (C-422/04), c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8559, for which see, in the doctrine, M. ZINZI, *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, pp. 436-439; L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2007, pp. 477-483; G. GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2007, pp. 235 ss.

²² See G. GRÜNER, cit.

relativity in the light of the primacy of Community law, the decision *Lucchini* of 18 July 2007, seems to have represented a judicial *revirement*²³.

The peculiarity of the case addressed in the *Lucchini* ruling might be the fact that, unlike the previous cases, which can be brought back to the field of “private” Community law, the subject of discussion in this case was the exercise of an exclusive Community competence, in particular the one of the Commission to assess the compatibility with the common market of aid measures or a system of aid²⁴.

In the light of the primacy of Community law principle, as well as the system of division of powers between Community and States (which resulted violated by the final decision of the national court – the Corte d’Appello of Rome – with which the Ministry was obliged to pay to *Lucchini* aid, which had, however, been declared illegal by the Commission), the Court of Justice comes to the conclusion that the provision contained

²³ See judgment *Lucchini*, cit. *supra*. The case arose from a preliminary ruling referred to the Court of Justice by order of the Italian Consiglio di Stato, with which the Community court was asked if in the light of the principle of primacy of Community law immediately applicable, it was legally possible and compulsory the recover by the national administrative authority against a private recipient of aid declared incompatible with Community law by the Commission, despite the existence of a final civil judgment confirming the unconditional obligation to pay the aid in question.

Much of the doctrine that ruled on the case is of the opinion that it represented a breakthrough in the way of understanding the relationship between the primacy of Community law and authority of national *res judicata*, proposing an antithetical direction than the one that seemed to have consolidated until the previous rulings, see *supra*, note n. 2. Sometimes, however, it was emphasized that the scope of this decision has not been really striking: it had intervened, in fact, in a specific area such as that of State aid, characterized by a clear division of responsibility between the Commission and the national courts, solely to avoid a dangerous confusion of roles; this ruling did not, therefore, questioned the jurisprudential solutions consecrated until then by the Court and, consequently, would undermine the principle of *res judicata*; see, for example, in the latter sense, the remarks of M. NICODEMO - L. BIANCHI, *Aiuti di Stato: primato del diritto comunitario su quello nazionale*, in *Diritto e Pratica delle Società, Il sole 24 ore*, n. 21, 2007, pp. 54-66, and G. PERONI, cit., p. 232, according to whom the pronouncement would not have been so much a reversal of a principle considered untouchable, but rather a «natural evolution of the criterion of primacy of Community law over national law».

²⁴ See decision *Lucchini*, cit., pt. 50-52. See also the conclusions of Advocate General Geelhoed of September 14, 2006, in *Raccolta*, 2007, I, cit., pt. 38-48. In the doctrine, see C. CONSOLO, *La sentenza della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di Diritto Processuale*, 2008, pp. 225-238. With regard to the Community control of State aid, see, for example, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V edizione, Padova, CEDAM, 2008, pp. 789 and following.; E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 1989; E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006.

in Art.2909 of the Italian Civil Code, which establishes the principle of *res judicata*, must be disapplied insofar (to the extent that) its application prevents the recovery of State aid granted in breach of Community law.

With this decision, while accepting that Article 2909 of the Civil Code states the principle of inviolability of *res judicata*, it is established that it should withdraw, and therefore should be disregarded, where it conflicts with Community law and, in particular, with the system of State aid.

On the one hand, therefore, we have a situation in which the primacy of Community law prevails on the authority of *res judicata* – and here is the innovation of the judgment compared with the traditional guidelines on the matter – on the other hand, however, the scope of that determination is limited to the sole case in which the Commission's competence to judge the compatibility of State aid within the Community system of competition is affected.

After *Lucchini*, the *Kempter*²⁵ ruling of February 2008, once again brought to light the force of Community law within national legal systems, but with reference to the fate of national administrative decisions become final, which result in conflict with Community law after a subsequent case law²⁶.

4. The C-2/08 case, *Fallimento Olimpiclub*: the facts about the litigation and the domestic case law about *res judicata* in tax matters

We now analyse the subject matter of the recent ruling issued by the Court of Justice in the *Fallimento Olimpiclub* proceedings.

The *Olimpiclub*s.r.l., a company involved in the field of constructions and management of sports facilities, concluded with the *Associazione Polis-*

²⁵ Court of Justice, February 12, 2008, in case C-2/06, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411.

²⁶ It was, in essence, the situation of the case *Kühne&Heitz*. The Court, referring to case law prior to *Lucchini*, said that although the principle of legal certainty is a principle recognized by Community law, special circumstances may lead a national body, in the light of the duty of fair cooperation, to review an administrative decision become final in order to take account of different interpretation of Community rules subsequently made by the Court (pt. 37-38). For an analysis of the decision, and the related question of the validity and effectiveness of interpretative judgments of the Court of Justice on the final domestic measures, see, for example F. LAJOLO - S. MILANO, *Il riesame di decisioni amministrative nazionali definitive a seguito di una successiva sentenza della Corte di Giustizia*, in *Diritto Commerciale Internazionale*, 2008, pp. 447 and following.

portiva Olimpiclub, whose founding members overlapped for the most part with the holders of the shares of the company, a loan agreement under which the *Associazione* was recognized the possibility of using all the equipment of the sports complex, being charged, as remuneration, with the payment of tax burdens and transfer to the company of the entire gross income received. After tax investigations by the *Guardia di Finanza*, finding irregularities in the contract of loan, four adjustment notices of VAT returns were issued for the years 1988-1991. The *Olimpiclub* challenged these adjustment notices before the Provincial Tax Court of First Instance in Rome, which considered unconvincing the arguments of the Finance Administration - which claimed that the contract of loan, although formally lawful, had been used for the sole purpose of circumventing the legislation in order to obtain a tax advantage – and upheld the appeal of the company. That decision was later confirmed on appeal by the Lazio Regional Tax Court, which emphasized the failure to demonstrate fraudulent intent underlying the conclusion of the contract of loan.

Against this judgment, the Finance Administration brought an appeal before the Corte di Cassazione, complaining, substantially, the exclusion by the court of second instance of the fraudulent intent of the contract without providing a reasonable and adequate justification of the reasons that had led to that conclusion.

Before the Supreme Court, for the *Olimpiclub* (which had meanwhile failed) was constituted the receiver of the procedure, who objected, among others, the existence of a previous substantive *res judicata* issued between the same parties about the same subject matter. There were, in particular, two earlier rulings of the same Regional Tax Court of Lazio, not challenged and so become final, according to which the contract above mentioned had already been declared valid and effective, even though with reference to different tax periods²⁷.

²⁷ It was about the decisions of the Regional Tax Court of Lazio n. 138/43/00 and n. 67/01/03 concerning VAT disputes, relating, respectively, to the tax years 1992 and 1987, considered by the Corte di Cassazione suitable in order to verify the lawful nature or not of the disputed contract of loan, as evidence of *res judicata* improved after the filing of the contested judgment. To the contrary, the Court did not consider usable for this purpose, other two *res judicata* to which *Fallimento* had made reference, as formed prior to the exhaustion of the grades of the merits in the course of the proceedings, and therefore not usable for the first time in the review of legality; the legality Court referred, about it, to the principle consolidated in its own case law, according to which the documentation showing the external *res judicata* is eligible for the first time in Cassazione, but only if the formation of the new document, consisting of the final

Addressed the preliminary questions, the Corte di Cassazione, proceeds, in the order of reference²⁸, in the merits of the litigation, first confirming the legitimacy of the loan contract, the subject of the challenged assessment, as – the court motivates – it was not included within the operations unenforceable to the tax authorities for intention to evade contemplated in Art.10 of Act 408 of 1990. With reference, then, to the relevance of the *res judicata* recalled from the *Fallimento* counterclaimant, and admissibly inferred in court, the Cassazione traces the evolution of its case-law on taxation.

The question concerning the possibility of applying within the tax process the rule of the external *res judicata*²⁹ has always been the subject of jurisprudential disputes at national level. Restricting the analysis to the most recent rulings of the Corte di Cassazione, it can be seen as, initially, the Tax section of the Court itself, about the relevance of the external *res judicata* formed relatively to another annuity of the same duty, had stated that «whentwo sets of proceedings between the same parties are concerned with the same legal relationship and one of them has culminated in a judgment that has acquired the force of *res judicata*, the assessment thus made concerning a legal situation or the resolution of a question of fact or of law on a fundamental issue common to both cases or constituting the essential logical premise of the statement contained in the final judgment,preclude the consideration of the issueassessed and resolved»³⁰.

judgment, is concluded after the exhaustion of the grades of the merits, returning, otherwise, operating the preclusion under Article 372 c.c.p., which prohibits in principle, the deposit, in the legality court, of acts and documents not produced in the previous stages of the process (see Cass. 14190/07, Cass. Sez.un. 13916/06, 360/06, 16376/03).

²⁸ Cassazione civile, taxdivision, December 21, 2007, n. 26996.

²⁹ The expression «external *res judicata*» indicates the overall *erga omnes* effectiveness of *res judicata*, which is said to cover the deducted and deductible, denying, for the principle of *ne bis in idem*, a second review by another court on the same case, based on circumstances or criteria other than those covered by the previous ruling and already suitable in the course of the previous proceedings. The Court of Cassation ruled that the effects of the external *res judicata* must still move within well-defined tracks; in particular, with reference to the tax process, the assessment contained in the final decision, as «parameter» of the proceedings of «opposition» to the *res judicata* of a ruling later pronounced between the same parties, can only concern the specific tax relationship issued by the parties in court (See Cass., Tax division, n. 14714/2001).

³⁰ This principle, stated in the ruling of the Cassazione, Tax Section, no. 10280/2000, and in the subsequent judgments nos. 6883/2001 and 7506/2001, as indicated by the same Judge, had already been stated in other sections of the Court with reference to civil proceedings. Although it was acknowledged that the tax process, compared to the civil and administrative ones, retains its distinct specificity, there was a clear transposition within it of the principles and legislation in force in the field of civil law on the ground of *res judicata*. Under consolidated case

Subsequently, however, the Corte di Cassazione pointed out on several occasions the adherence to the so called principle of “fragmentation of *res judicata*”, to which has been anchored for a long time, according to which «each fiscal year retains its independence from the others and involves the establishment, between taxpayer and tax authorities, of a legal relationship distinct from those relating to previous and subsequent fiscal years, so if the disputes concerning various annual tax of the same duty have been addressed separately, each proceedings maintains its independence and the solution to one of them can not constitute *res judicata* in relation to proceedings relating to other annuities»³¹.

The different attitude of the single Sections of the Corte di Cassazione made necessary the intervention of the United Sections that, with the decision of May 4, 2006 n.13916³², resolved the conflict between the interpretations, overcoming the approach based on the principle of fragmentation of the *res judicata*.

The court, in particular, moving from the finding that the subject matter of the tax process is not necessarily limited to the contested act, but also involves the merits of the tax claim, within the limits posed by the questions of the parties, affirmed the principle that the external *res judicata*, where

law, in fact, before the Tax Commissions a decision becoming final is binding on the parties in accordance with Art. 2909 C.c., in connection with Art. 324 C.c.p., being the regulatory principles of *res judicata* general ordering rules of the process. On the subject, which we can not study in depth here, see for example, G. SETTIMIO TOTO, *Il giudicato nell'attuale ordinamento tributario*, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, pp. 906 ss. With a subsequent decision of the Tax Section, No 8658/2001, it was also explained that «the said principle can not be derogated in case of legal situations of duration, since even in that case the subject of *res judicata* is a unique relationship and consequently neither the reference to the principle of the autonomy of tax periods may allow further discussion between the same parties of the legal classification of the report contained in a decision of the Tax Commission become final».

³¹ See Cassazione, Tax sections, judgments n. 3551/05, 22197/04, 8709/03, 14702/01. The Judge also stated that «the only remedy to prevent the possible issue of contrasting decisions regarding different years, is [...] the preliminary union of the proceedings», keeping each trial, otherwise, its autonomy.

³² The case arose from a dispute between the *Azienda Municipale di Igiene Ambientale* responsible to perform waste collection activity for the town of Verona and the neighbouring towns, and the town of Verona itself, about the VAT refund for the invoices issued by the company against the local authority. After the company had obtained, both at first and second grade, the acceptance of the appeal against the appeal judgment, the Ministry of Economy and Finance and the AgenziadelleEntrate proposed appeal to Cassazione and, on request of the counterclaimant company, the tax section prepared by order the referral of the documents to the first President for the possible assignment to the United Sections.

the assessment consolidated in the final decision involves a fundamental plant, common to both cases, can properly be invoked even if it is formed in relation to a tax period other than the subject of the legal proceedings; this on the assumption that the criterion of autonomy of the fiscal years does not prevent a *res judicata* relating to a tax period of stating even for others, when it affects upon elements that are relevant for several periods³³.

However, while observing that, in the light of this principle, the decision of the litigation in the proceedings would be prejudiced by the two consistent *res judicata*, the Corte di Cassazione, in the proceedings concerning *Olimpiclub* states that the relevance of those final decisions is to be assessed in the light of the Community law principles and, in particular, of the case law of the European Court of Justice in matters of abuse of law on VAT. In its order for reference the national court refers in fact to the judgment of the Court of Justice *Halifax*³⁴, where the European Court provided a definition of “abuse of law”³⁵ in particular in matters of VAT, identifyin

³³ According to the Court, the rule of the autonomy of the fiscal years, in Art. 7 of D.P.R. December 22, 1986, n. 917, concerning, however, the only income taxes, applies only to deny the possible existence of a single obligation corresponding to several tax years or a relation of preliminary-dependence among the several obligations arising in different tax periods, not being, therefore, decisively with regard to the solution of the problem of «ultra-activity of *res judicata*». (see pt. 3.5). In the same sense, in the doctrine, see, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 2, VII ed., Torino, 2005, p. 23; ID., *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Bollettino Tributario*, 2006, pp. 1173 ss., which, however, denies the eligibility of an «ultra-activity» of *res judicata* in the tax process, namely the extension of the *res judicata* beyond the assessment of the subjective right raised in the case.

³⁴ Court of Justice, February 21, 2006, in case C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609.

³⁵ The term «abuse of law» may mean, in general, the use of a legal rule in order to achieve purposes other than its own, subduing contractual arrangements and institutions for discursive purposes. However, this is an expression for which there is in Europe the lack of a universally accepted definition, since it is worded differently from State to State and sometimes, from case to case. At Community level, the caselaw of the Court of Justice provides, however, a number of elements for the reconstruction of the meaning of the expression; the abuse of law would be characterized by the use of a rule for a purpose other than the one for which it is issued, then by a change in the causal factor in the exercise of a right (objective element) and by the awareness of the holder of the right of his unauthorized behavior (subjective element). In the Community, a reference to the figure of abuse of law is found in Art. 54 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, and in Article 17 ECHR, which states explicitly a prohibition of abuse of law. Such a codification, it was noted, would open a way for the recognition of the prohibition of abuse of law as a general principle of Community law, especially in the light of the now acquired binding force of the Charter of Nice thanks to the entry into force of the Treaty of Lisbon; see S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso*

with this term all those operations that, despite the formal application of the conditions laid down in the relevant provisions of the Sixth Directive³⁶, and of the national legislation that implements it, have the intention of procuring, and actually generate, a tax advantage whose concession would be contrary to the purpose pursued by those same provisions³⁷.

Still under the reference to the principles of Community law, according to which - specifies the Supreme Court - the litigation must be resolved, just in the formulation of the preliminary ruling a specific reference is made to *Lucchini* and the principle expressed in it, that Community law precludes the application of a provision of national law laying down the principle of authority of *res judicata*, as far as the application of that provision

Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2003, pp. 291 and following.

About the issue of «abuse of law» in tax matters, see, among others, U. PERRUCCI, *Uso e abuso del diritto*, in *Bollettino Tributario*, 2009, p. 24; G. TABET, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, *ibidem*, pp. 85 and following; A. COLLI VIGNARELLI, *Elusione, abuso del diritto e applicabilità delle sanzioni amministrative tributarie*, *ibidem*, p. 425; V. FICARI, *Elusione ed abuso del diritto comunitario tra «diritto» giurisprudenziale e certezza normativa*, in *Bollettino Tributario*, 2008, p. 1766.

³⁶ It is the Council Directive of 17 May 1977, 77/388/EEC on the harmonization of the legislation of the Member States relating to turnover taxes, common system of value added tax: uniform tax base, in Official Journal L 145, p.1, as amended by the Council Directive of 10 April 1995, 95/7/EC, Official Journal L 102, p. 18.

³⁷ See decision *Halifax*, pt. 86. The approach adopted in *Halifax* was promptly accepted by the Corte di Cassazione, which affirmed the inability to deduct VAT paid corresponding to abusive practices, aiming to achieve the only result of the tax benefit, without a real and autonomous economic reason justifying the operations (Cass., Sez. V, 5 maggio 2006, n. 10352). The Corte di Cassazione, in case n. 21221/06, stated that the principle of prohibition of abuse of law is applicable, *ex officio*, even in the trial of Cassazione, as a rule of Community law, as well as a criterion of interpretation of the system, which requires the disapplication of the domestic rules possibly conflicting with it, with the only limit of the establishment of the controversial relationship; it denied also the possibility of extending the above principle to the taxes (direct) not harmonized. Among the more recent case law of the Corte di Cassazione, see, for example, Cass., tax section, January 21, 2009, n. 1465; Cass., United sections, December 23, 2008, n. 30057; Cass., tax section, October 17, 2008, n. 8722. With a subsequent decision issued, however, always on a preliminary ruling of the Italian Corte di Cassazione, the Community Court pointed out that the existence of any abuse can be established even if the achievement of a tax benefit is the essential purpose even if not exclusive, being the abuse not prevented when in the operation take part other economic reasons. (See Court of Justice, February 21, 2008, in case C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Part Service S.r.l.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 897, pt. 42-45).

prevents the recovery of state aid granted in breach of Community law and whose incompatibility with the common market has been declared by a final decision of the European Commission.

In the light of this precedent of the Community Court, noted that the application of a judicial interpretation of the external *res judicata* that recognizes its “ultra activity”, that is a projection beyond the single period that forms its specific subject, would seem to prevent the complete realization of the principle of combating abuse of law and determine, by not applying VAT on the basis of the binding nature of the national *res judicata*, the violation of the primacy of Community law in relation to disputes involving the compliance by the Member State of EU mandatory rules (among which are, in fact, the rules on VAT), the Supreme Court decided to refer to the Court of Justice, ex art. 234 of the EC Treaty, the following question: «whether Community law precludes the application of a provision of national law, such as Article 2909 of the Italian Civil Code, which seeks to lay down the principle of *res judicata*, when such application would lead to a result incompatible with Community law, thereby thwarting its application, even in areas other than State aid [...] and, in particular, in matters relating to VAT and abuse of law implemented in order to achieve undue tax savings, in particular, with regard also to the criterion of national law, as interpreted in the case-law of this court, according to which in tax disputes, the external *res judicata*, where the investigation involves a fundamental issue common to other cases, it has binding authority as regards that issue, even if it was drawn in connection with a different tax period»³⁸.

³⁸ The legality court shows, therefore, the suspect that the assessment of the lower court about the legality of the loan contract concluded by *Olimpiclub* does not comply with the concept of abuse of law on VAT as defined by Community case law. This profile is emphasized by Advocate General Mazák in his conclusions to the decision *Fallimento Olimpiclub* of March 24, 2009, pt. 57-59; in this case, according to the Advocate, the referring court is concerned to ensure the correct application in the main proceedings of the Community rule that prohibits abusive practices in the field of VAT but is unable to do so because of the principle of *res judicata* laid down by Italian law, under which the referring court is obliged to accept the finding made in external *res judicata* relating to taxable periods, according to which the controversial operation does not constitute an abuse, although he considers it an incorrect statement. It is important to note, therefore, how the Corte di Cassazione asked the Community Court to verify the compliance with Community law not of a national provision, Article. 2909 of the Civil Code, but of the interpretation of this rule provided by the case-law of the Italian legitimacy court itself.

5. The *dictum* of the Court of Justice: another blow landed to the intangibility of national *res judicata*?

Against the referral made by the Italian national court, the Court of Justice had to intervene once again to clarify the extent to which Community law, under his primacy, could affect the national *res judicata* where a final ruling is likely to cause a breach of Community law.

In its ruling the Court, referring to its precedents about the relationship between Community law and national *res judicata*³⁹, first underlines the importance of the principle of authority of *res judicata*, both in the Community legal system and in national legal systems, in the view of the stability of the law and legal relations, as well as a good administration of justice. Community law – as the judges in Luxembourg recall - does not require a national court to disapply domestic rules of procedure conferring finality on a decision, even if it would make it possible to remedy an infringement of Community law⁴⁰. The Court, also, does not fail to stress that the ways to implement the principle of *res judicata* are a matter for States, which have, in this respect, procedural autonomy just because there is no Community legislation on this matter⁴¹.

After these explanations, the Community Court clarifies the scope of the judgment *Lucchini*, which was cited by the Corte di Cassazione and taken as a basis of the preliminary ruling.

The question was also considered by Advocate General Mazák in his conclusions - however much more longer than did the Community Court. He underlined, that the approach adopted by the Court in that case was undoubtedly characterized by its focus on the factual and legal circumstances of the particular case and that, as was in the light of those circumstances that

³⁹ See decisions *Köbler* and *Kapferer*, cit.

⁴⁰ See judgment *Fallimento Olimpiclub*, cit., pt. 22 and 23.

⁴¹ *Ibidem*, pt. 24. From the finding that Member States have a procedural autonomy, whilst respecting the principles of equivalence and effectiveness, also moves the reasoning by Advocate General Mazák in his conclusions, cit., pt. 35-39: «the task of implementing and enforcing Community law – save where specifically entrusted to Community institutions – falls primarily to the national administrative and judicial authorities of the Member States which are under a duty, pursuant to Article 10 EC, to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure fulfilment of the obligations arising under Community law» so, «in the absence of specific provisions laid down by Community law, the Member States, when implementing Community law, act in principle in accordance with the procedural and substantive rules of their own law».

had been made the balance between legal certainty and the requirements of Community legality, it could not be inferred from such a precedent a general trend in the case-law of the Court towards eroding the principle of *res judicata*⁴². Advocate General then continued in an analysis of the differences between the event involving *Olimpiclub* and the case *Lucchini*.

He first stated that the needs of the primacy and effectiveness apply generally to all provisions of Community law, including those on VAT, being not important for those purposes whether these provisions result from the exercise of an exclusive competence by the Community. In these hypothesis, the breach of a rule of Community law or its incorrect application could put into question the distribution of competences between the Community and its Member States, with the result, as in *Lucchini*, that, having the national court any jurisdiction on the subject at all, the breach of Community law is particularly flagrant and the authority of *res judicata* has to yield to the requirements relating to the primacy and effectiveness of Community law⁴³. In cases concerning instead areas like the EU system of VAT, subject to partial harmonization, the distinction between the spheres of Community law, on the one hand, and national law, on the other, would be less clear.

Underlining then the diversity of fact and law between this case and other precedents of the Court which had been mentioned before the referral court⁴⁴, Advocate General Mazák noted that in this case «there are

⁴² See conclusions of Advocate General Mazák, cit., pt. 54-55.

⁴³ *Ibidem*, pt. 61-64.

⁴⁴ It was about the reference made by *Olimpiclub* to *Eco Swiss* and *Kapferer*; in this case, unlike the events that gave rise to such judgments, the final decisions cited as having the force of *res judicata* would not be called into question as such by the decision which the referring court is required to adopt in the main proceedings. According to the Advocate, the situation to the attention of the Community court could be instead comparable to that in *Köbler*, where the court itself recognized the principle of State liability for infringement arising from a court adjudicating at last instance dismissing the argument based on the authority of *res judicata*, which was opposed to such recognition, not having this recognition in itself the consequence of calling in question the authority of *res judicata* (Pt. 73-74). It is interesting, however, noticing how Advocate General Mazák approached the cases *Köbler* and *Olimpiclub*, although the result reached by the Community Court in both cases is substantially different: in the first one, the Court resolves the dispute by excluding the possibility of questioning the principle of *res judicata*; in *Fallimento Olimpiclub*, it is recognized that the authority of *res judicata* should be downgraded compared to the need for clear and uniform application of Community law and, therefore, the principle of the primacy of Community law over national law. In both cases, however, the interests related to the principle of legal certainty, especially the authority of *res judicata*, would not be able to jeopardize the assertion of the conflicting requirements, that is

no substantial interests relating to legal certainty at stake which would outweigh the obligation incumbent on the referring court to apply and give full effectiveness to Community law, in this case to the prohibition of abusive practice in the field of VAT» - and, ultimately, «Community law precludes the application of a provision laying down the principle of *res judicata* with the scope and effects at issue in the present case»⁴⁵.

Echoing the reasoning of Advocate General, the Court of Justice states, *in primis*, that the reference to the decision *Lucchini* and the principle it held would not be able to call into question what the previous Community case law had stated with reference to the authority of *res judicata*; indeed, in this case the Court had laid down the primacy of Community law in relation to domestic final decisions concerning illegal State aid, but it had pointed out, however, the «high specific» nature of the situation in question, relating indeed to an exclusive competence of the European Commission as the recovery of state aid⁴⁶. In the case in question - continued the Judge - it must be examined «whether the interpretation of the principle of *res judicata* to which the national court refers [...] is compatible with the principle of effectiveness» and, more specifically, «whether the abovementioned interpretation of Article 2909 of the Civil Code may be justified with a view to protecting the principle of legal certainty, in the light of its implications for the application of community law»⁴⁷. In this regard, the Court observed that this interpretation prevents not only to question a judicial decision that has acquired the force of *res judicata*, although involving a breach of Community law, but also to question, during a judicial review about another decision relating to a different tax year, any investigation focused on

respectively the assertion of State responsibility and the obligation to implement and give full effect to Community legislation concerning the prohibition of abusive practices on VAT.

⁴⁵ See conclusions of Advocate General Mazák, cit., pt. 75. The conclusion he reaches is that of a partial derogation of the principle of legal certainty, in favour of the primacy of Community law over national law. Indeed, he recalls that, as can be seen from the case law of the Community «the principle of legal certainty – and the finality of decisions, which flows from that principle – is not absolute in the sense that it prevails in every situation: rather, it must be reconciled with other values worthy of protection, such as the principles of legality and the primacy of Community law, and the principle of effectiveness» (pt. 47).

⁴⁶ See judgment *Fallimento Olimpiclub*, cit., pt. 25, where reference is made to points 25 and 62 of *Lucchini*, cit. In the latter case, however, the *res judicata* whose effectiveness was being discussed, was internal, as constituted by a judicial decision rendered in the same national proceeding of which it was then arranged the preliminary ruling to the Community Courts, see *supra*, par. 4.

⁴⁷ *Ibidem*, pt. 26 e 28.

a common fundamental issue contained in a judicial decision which has acquired the force of *res judicata*⁴⁸.

It is so highlighted by the Court how a change of interpretation made by the Italian judges in favour of a binding force of *res judicata* for any taxable year risks of jeopardising seriously the fight against abuse of law in the Community field. According to the Community Court, «such an application of the principle of *res judicata* would mean that, if ever the judicial decision that had become final were based on an interpretation of the Community rules concerning abusive practice in the field of VAT which was at odds with Community law, those rules would continue to be misapplied for each new tax year, without it being possible to rectify the interpretation...» and - continues the Court - «...such extensive obstacles to the effective application of the Community rules on VAT cannot reasonably be regarded as justified in the interests of legal certainty and must therefore be considered to be contrary to the principle of effectiveness»⁴⁹.

The Court of Justice so concludes, accepting fully the Advocate General's conclusions, that «Community law precludes the application, in circumstances like those in the main proceedings, of a provision of national law, such as Art. 2909 of the Civil Code, in a dispute concerning value added tax and relating to a tax year for which no final judicial decision has yet been delivered, since it would prevent the national court seized of that dispute from taking into account the rules of Community law concerning abusive practices related to such tax»⁵⁰.

The Community Court, therefore, has clarified that the final decision concerning a tax period other than the one subject of examination by the court (external *res judicata*) can not prevent the latter from assessing properly and in accordance with Community law the existence of abuses carried

⁴⁸ *Ibidem*, pt. 29.

⁴⁹ *Ibidem*, pt. 30-31. Undoubtedly crucial appeared for the Community Court, the fact that the question on which it was asked to decide concerned a tax, vat exactly, having a framework of Community law. The Court in this regard, acknowledged that the VAT levying plays an important role in establishing the European Community's own resources and that « the application of Article 2909 of the Italian Civil Code could prevent the full implementation of the principle of combating abuse of rights developed by the case law of the Court in relation to VAT as a means of ensuring that the Community VAT system is fully implemented» (See pt. 17).

⁵⁰ *Ibidem*, pt. 32. Actually, as noted above (see *supra*, note 40), to be discussed is not the national provision which states the authority of *res judicata* (art. 2909 c.c.) as such, but the interpretation of this provision by the national court.

out in the matter brought before it⁵¹. The principle of external *res judicata*, so, in order to combat abuse of law on VAT as developed by the Community case law, has to give the way to that of the primacy of Community law over domestic one, as well as, at the same time, the principle of legal certainty has to draw back behind that of the effectiveness of Community law; everything with the result that in case of conflict between a national rule and Community law, the national tax court, like any other, will have to disapply the domestic rule that appears incompatible with the Community legal system⁵².

In this case, however, although the Court of Justice provides that the primacy of Community law on Article 2909 of the Italian Civil Code extends to tax disputes concerning VAT, then to a field subtracted from the exclusive jurisdiction of the Community (as it was rather the one at issue in the case *Lucchini*), the obligation to disapply Article 2909 of the Civil Code is limited to the sole cases in which the external *res judicata* is at stake and where, on the merits of the particular dispute, has not yet been delivered a final judicial decision⁵³. It would not seem so correct an interpretation of the decision of the Community Court in the case *Olimpiclub* as an absolute and unconditional affirmation of the primacy of Community law over the national principle of *res judicata*; just in the light of the limitations abovementioned, this judgment would seem not to have a real general scope and not to constitute an overrun of the statements raised in the previous Community case law, in particular, in judgment *Kapferer* of 2006⁵⁴.

⁵¹ According to what is noted by U. PETRUCCI, *Il giudicato secondo la Corte di Giustizia UE*, in *Bollettino Tributario*, 2009, pp. 1354 and following, it would be improper in this case, to talk about «external *res judicata*»; the issue, according to the Author, should have been dealt not under the procedural profile of *res judicata* but under the substantial one of the unity of tax obligation, a feature of such obligation that occurs when it concerns facts and actions with an extension of many years. This approach would have misled the Community Court, which examined in his decision the institution of *res judicata* as enshrined by Italian law in art. 2909 c.c. In line with these observations, that is the principle of *res judicata*, internal or external, should not be at stake in this specific case, see F. TESAURO, *Giudicato tributario ecc.*, cit., p. 1175.

⁵² For an analysis, in general, of the relationship between Community law and domestic Tax law, see for example, C. MELILLO, *Il primato del diritto comunitario sul diritto interno e gli strumenti a disposizione del giudice (tributario) nazionale per la risoluzione delle antinomie tra norme (tributarie) nazionali e norme comunitarie*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2009, pp. 45-82.

⁵³ Hence, according to what was noted by U. PETRUCCI, cit., p. 1355, the conditional used by the Court (“it would prevent”) to describe the relationship between *res judicata* and the application of the Community principle concerning abuse of law.

⁵⁴ See judgment *Kapferer*, cit., where, the Community Court ruled that Community law does not require a national court to disapply the domestic rules of procedure conferring authority of *res judicata* to a decision, even where this would allow the assessment of an infringement of

It is undoubtedly that the sentence under review is part of that case law, to which the rulings *Lucchini* of 2007 and *Kempter* of 2008 already belong, which shows the will to give prevalence, over every other principle conflicting with it, to Community law. From *Olimpiclub* case, as noted, it could be also gained a further step towards a weakening of the *res judicata* against the Community law, since, contrary to the previous rulings, in which the Court had recognized the possibility of revocation of a final domestic ruling only when that possibility were explicitly recognized by national procedural law⁵⁵, in this case the Court of Justice establishes the primacy of Community law beyond the provisions of domestic legal systems⁵⁶.

The ruling of the judges of Luxembourg, affects also the field of the Italian tax process, in particular, about the *res judicata* formed in this process, and against which – as already mentioned – it is accepted, according to the interpretation provided by the Corte di Cassazione, a potential expansion of the external *res judicata*, in other proceedings between the same parties, in accordance with rules similar to those of the civil trial⁵⁷.

The ruling, in particular, establishing the disapplication of Article 2909 of the Civil Code where this prevents the national court that retains the dispute to consider the Community legislation on abuse practices on VAT, would clearly limit the role of that national provision, consisting of ensuring a uniform decision of a process whose parts and object coincide with those of a decision already become final and concerning another annuity, in accordance also with the more general principle of stability of the relations as referred to in Article 111 of the Italian Constitution⁵⁸.

The decision of the Court of Justice, ultimately, shows how the principle of primacy of Community law is particularly felt even in a field such

Community law by that decision.

⁵⁵ See, in particular, judgment *Kühne&Heitz*, cit.

⁵⁶ See M. CASTELLANETA, *L'obbligo di conformarsi a decisioni precedenti rende difficile il contrasto all'abuso del diritto*, in *Guida al Diritto, Il sole 24 ore*, 19 september 2009, pp. 71 and following.

⁵⁷ See *supra*, note n. 30. The tax process, having as subject matter the protection of a subjective right of the taxpayer, also extends to the merits and the assessment of the relationship. The *res judicata* formed in the tax trial, therefore, does not exhaust its effects in the limited space of the proceeding in which he was formed, but has a potential capacity of expansion in another action between the same parties, in accordance with rules not similar to those governing the effectiveness of external *res judicata* in civil process.

⁵⁸ The peculiarity of the tax process should be viewed considering the constitutionalization of the rule of the “due process” made by the new wording of art. 111 of the Constitution; a rule, which requires among other, the implementation of the effectiveness of the protection, which is the purpose for which responds the effectiveness of the *res judicata* (see Cass. ruling No. 13916/06, cit.).

as the one of abuse of law in taxation, where then, as well as other sectors, the principle of *res judicata* can not prevent the full and effective enforcement of the rules with Community origin⁵⁹.

6. Conclusions

Community law, owing to the primacy that characterizes it, affects strongly the subject of judicial protection within Member States, also influencing deeply the national legal systems. This impact was such to undermine the fundamental rule of the authority of *res judicata* and the more general principle of legal certainty, which, sometimes, has to give the way to the requirement of effective judicial protection of the positions guaranteed at Community level.

The influence of Community law is also evident in terms of procedural law of the Member States, particularly thanks to the work of the case law of the Community Court of Justice, whose recent rulings - as well as those of the European Court of Human Rights⁶⁰ - restrict increasingly the sphere of State sovereignty with regard, in particular, to the judiciary. In this context, undoubted relevance is covered by the preliminary ruling procedure under Article 234 of the EC Treaty⁶¹, a rule that does not merely give to the Community Court a profoundly different jurisdiction than the others under the Treaty, but establishes a real discipline of a procedural institution intended to integrate the domestic procedural law of the various Member States⁶².

And it is once again in a judgment made on a preliminary ruling of the national court, in this case, that the Court of Justice has come to confirm the primacy of Community law with respect to an internal principle like the one of *res judicata* which, in the light of his «yielding» nature compared

⁵⁹ It is in the light of the recognition of the special importance of the decisions of the Court of Justice for all proceedings relating to abuse and VAT, it was hoped that the Corte di Cassazione does not attempt to extend, by interpretation, the rulings of the Community court also outside the scope of VAT, see T. MARINO *Inopponibilità del giudicato «esterno» in ipotesi di pratiche abusive in materia di IVA*, in *Bollettino Tributario*, 2009, pp. 1404 and following.

⁶⁰ See, for example the famous decision *Dorigo* (European Court on Human Rights, judgment September 9, 1998, *Dorigo c. Italia*).

⁶¹ New Art.267 of Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE).

⁶² See L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2001, pp. 61 and following.

with other fundamental Community principles, if in conflict with them, will not find emergence⁶³.

Even acknowledging the several restrictive interpretations of the effects of the Community Court rulings with which the primacy of Community law over national *res judicata* has been established, it does not seem to be possible to deny the Court of Justice has undertaken a way aimed to affirm and reaffirm the need to disapply national law where it conflicts with the need for the effective application of Community law⁶⁴, even in the courts and not merely in administrative. Even with reference to the legal scenario resulting from legal changes introduced by the Lisbon Treaty, doubts may persist about the actual prevalence

⁶³ The existence of the principle of primacy of Community law has led the Italian Constitutional Court to develop the theory of *controlimiti*, under which the Constitutional Court, when issued with a matter, would be entitled to verify the compatibility of Community law with the Constitution and the fundamental principles enshrined in it. Although in the Fundamental Charter there is no express reference to the *res judicata* (which would still be covered through art. 24 Cost.), both the Constitutional Court and the State Council have repeatedly considered *res judicata* among the fundamental principles of the national law system that must be observed even with a breach of Community law and thus, to prevent from giving application to a decision of the Court of Justice that requires to disregard the internal rules that proclaim it. On the other hand, however, Community law was sensitive to the respect of the national principles of Community relevance. With the Charter of Nice - that with the entry into force of the Treaty of Lisbon, will acquire the same legal value as the Treaties - there had been, indeed, in the light of Justice, a sort of positivization of a catalog of fundamental rights at Community level corresponding to national counterparts (Article 6 par. 2 TEU). It has been observed how *controlimiti*, actually, should not be interpreted as means of defense of the domestic legal system against the pressures of integration of Community law, but as means to promote the progressive harmonization of the systems of law, in a continuous interchange between national institutions and Community ones; see M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2009, pp. 341 and following. About the subject, see, also, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 736 and following; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2004, pp. 1310 and following; C. PINOTTI, *I contro limiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Diritto Comunitario degli Scambi Internazionali*, 2009, pp. 211-228.

⁶⁴ In this regard, it is worth remembering that the new art. 19. par. 1 paragraph 2 of the Treaty on the European Union, as last amended by the Treaty of Lisbon, provides the obligation of the Member States to «establish the judicial remedies necessary to ensure an effective legal protection in the fields covered by Union law».

of Community law with respect to the national procedural principle of *res judicata*. With the entry into force of the Treaty of Lisbon, in fact, it does not appear in the text of the new Treaty a provision similar to that first envisaged in the Treaty establishing a Constitution for Europe, but never entered into force, which enshrined the principle of the primacy of Community law on the one of the Member States⁶⁵; it is instead included in the Final Act the Declaration n.17, which states that «in accordance with well settled case law of the Court of Justice of the European Union, the Treaties and the law adopted by the Union on the basis of the Treaties have primacy over the law of Member States, under the conditions laid down by the said case law»; to the declaration it is also attached a brief opinion of the Council Legal Service, according to which the lack of foresight in the future Treaty of the principle of primacy, which, however, is to be regarded as inherent to the specific nature of the European Community, is not able to alter the principle itself and the existing case law of the Court of Justice⁶⁶.

It is therefore undeniable that, despite the absence in the text of the Treaty of an express provision of the principle of primacy of Community law, which, however, has been supported so far, *de jure condito*, by Articles 19 and 249, paragraph 3 of the EC Treaty, it remains the fundamental role of the case law of the European Court with regard to its proclamation.

It only remains therefore to wait another *dictum* of the Community Court which sets out, once again, the field within which the national *res judicata* can operate «undisturbed» and the limit, instead, after which it must yield to the superiority and primacy of Community law.

⁶⁵ Article I-6 of the Constitutional Treaty so provided: «The Constitution and the law adopted by the Union institutions in the exercise of the competences conferred to it prevail over the law of the Member States».

⁶⁶ It is the opinion of the Legal Service of the Council of 22 June 2007, set out in document 11197/07 (JUR 260): «It results from the case-law of the Court of Justice that primacy of EC law is a cornerstone principle of Community law. According to the Court, this principle is inherent to the specific nature of the European Community. At the time of the first judgment of this established case law (Costa/ENEL, 15 July 1964, Case 6/641) there was no mention of primacy in the treaty. It is still the case today. The fact that the principle of primacy will not be included in the future treaty shall not in any way change the existence of the principle and the existing case-law of the Court of Justice».

Corte di Giustizia delle Comunità europee - Seconda Sezione - Sentenza 3 settembre 2009 – Causa C-2/08

Pres. Timmermans Skouris – Rel. Schiemann – Ministero dell’Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate (Italia) c/Fallimento Olimpiclub S.r.l.

Principio nazionale dell’intangibilità del giudicato (art. 2909 del codice civile italiano) – impedisce al giudice nazionale di prendere in considerazione le norme comunitarie – estensione dei suoi effetti al giudicato “esterno” – non è ammessa – norme comunitarie in materia di pratiche abusive – devono essere sempre considerate prevalenti sul diritto nazionale

Il diritto comunitario osta all’applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l’art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull’imposta sul valore aggiunto concernente un’annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

Primato del diritto comunitario e principi interni: «no» della Corte di Giustizia al giudicato esterno in ipotesi di pratiche abusive in materia di IVA

Laura Salvi*

* Dottoranda di ricerca in Diritto dell’Unione Europea, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Ferrara.

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il panorama giurisprudenziale a livello comunitario in tema di giudicato; 3. Segue: la sentenza Lucchini come svolta nel rapporto fra primato del diritto comunitario e autorità del giudicato; 4. Il caso

C-2/08, Fallimento Olimpiclub: i fatti della controversia e la giurisprudenza nazionale sul giudicato in materia tributaria; 5. Il dictum della Corte di giustizia: un altro colpo assestato al giudicato nazionale?; 6. Considerazioni conclusive

1. Introduzione

Con la sentenza resa il 3 settembre 2009 nel procedimento C-2/08 (*Amministrazione dell'Economia e delle Finanze c. Fallimento Olimpiclub Srl*)¹, la Corte di giustizia delle Comunità europee è tornata a pronunciarsi sul delicato tema del rapporto tra il principio dell'autorità di cosa giudicata di cui all'art. 2909 del codice civile italiano e i principi del diritto comunitario.

Già nella decisione *Lucchini* del luglio 2007, il giudice comunitario aveva statuito circa la revocabilità di un provvedimento nazionale di concessione di aiuti di Stato adottato in applicazione di una sentenza di un giudice interno passata in giudicato; a tal riguardo, la Corte aveva affermato che «Il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, quale l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità della cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva»².

¹ Corte giust., 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub S.r.l.*, reperibile sul sito <http://curia.europa.eu>.

² Corte giust., 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Siderurgica S.p.A.*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 6199 (vedi *infra*). Per un commento alla sentenza, che da subito ha suscitato molta attenzione in dottrina, nonché per un'analisi dello scenario giurisprudenziale ad essa precedente, che si andrà ad affrontare, vedi M.T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Dir. Comun. Scambi int.*, 2007, pp. 733-741; E. FONTANA, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Dir. comm. int.*, 2008, pp. 193-219; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino a intaccare le "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 9/2007, pp. 1189-1192; F. LAJOLO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Dir. comm. int.*, 2007, pp. 724-730; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, pp. 1591-1603; G. PERONI, *Il diritto comunitario prevale sul giudicato sostanziale*, in *Dir. comm. int.*, 2008, pp. 221-232; G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, pp. 595-616; E. SCODITTI, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Foro it.*, 2007, IV, pp.

Seppur con riferimento ad una diversa fattispecie, consistente in una controversia in materia tributaria avente ad oggetto un'ipotesi di mancato versamento dell'IVA da parte di una società italiana, con la recente sentenza *Fallimento Olimpiclub* i Giudici di Lussemburgo sono giunti a ribadire che il diritto comunitario si oppone all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale che sancisce l'autorità della cosa giudicata quando tale applicazione impedisce l'attuazione del diritto comunitario. Una pronuncia, quindi, che potrebbe rappresentare un ulteriore «arretramento» del principio dell'intangibilità della *res judicata*, sulla scia di quella che è stata descritta come una tendenza a «relativizzare» l'efficacia di questo istituto cardine di alcuni dei sistemi processuali degli ordinamenti nazionali e, in particolare, dell'ordinamento italiano³.

2. Il panorama giurisprudenziale a livello comunitario in tema di giudicato

La sentenza in rassegna si iscrive in un filone giurisprudenziale a livello comunitario, relativo ad un profilo particolare del conflitto fra giudicato nazionale e normativa comunitaria, che prende le mosse dal famoso caso *Köbler*⁴.

Con tale pronuncia, allineandosi alla sua precedente giurisprudenza in materia di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, inaugurata con la sentenza sul caso *Francoovich*⁵, poi confermata e “perfezio-

533-535; B. ZUFFI, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti statali*, in Giur. it., 2008 pp. 382-384.

³ Sul giudicato civile si vedano, *ex multis*, S. MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002; E. FAZZALARI, *Il cammino della sentenza e della «cosa giudicata»*, in Riv. dir. proc., 1988, pp. 589 e sg.; A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudicato civile e suoi limiti oggettivi*, in Riv. dir. proc., 1990, pp. 386 e sg.; A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1990, pp. 475 e sg.

⁴ Corte giust., 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Gerhard Köbler c. Republik Österreich*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239. Per una ricostruzione delle problematiche sottese a tale pronuncia si vedano, fra gli altri, G. ALPA, *La responsabilità dello Stato per «atti giudiziari». A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in Nuova giur. civ. comm., 2005, II, pp. 1 ss; N. PICARDI, *La responsabilità del giudice: la storia continua*, in Riv. dir. proc., 2007, 295 sg.; G. MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2004, pp. 1007 sg.; M. BREUER, *State liability for judicial wrongs and Community law: the case of Gerhard Köbler v. Austria*, in Eur. Law. Rev., 2004, pp. 243-254.

⁵ Corte giust., 19 novembre 1991, in cause C-6/90 e C-9/90, *Andrea Francoovich e altri c.*

nata” con le pronunce *Brasserie du Pêcheur e Factortame*⁶ e *Hedley Lomas*⁷, la Corte ha per la prima volta affrontato il delicato tema della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario derivanti da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, munita perciò *ex se* dell’autorità di cosa giudicata.

Consolidato progressivamente, attraverso le pronunce appena citate, il principio per cui lo Stato membro è responsabile della violazione del diritto comunitario da esso causata ogniqualvolta al singolo derivi da tale violazione un pregiudizio, con la conseguente possibilità per lo stesso singolo di ricorrere direttamente all’autorità giurisdizionale nazionale per ricevere l’indennizzo del pregiudizio subito⁸, a partire dalla sentenza *Köbler*, tale

Repubblica Italiana, in *Raccolta*, 1991, I, p. 5357

⁶ Corte giust., 5 marzo 1996, in cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport*, *ex parte: Factortame Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1029.

⁷ Corte giust., 23 maggio 1996, in causa C-5/94, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 2553.

⁸ Tale responsabilità era subordinata al soddisfacimento di tre specifiche condizioni, tutte egualmente necessarie: il risultato prescritto dalla direttiva doveva comportare l’attribuzione di diritti a favore di singoli, il contenuto di tali diritti doveva poter essere individuato sulla base delle disposizioni della stessa direttiva e, infine, doveva intercorrere un nesso di causalità tra la violazione dell’obbligo a carico dello Stato e il danno subito dal soggetto leso. Successive decisioni hanno ulteriormente precisato i presupposti concreti della responsabilità, che suppone, fra l’altro, una violazione sufficientemente grave e manifesta da parte dello Stato in questione. Si vedano, in particolare, le sentenze *Brasserie du Pêcheur SA*, cit.; Corte giust., 26 marzo 1996, *The Queen c. H.M. Treasury, ex parte British Telecommunication plc.*, in causa C-392/93, in *Raccolta*, 1996, I, p. 1631; Corte giust., 8 ottobre 1996, *Erick Dillenkofer e a. c. Bundesrepublik Deutschland*, in cause riunite C-178-179/94 e altre, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4845 sg.; Corte giust., 10 luglio 1997, *Danilo Bonifaci e a. Wanda Berto e a.*, in cause riunite C-94/95 e 95/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3969; Corte giust., 4 luglio 2000 *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigunghordrhein*, in causa C-424/97, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5123. In dottrina, fra i molti contributi, v. N. PECCHIOI, *La responsabilità pubblica comunitaria come sistema di diritto uniforme*, in *Dir. Un. Eur.*, vol. 2-3/2001, pp. 351 sg.; L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause «Brasserie du Pêcheur», «Factortame III» e «Hedley Lomas»*, in *Dir. Comun. Scambi int.*, 197, pp. 63-89; P. MENGOZZI, *La responsabilità dello Stato per danni causati a singoli da violazioni del diritto comunitario*, in *Riv. Dir. Int.*, 1994, pp. 617 sg.; F. CAPELLI, *L’obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in *Dir. Comun. Scambi Int.*, 1997, pp. 54 sg.; G. TESAURO, *Responsabilité des Etats membres pour violation du droit communautaire*, in *Rev. Marché Un. Eur.*, 1996, n. 3, pp. 15-34.

Anche nell’ipotesi di responsabilità dello Stato membro per comportamento degli organi giudiziari, le condizioni richieste per il sorgere della responsabilità sono quelle consolidate nella giurisprudenza della Corte per il sorgere della responsabilità extracontrattuale in generale;

principio ha trovato applicazione anche nei riguardi del potere giudiziario, determinando il superamento delle residue riserve dipendenti dalla difficoltà di configurare azioni risarcitorie nei confronti dello Stato per il fatto dei suoi organi giurisdizionali⁹.

Una delle principali obiezioni avanzate alla possibilità di configurare una responsabilità dello Stato in virtù di una sentenza passata in giudicato è che così facendo si andrebbe ad intaccare il principio dell'autorità della cosa giudicata, difficilmente conciliabile con il diritto del singolo ad ottenere un'adeguata riparazione a fronte della violazione subita¹⁰. Tale difficoltà è stata superata dalla Corte accogliendo una soluzione di mediazione, consistente nella constatazione di una non-insanabile inconciliabilità tra il principio di responsabilità e l'autorità di una sentenza definitiva¹¹. L'esistenza del giudicato nazionale, nella pronuncia in questione, non solo non è posta in discussione, ma assurge a premessa stessa della responsabilità dello Stato sul piano comunitario, nel senso che l'esistenza di un giudicato che ha leso i diritti riconosciuti dall'ordinamento comunitario in capo ai singoli è idoneo a configurare la responsabilità dello Stato¹².

in particolare, la Corte afferma che «in ogni caso una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata» allorché la decisione dell'organo giurisdizionale «è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte» (v. sent. *Köbler*, cit. *supra*, pt. 51-53).

⁹ Cfr., per quest'ultima osservazione, M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato ecc.*, cit. *supra*, nota 2.

¹⁰ Cfr. R. CONTI, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in Nuove auton., 2005, pp. 373 e sg.

¹¹ La Corte, invero, ha chiaramente affermato che il principio della responsabilità risarcitoria dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali non viene ad essere inficiato dal principio di intangibilità del giudicato. La diversità di oggetto e di parti tra il giudizio diretto a far valere la responsabilità ed il giudizio conclusivo con la decisione definitiva, infatti, implica che «il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non si oppone al riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado» (v. sent. *Köbler*, pt. 39-40). Cfr. inoltre le conclusioni dell'Avv. Gen. Léger del 8 aprile 2003, in *Raccolta*, 2003, I, p. 10239, il quale sottolinea come l'autorità della cosa giudicata sia un principio relativo e non assoluto (pt. 101).

¹² *Ibidem*, pt. 34. Il giudice comunitario ha basato le proprie argomentazioni sul principio di effettività, affermando che la protezione dei diritti che le norme comunitarie riconoscono ai privati risulterebbe affievolita o esclusa qualora si impedisse loro di ottenere riparazione per il solo motivo che la violazione del diritto comunitario è imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro. Sul principio di effettività, si vedano, tra gli altri, L. RAIMONDI, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in Dir. Un. Eur., 2008, pp. 773 sg.; L. LIMBERTI, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1996, pp. 991-1002.

Nel caso di specie, in sostanza, la regola del giudicato, fondamentale principio anche del diritto comunitario, non è risultata in contrasto con la regola della c.d. *primauté* di quest'ultimo: il giudice comunitario, seppur prudentemente, ha affermato l'intangibilità della cosa giudicata e, con questo, la preminenza delle esigenze di certezza del diritto sull'effettività del diritto comunitario¹³.

In questo orientamento giurisprudenziale, da cui emerge l'affermazione del principio della preminenza del diritto comunitario nei confronti di tutte le istituzioni dello Stato membro chiamate a dare pieno effetto alla normativa comunitaria, si inserisce anche la decisione *Kühne & Heitz*¹⁴. Ad essere affrontata, in questo caso, era la questione dell'immodificabilità di provvedimenti amministrativi divenuti ormai definitivi, inerente, come nei casi precedenti, il difficile rapporto tra le giurisdizioni nazionali e i loro giudicati da un lato ed i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario dall'altro.

¹³ La Corte, per corroborare le sue affermazioni, richiama la sentenza 1° giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss China time Ltd c. Benetton International NV*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 3055, in cui il giudicato viene individuato quale limite all'applicazione delle norme comunitarie di ordine pubblico (v. il pt. 46). Vedi, per un'analisi della pronuncia, L. RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, in Riv. arb., 1999, pp. 665-697; C. PUNZI, *Diritto comunitario e diritto nazionale dell'arbitrato*, in Riv. arb., 2000, pp. 253-247; S. BASTIANON, *L'arbitrabilità delle controversie antitrust tra diritto nazionale e diritto comunitario*, in Foro it., 1999, IV, c. 471 e sg.; M. FURSE, L. D'ARCY, *Eco Swiss China Time Ltd / Benetton: EC Competition Law and Arbitration*, in Eur. Compet. Law Rev., 1999, pp. 392 e sg.

Non dissimile, rispetto a quanto affermato nella pronuncia *Köbler*, è la posizione assunta dal giudice comunitario nella sentenza *Commissione c. Italia* del 9 dicembre 2003; anche in tale ipotesi, i plurimi giudicati della Corte di Cassazione italiana da cui era derivata un'interpretazione della norma interna in contrasto con il diritto comunitario non hanno impedito di riconoscere la responsabilità dello stato. Cfr., per un'analisi della vicenda, R. CONTI, *op. cit.*, pp. 385-387; C. RASIA, *Il controllo della Commissione europea sull'interpretazione del diritto comunitario da parte delle corti supreme degli Stati membri*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, pp. 1025-1051; M. MAGRASSI, *Repubblica italiana condannata ai sensi degli art. 226 e 228 TCE per un orientamento della Suprema Corte di cassazione*, in Dir. pubb. comp. Eur., 2004 pp.1003-1010; L. S. ROSSI, G. DI FEDERICO, *Case C-129/00, Commission v. Repubblica Italiana, judgment of 9 December 2003*, in Comm. Mar. Law Rev., 2005 pp. 829-849.

¹⁴ Corte giust., 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV contro Produktschap voor Pluimvee en Eieren*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837. Per un'analisi della pronuncia vedi D. DE PRETIS, «*Illegittimità comunitaria*» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in Giorn. Dir. amm., 2004, pp. 723 sg.; G. MARI, *op. cit.*, pp. 1007 sg.; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, pp. 35 e sg.; Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, *Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004*, in Revue de droit de l'Union Européenne, 2004, pp. 559 sg.; L. COUTRON, *Cour de justice, 13 janvier 2004*, in Rev. Aff. Eur., 2003-2004, pp. 417 sg.

La Corte, pur non affrontando direttamente la questione specifica del giudicato formatosi, nel caso di specie, sulla decisione amministrativa¹⁵, ma parlando piuttosto in termini di contrapposizione tra l'esigenza di effettività del diritto comunitario e il carattere definitivo della decisione amministrativa, nonché il connesso valore della certezza del diritto, ha ritenuto che detto valore non possa ostacolare la disapplicazione di una decisione amministrativa definitiva laddove essa risulti in contrasto con il diritto comunitario, ma ciò al ricorrere di una serie di specifiche condizioni¹⁶. Pur venendo ristretto, dunque, l'ambito applicativo del giudicato, che assume un carattere non assoluto, con una possibilità di una sua «rivisitazione» allorché le circostanze del caso lo consentano¹⁷, non viene tuttavia ridotta la sua portata dirompente alla luce del consolidato orientamento volto a sancirne l'intangibilità¹⁸.

Nuova e chiara conferma del rispetto del principio dell'intangibilità del giudicato si ritrova nel successivo caso *Kapferer*¹⁹, dove il giudice comunitario assume una posizione ancor più rigorosa. Dopo aver affermato la prevalenza delle sentenze interne passate in giudicato sul principio di leale collaborazione stabilito dall'art. 10 del Trattato, in adesione alle conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano, che richiamava a riguardo la sentenza

¹⁵ Ad affrontare la questione dell'autorità della cosa giudicata, rappresentata da un'intervenuta sentenza del giudice nazionale di ultima istanza, era stato, invece, l'Avv. Gen. Léger nelle sue conclusioni del 17 giugno 2003, in *Raccolta*, 2004, I, p. 837, il quale, a sostegno della soluzione della disapplicazione della regola nazionale dell'autorità di cosa giudicata laddove essa costituisca ostacolo all'effettiva applicazione del diritto comunitario, richiamava un precedente della Corte, la sentenza del 28 giugno 2001, in causa C-118/00 *Gervais Larys c. Institut national d'assurances sociales pour travailleurs indépendants (INASTI)*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 5063 (pt. 59-66 delle conclusioni).

¹⁶ Cfr. Sent. *Kühne & Heitz*, cit., pt. 25-28. Sul potere del giudice nazionale di riesaminare una decisione in contrasto con il diritto comunitario, si veda anche Corte giust., 7 gennaio 2004, in causa C-201/02, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Region*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 723.

¹⁷ Cfr. M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato ...*, cit., p. 735-736; ID., *Il problema del giudicato di diritto interno in contrasto con l'ordinamento comunitario o con la CEDU*, in *Dir. Comun. Scambi int.*, 2007, pp. 237-266

¹⁸ Cfr. G. MARI, *op. cit.*, p. 1015

¹⁹ Corte giust., 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapferer c. Schlink & Schick GmbH*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177. Nel caso di specie, il carattere definitivo della sentenza in contrasto con il diritto comunitario era dovuto al mancato esercizio dell'impugnazione. La vicenda nasceva dalla non corretta applicazione del regolamento 44/2001 da parte di un giudice nazionale che, attraverso il rinvio pregiudiziale, chiedeva al giudice comunitario se egli, in forza dell'art. 10 del Trattato CE, fosse tenuto a riesaminare ed annullare la decisione passata in giudicato e contraria al diritto comunitario, alla luce dei principi enunciati nella precedente sentenza *Kühne & Heitz*.

*Köbler*²⁰, la Corte esclude che il diritto comunitario imponga ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risulti che questa viola il diritto comunitario; ciò in ragione dell'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario che negli ordinamenti nazionali²¹.

Un approccio, quello seguito dalla Corte di giustizia, caratterizzato da una certa prudenza nel contemperare, da un lato il principio di leale cooperazione ed i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, dall'altro il principio della certezza del diritto e il principio del legittimo affidamento, attribuendo prevalenza a questi ultimi²².

3. Segue: Il caso Lucchini come svolta nel rapporto tra primato del diritto comunitario e autorità del giudicato

Rispetto alla posizione assunta dai giudici di Lussemburgo nelle pronunce testé ricordate, improntata all'affermazione dell'intangibilità della

²⁰ V. conclusioni dell'Avv. Gen. Tizzano del 10 novembre 2005, in *Raccolta*, 2006, I, p. 2585.

²¹ Cfr. sentenza *Kapferer*, cit., pt. 20-21. A distanza di pochi mesi dalla sentenza *Kapferer* è intervenuta la pronuncia *Traghetti del Mediterraneo* (Corte giust., 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 5177). Così come nel caso *Köbler*, anche questa sentenza, tuttavia, non incidere direttamente sul principio della cosa giudicata, in quanto avente un oggetto processuale diverso da quello proprio delle corrispondenti decisioni nazionali. Invero, l'oggetto della lite portata dinanzi ai giudici comunitari riguardava la conformità con il diritto comunitario di una legislazione nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori dei giudici, la legge italiana n. 117/1988, che limita la responsabilità degli organi giurisdizionali alle sole ipotesi di dolo e colpa grave. La Corte si è pronunciata a riguardo nel senso che il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che ponga una tale limitazione al riconoscimento della responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli (pt. 46).

Di poco successiva è un'altra rilevante pronuncia, Corte giust., 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany GmbH (392/04), Arcor AG & Co. KG (C-422/04), c. Bundesrepublik Deutschland*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 8559, per la quale si vedano, in dottrina, M. ZINZI, *Il complesso equilibrio tra la libera concorrenza, gli oneri per le licenze individuali e le esigenze del servizio universale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2007, pp. 436-439; L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, pp. 477-483; G. GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, pp. 235 sg.

²² Cfr. G. GRÜNER, *op. cit.*

cosa giudicata, seppur facendo talora trasparire la possibilità che tale principio (e in generale il principio di certezza del diritto) possa assumere un certo grado di relatività alla luce del primato del diritto comunitario, la pronuncia *Lucchini* del 18 luglio 2007 sembra aver rappresentato un *revirement* giurisprudenziale²³.

La peculiarità del caso affrontato nella sentenza *Lucchini* si ravviserebbe nel fatto che, diversamente dai casi precedenti, riconducibili alla sfera del diritto «privato» comunitario, ad essere oggetto di discussione in questa sede era l'esercizio di una competenza comunitaria esclusiva, in specie quella della Commissione a valutare la compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti²⁴.

²³ V. sentenza *Lucchini*, cit. *supra*. La vicenda nasceva da una questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte di giustizia con un'ordinanza del Consiglio di Stato, con cui veniva chiesto al giudice comunitario se in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile fosse giuridicamente possibile e doveroso il recupero da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario di un aiuto dichiarato incompatibile con il diritto comunitario dalla Commissione, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo.

Dell'opinione che tale pronuncia abbia rappresentato una svolta nel modo di intendere il rapporto tra primato del diritto comunitario e autorità del giudicato nazionale, proponendo un orientamento antitetico rispetto a quello che pareva essersi consolidato fino alle pronunce precedenti, è buona parte della dottrina che si è espressa sul caso di specie, vedi *supra*, nota n. 2. Talora, tuttavia, si è sottolineato come la portata di tale pronuncia non sia stata in realtà dirompente: essa sarebbe intervenuta, infatti, in un settore specifico quale quello degli aiuti di Stato, caratterizzato da una chiara ripartizione di competenza tra la Commissione e le giurisdizioni nazionali, esclusivamente per evitare una pericolosa confusione di ruoli; tale sentenza non avrebbe, quindi, messo in discussione le soluzioni giurisprudenziali consacrate fino a quel momento dalla Corte e, conseguentemente, non avrebbe minato il principio della *res iudicata*; cfr., ad es., in quest'ultimo senso, il commento di M. NICODEMO e L. BIANCHI, *Aiuti di Stato: primato del diritto comunitario su quello nazionale*, in *Dir. e prat. Soc.*, Il sole 24 ore, n. 21, 2007, pp. 54-66, e G. PERONI, *op. cit.*, p. 232, secondo il quale la pronuncia non avrebbe rappresentato tanto un ribaltamento di un principio ritenuto intangibile, quanto piuttosto una «naturale evoluzione del criterio della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale».

²⁴ V. sentenza *Lucchini*, cit., pt. 50-52. Si vedano anche, a riguardo, le conclusioni dell'Avv. Gen. Geelhoed del 14 settembre 2006, in *Raccolta*, 2007, I, cit., pt. 38-48. In dottrina, cfr. C. CONSOLO, *La sentenza della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, pp. 225-238. Con riguardo al controllo comunitario sugli aiuti di Stato, si vedano, ad es., G. TESAURO, *Diritto comunitario*, V edizione, Padova, CEDAM, 2008, pp. 789 sg.; E. TRIGGIANI, *Gli aiuti statali alle imprese nel diritto internazionale e comunitario*, Bari, Cacucci, 1989; E. FONTANA, *Aiuti di Stato e diretta efficacia*, Napoli, 2006.

Alla luce del principio del primato del diritto comunitario, nonché del sistema di riparto delle competenze tra Comunità e Stati (che risultava violato dalla sentenza del giudice nazionale - la Corte d'appello di Roma - passata in giudicato con cui si obbligava il Ministero al versamento alla Lucchini dell'aiuto che era stato però dichiarato illegittimo dalla Commissione), la Corte di giustizia arriva a concludere che la disposizione contenuta nell'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, va disapplicata nei limiti in cui la sua applicazione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

Con tale pronuncia, pur riconoscendosi che l'art. 2909 del codice civile sancisce il principio dell'intangibilità del giudicato, si arriva a stabilire che esso debba arretrare, e quindi debba essere disapplicato, laddove si ponga in contrasto con il diritto comunitario e, in particolare, con il regime degli aiuti di Stato.

Da un lato, dunque, si ha la statuizione per cui il primato del diritto comunitario prevale sull'autorità di cosa giudicata - ed è qui che si rinviene la portata innovativa della sentenza rispetto al tradizionale orientamento in materia -, dall'altro, tuttavia, la portata di tale statuizione viene limitata al solo caso in cui ad essere inficiata sia la competenza della Commissione a giudicare sulla compatibilità degli aiuti statali nel sistema comunitario della concorrenza.

Dopo *Lucchini*, la sentenza *Kempter*²⁵ del febbraio 2008 ha posto nuovamente in luce la forza del diritto comunitario all'interno degli ordinamenti nazionali, con riferimento però alla sorte di decisioni amministrative nazionali divenute definitive e risultanti in contrasto con il diritto comunitario a seguito di una successiva giurisprudenza comunitaria²⁶.

²⁵ Corte giust., 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 411.

²⁶ Si ripresentava, in sostanza, la situazione del caso *Kühne & Heitz*. La Corte, rifacendosi alla giurisprudenza anteriore al caso *Lucchini*, ha affermato che sebbene il principio della certezza del diritto sia un principio riconosciuto dal diritto comunitario, circostanze particolari possono portare un organo nazionale, alla luce del dovere di leale collaborazione, a dover riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva al fine di tener conto di un'interpretazione diversa delle norme comunitarie intervenuta successivamente da parte della Corte (pt. 37-38). Per un'analisi della sentenza, nonché della correlata questione della validità ed efficacia delle sentenze interpretative della Corte di giustizia sui provvedimenti interni definitivi, si veda, ad es. F. LAJOLO e S. MILANO, *Il riesame di decisioni amministrative nazionali definitive a seguito di una successiva sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. comm. int.*, 2008, pp. 447 sg.

4. Il caso C-2/08, Fallimento Olimpclub: i fatti della controversia e la giurisprudenza nazionale sul giudicato in materia tributaria

Veniamo ora all'analisi della vicenda oggetto della recente sentenza pronunciata dalla Corte di giustizia nel procedimento *Fallimento Olimpclub*.

L'Olimpclub s.r.l., società operante nel settore della costruzione e gestione di infrastrutture sportive, stipulava con l'Associazione Polisportiva Olimpclub, i cui membri fondatori coincidevano per la maggior parte con i detentori delle quote sociali della società, un contratto di comodato con il quale veniva riconosciuto all'Associazione la possibilità di utilizzare tutte le attrezzature del complesso sportivo, dovendo, a titolo di corrispettivo, assumere a proprio carico il pagamento degli oneri fiscali e trasferire alla società tutte le entrate lorde percepite. A seguito di verifiche fiscali da parte della guardia di Finanza, riscontranti irregolarità nel contratto di comodato, venivano emessi quattro avvisi di rettifica delle dichiarazioni IVA relative agli anni 1988-1991. L'Olimpclub impugnava tali avvisi davanti alla Commissione tributaria provinciale di primo grado di Roma che, ritenuti non convincenti gli argomenti dell'Agenzia delle Entrate - la quale sosteneva che il contratto di comodato, pur formalmente lecito, era stato utilizzato al solo fine di eludere la legge per conseguire un vantaggio fiscale - accoglieva il ricorso della società. Tale decisione veniva poi confermata in appello dalla Commissione tributaria regionale del Lazio, la quale ribadiva la mancata dimostrazione dell'intento fraudolento sotteso alla conclusione del suddetto contratto di comodato. Avverso tale sentenza, l'Amministrazione finanziaria proponeva ricorso per Cassazione lamentando, in sostanza, l'esclusione da parte del giudice di secondo grado della configurabilità dell'intento fraudolento del contratto senza offrire congrua ed adeguata motivazione delle ragioni che lo avevano indotto a tale conclusione.

Dinanzi alla Suprema Corte, per l'Olimpclub (nel frattempo fallita) si costituiva il curatore della procedura, eccependo, tra l'altro, l'esistenza di un precedente giudicato sostanziale reso tra le stesse parti sul medesimo oggetto. Si trattava, in particolare, di due precedenti pronunce della medesima commissione tributaria regionale del Lazio, non impugunate e perciò divenute definitive, in base alle quali il predetto negozio era stato già dichiarato valido ed efficace, seppur con riferimento a periodi d'imposta differenti²⁷.

²⁷ Si trattava delle decisioni della Commissione regionale del Lazio nn. 138/43/00 e 67/01/03

Affrontate le questioni preliminari, la Corte di Cassazione, nell'ordinanza di rinvio²⁸, procede nel merito della controversia, ribadendo innanzitutto la legittimità del contratto di comodato, oggetto dell'impugnato accertamento, in quanto - motiva il Giudice - non rientrante tra le operazioni inopponibili al Fisco per intenti elusivi contemplate nell'art. 10 della legge 408 del 1990. Con riferimento, poi, alla rilevanza dei giudicati richiamati dal Fallimento controricorrente, e ammissibilmente dedotti, la Cassazione ripercorre l'evoluzione del suo orientamento giurisprudenziale in materia tributaria.

La problematica concernente la possibilità di applicare in seno al processo tributario la regola del giudicato esterno²⁹ è stata da sempre oggetto di contrasti giurisprudenziali a livello nazionale. Limitando l'analisi alle pronunce più recenti della Corte di Cassazione, si può rilevare come, inizialmente, la sezione tributaria della stessa Corte, in merito alla rilevanza del giudicato esterno formatosi relativamente ad altra annualità della medesima imposta, avesse affermato che «quando due giudizi fra le stesse parti abbiano ad oggetto un medesimo rapporto giuridico ed uno dei due sia stato definito con sentenza passata in giudicato, l'accertamento compiuto in merito

pronunziatesi su contestazioni in materia di IVA, relative, rispettivamente, alle annualità 1992 e 1987, ritenute dalla Corte di Cassazione utilizzabili allo scopo di verificare il carattere lecito o meno del contratto di comodato oggetto di contestazione in quanto attestanti giudicati perfezionatisi successivamente al deposito della sentenza impugnata. Al contrario, la Corte non ha ritenuto utilizzabili, allo scopo, altri due giudicati invocati dal Fallimento, in quanto formati precedentemente all'esaurimento dei gradi di merito del giudizio in corso, e quindi non producibili per la prima volta in sede di legittimità; il Giudice di legittimità ha richiamato, in merito, il principio consolidatosi nella sua stessa giurisprudenza, secondo cui la documentazione attestante il giudicato esterno è ammissibile per la prima volta in cassazione, ma soltanto se la formazione del documento nuovo, costituito dalla sentenza passata in giudicato, si sia conclusa successivamente all'esaurimento dei gradi di merito, ritornando, altrimenti, operante la preclusione di cui all'art. 372 c.p.c., che vieta in linea di principio, il deposito, nel giudizio di legittimità, di atti e documenti non prodotti nei precedenti gradi del processo (cfr. Cass. 14190/07, Cass. Sez. un. 13916/06, 360/06, 16376/03).

²⁸ Cassazione civile, sez. trib., 21 dicembre 2007, n. 26996.

²⁹ L'espressione «giudicato esterno» indica la generale efficacia *erga omnes* del giudicato, il quale, si dice, copre il dedotto e il deducibile, negando, per il principio del *ne bis in idem*, un secondo esame da parte di un altro giudice sulla medesima fattispecie in base a circostanze o criteri diversi da quelli oggetto della precedente pronuncia e già proponibili nel corso dell'antecedente giudizio. La Corte di Cassazione ha precisato che gli effetti del giudicato esterno si devono comunque muovere entro binari ben determinati; in particolare, con riferimento al processo tributario, l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, quale «parametro» del giudizio di «contrarietà» al giudicato di una sentenza successiva pronunciata tra le stesse parti, non può che attenersi allo specifico rapporto tributario dedotto in giudizio dalle parti (v. Cass., sez. trib., n. 14714/2001).

ad una situazione giuridica o la soluzione di una questione di fatto e diritto incidente su un punto decisivo comune ad entrambe le cause o costituente indispensabile premessa logica della statuizione contenuta nella sentenza passata in giudicato precludono l'esame del punto accertato e risolto»³⁰.

Successivamente, tuttavia, la Corte di cassazione ha fatto rilevare in più occasioni l'adesione al c.d. principio della «frammentazione dei giudicati», cui è rimasta per lungo tempo ancorata, secondo cui «ogni anno fiscale conserva la propria autonomia rispetto agli altri e comporta la costituzione, tra contribuente e Fisco, di un rapporto giuridico distinto rispetto a quelli relativi alle annualità precedenti e successive, per cui qualora le controversie concernenti diverse annualità d'imposta del medesimo tributo siano state affrontate separatamente, ogni giudizio mantiene la propria autonomia e la soluzione data ad uno di esse non può costituire cosa giudicata rispetto ai procedimenti relativi ad altre annualità»³¹.

Il differente atteggiamento assunto dalle Sezioni semplici della Corte di cassazione ha reso necessario l'intervento delle Sezioni Unite che, con sentenza 4 maggio 2006 n. 13916³², hanno risolto il contrasto interpreta-

³⁰ Tale principio, affermato nella sentenza della Cassazione, sezione Tributaria, nn. 10280/2000, nonché nelle successive sentenze nn. 6883/2001 e 7506/2001, come precisato dallo stesso Giudice, era già stato sancito da altre Sezioni della Corte con riferimento al giudizio civile. Pur essendo stato riconosciuto che il processo tributario, rispetto a quello civile e amministrativo, conserva una sua spiccata specificità, vi è stato un chiaro recepimento in seno ad esso dei principi e della normativa vigenti in campo civilistico sul terreno del giudicato. Per consolidata giurisprudenza, infatti, dinanzi alle Commissioni Tributarie il passaggio in giudicato della sentenza fa stato tra le parti a norma dell'art. 2909 c.c., in relazione all'art. 324 c.p.c., essendo i principi regolatori della cosa giudicata e del giudicato regole generali ordinatrici del processo. Sull'argomento, non approfondibile in questa sede, si veda ad es. G. SETTIMIO TORO, *Il giudicato nell'attuale ordinamento tributario*, in *Giur. merito*, 2002, pp. 906 sg. Con una successiva sentenza della sezione Tributaria, la n. 8658/2001, veniva inoltre precisato che «predetto principio non trova deroga in caso di situazioni giuridiche di durata, giacché anche in tal caso l'oggetto del giudicato è un unico rapporto e conseguentemente neppure il riferimento al principio dell'autonomia dei periodi d'imposta può consentire un'ulteriore disamina tra le medesime parti della qualificazione giuridica del rapporto stesso contenuta in una decisione della Commissione tributaria passata in giudicato».

³¹ V. Cassazione, sezione Tributaria, sentenze n. 3551/05, 22197/04, 8709/03, 14702/01. Il Giudice, inoltre, precisa che «l'unico rimedio per impedire la possibile emissione di pronunzie contrastanti relative ad anni diversi, è costituito [...] dalla riunione preventiva dei giudizi», mantenendo ciascun giudizio, in caso contrario, la sua autonomia.

³² La vicenda nasceva da una controversia tra l'Azienda Municipale di Igiene Ambientale preposta allo svolgimento di attività di raccolta rifiuti per il comune di Verona e per comuni limitrofi, e lo stesso comune di Verona in ordine al rimborso dell'iva per le fatture emesse dall'Azienda nei confronti dell'ente locale. Dopo che, sia in primo che in secondo grado,

tivo, superando l'impostazione ispirata al principio della frammentazione dei giudicati.

La Corte, in particolare, muovendo dalla constatazione che l'oggetto del giudizio tributario non resta necessariamente circoscritto all'atto impugnato, ma coinvolge anche il merito della pretesa tributaria, entro i limiti posti dalle domande di parte, è arrivata ad affermare il principio per cui il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato nel giudicato concerna un impianto fondamentale comune a entrambe le cause, può essere utilmente invocato anche laddove si sia formato in relazione a un periodo d'imposta diverso da quello oggetto del giudizio; ciò sul presupposto che il criterio dell'autonomia dei periodi d'imposta non impedisce che il giudicato relativo a un periodo di imposta faccia stato anche per altri, quando incida su elementi che siano rilevanti per più periodi³³.

Orbene, pur osservando che, alla luce di questo principio, la decisione della controversia oggetto di giudizio risulterebbe pregiudicata dai due conformi giudicati, la Cassazione, nell'ambito del procedimento riguardante l'Olimpiclub, afferma che la rilevanza di tali giudicati va valutata alla luce dei principi del diritto comunitario e, in particolare, della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di abuso del diritto nel settore dell'Iva.

Nella sua ordinanza di rinvio, il giudice nazionale richiama infatti la sentenza della Corte di giustizia *Halifax*³⁴, in cui il giudice comunitario ha fornito una nozione di «abuso del diritto»³⁵ segnatamente operante in ma-

l'Azienda aveva ottenuto l'accoglimento del ricorso, contro la sentenza d'appello il Ministero dell'Economia e delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate avevano proposto ricorso per cassazione e, su richiesta dell'azienda controricorrente, la sezione tributaria aveva disposto con ordinanza la rimessione degli atti al primo presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

³³ Secondo la Corte, la regola dell'autonomia dei periodi d'imposta di cui all'art. 7 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, riguardante, peraltro, le sole imposte sui redditi, vale solo a negare la possibile esistenza di un'unica obbligazione corrispondente a più periodi d'imposta o di un rapporto di pregiudizialità-dipendenza tra le più obbligazioni sorte in periodi d'imposta diversi, non avendo, quindi, alcuna decisività rispetto alla soluzione del problema dell'«ultrattività del giudicato» (vedi pt. 3.5). Nello stesso senso, in dottrina, cfr., F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, vol. 2, VII ed., Torino, 2005, p. 23; ID., *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in Boll. Trib., 2006, pp. 1173 sg., il quale però nega l'ammissibilità di un'«ultrattività» del giudicato nel processo tributario, cioè l'estensione del giudicato al di là dell'accertamento del diritto soggettivo dedotto in causa.

³⁴ Corte giust., 21 febbraio 2006, in causa C-255/02, *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd e County Wide Property Investments Ltd c. Commissioners of Customs & Excise*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 1609.

³⁵ Per «abuso di diritto» si può intendere, in generale, l'impiego di una norma giuridica allo scopo di conseguire finalità diverse da quelle sue proprie, piegando a fini discorsivi

teria di IVA, identificando con tale espressione tutte quelle operazioni che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva³⁶ e della legislazione nazionale che la traspongono, abbiano lo scopo di procurare, e procurino effettivamente, un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni³⁷. Sempre nell'ambito del richiamo ai principi del

schemi contrattuali ed istituti ordinamentali. Si tratta tuttavia di un'espressione per la quale si riscontra a livello europeo l'assenza di una definizione universalmente accolta, essendo esso diversamente formulato da Stato a Stato e, talora, da fattispecie a fattispecie. A livello comunitario, la giurisprudenza della Corte di giustizia fornisce però una serie di elementi ai fini della ricostruzione del significato dell'espressione; l'abuso del diritto sarebbe caratterizzato dall'impiego della norma per un fine diverso da quello per cui è posta, quindi da un'alterazione del fattore causale nell'esercizio di un diritto (elemento oggettivo) e dalla consapevolezza del titolare del diritto dell'abusività del proprio comportamento (elemento soggettivo). In ambito comunitario, un riferimento alla figura dell'abuso di diritto si ritrova nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e nell'art. 17 CEDU, i quali sanciscono espressamente un divieto di abuso di diritto. Tale codificazione, si è osservato, aprirebbe una strada al riconoscimento del divieto di abuso di diritto come principio generale di diritto comunitario, tanto più alla luce dell'ormai acquisito valore vincolante della Carta di Nizza grazie all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; cfr. S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binsbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2003, pp. 291 sg.

³⁶ Si tratta della direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CE in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, in *GU L* 145, p. 1, come modificata dalla direttiva del Consiglio 10 aprile 1995, 95/7/CE, in *GU L* 102, p. 18.

³⁷ Cfr. sentenza *Halifax*, pt. 86. L'orientamento espresso nella sentenza *Halifax* è stato prontamente recepito dalla Cassazione, che ha affermato l'indetraibilità dell'Iva assolta in corrispondenza di comportamenti abusivi, volti, cioè, a conseguire il solo risultato del beneficio fiscale, senza una reale ed autonoma ragione economica giustificatrice delle operazioni (Cass., Sez. V, 5 maggio 2006, n. 10352). La Cassazione, nella sentenza n. 21221/06, ha poi puntualizzato che il principio del divieto di abuso del diritto trova applicazione, d'ufficio, anche nel giudizio di Cassazione, quale norma di diritto comunitario, nonché come canone interpretativo del sistema, che impone la disapplicazione delle norme interne con esso eventualmente contrastanti, con il solo limite dell'avvenuta definizione del rapporto controverso; essa ha negato, inoltre, la possibilità di estendere il predetto principio alle imposte (dirette) non armonizzate. Tra la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, si vedano, ad es., Cass., sez. trib., 21 gennaio 2009, n. 1465; Cass., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30057; Cass., sez. trib., 17 ottobre 2008, n. 8722.

Con successiva sentenza resa, peraltro, sempre su rinvio pregiudiziale della Corte di cassazione italiana, il giudice comunitario ha puntualizzato che l'esistenza di una pratica abusiva può essere affermata anche qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale ancorché non esclusivo, non essendo l'abuso impedito allorché nell'operazione concorrano altre ragioni economiche. (Cfr. Corte giust., 21

diritto comunitario, alla luce dei quali – precisa la Cassazione – la controversia va risolta, proprio in sede di formulazione del quesito pregiudiziale un preciso riferimento è fatto alla sentenza *Lucchini* e al principio in essa espresso per cui il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia stata dichiarata con decisione definitiva della Commissione europea.

Alla luce di tale precedente del giudice comunitario, rilevato che l'applicazione di un'interpretazione giurisprudenziale del giudicato esterno che ne riconosca una «ultrattività», cioè una proiezione al di là del singolo periodo che ne costituisce specifico oggetto, sembrerebbe impedire la compiuta realizzazione del principio di contrasto dell'abuso di diritto e determinare, attraverso la mancata applicazione dell'iva in funzione del carattere vincolante del giudicato nazionale, la violazione del primato del diritto comunitario in relazione a controversie coinvolgenti il rispetto da parte dello Stato membro di norme comunitarie imperative (tra cui sono annoverabili, appunto, anche le norme in materia di iva), la Corte di cassazione arriva a sottoporre alla Corte di Giustizia, ex art. 234 del Trattato CE, il seguente quesito: «se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione porti ad un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di stato [...] e, segnatamente, in materia di i.v.a. e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta, avuto, in particolare, riguardo anche al criterio di diritto nazionale, così come interpretato dalla giurisprudenza di questa corte, secondo cui, nelle controversie tributarie, il giudicato esterno, qualora l'accertamento consacrato concerna un punto fondamentale comune ad altre cause, esplica, rispetto a questo, efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta»³⁸.

febbraio 2008, in causa C-425/06, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Part service S.r.l.*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 897, pt. 42-45).

³⁸ Il Giudice di legittimità manifesta, dunque, il sospetto che la valutazione del giudice inferiore circa la non abusività del contratto di comodato stipulato dall'Olimpiclub non sia conforme alla nozione di abuso di diritto nel settore dell'iva quale definito dalla giurisprudenza comunitaria. Tale profilo viene sottolineato dell'Avv. Gen. Mazák nelle sue conclusioni alla

5. Il *dictum* della Corte di giustizia: un altro colpo assestato all'intangibilità del giudicato nazionale?

A fronte del rinvio operato dal giudice nazionale italiano, la Corte di giustizia si è trovata nuovamente ad intervenire per chiarire fino a che punto il diritto comunitario, in forza del suo primato, può incidere sul giudicato nazionale laddove una pronuncia giurisdizionale definitiva sia tale da causare una violazione del diritto comunitario.

Nella sentenza la Corte, richiamando i suoi precedenti in materia di rapporto tra diritto comunitario e giudicato nazionale³⁹, sottolinea anzitutto l'importanza rivestita dal principio dell'autorità di cosa giudicata, sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, nell'ottica della stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, nonché di una buona amministrazione della giustizia. Il diritto comunitario – ricordano i Giudici di Lussemburgo – non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario⁴⁰. La Corte, inoltre, non manca di sottolineare che le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nella competenza degli Stati, i quali hanno, a riguardo, autonomia procedurale proprio perché non esiste una normativa comunitaria in materia⁴¹.

sentenza *Fallimento Olimpiclub* del 24 marzo 2009, pt. 57-59; nel caso di specie, secondo l'Avvocato, il giudice del rinvio si preoccupa di garantire la corretta applicazione nella causa principale della norma comunitaria che vieta le pratiche abusive nel settore dell'IVA ma si trova nell'impossibilità di farlo a causa del principio della cosa giudicata sancito dal diritto italiano, in virtù del quale il giudice del rinvio si trova a dover accettare la constatazione, formulata in giudicati esterni relativi a periodi di imposta diversi, secondo cui l'operazione controversa non costituisce una pratica abusiva, sebbene egli la ritenga una constatazione inesatta. È importante rilevare, dunque, come la Corte di cassazione abbia richiesto al giudice comunitario di verificare la conformità con il diritto comunitario non di una disposizione nazionale, l'art. 2909 del codice civile, bensì dell'interpretazione che di tale norma la stessa giurisprudenza del giudice italiano di legittimità ha fornito.

³⁹ Cfr. sent. *Köbler e Kapferer*, cit.

⁴⁰ Cfr. sent. *Fallimento Olimpiclub*, cit., pt. 22 e 23.

⁴¹ *Ibidem*, pt. 24. Dalla constatazione dell'esistenza in capo agli Stati membri di un'autonomia procedurale, seppur nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività, muove anche il ragionamento sviluppato dall'Avv. Gen. Mazák nelle sue conclusioni, cit., pt. 35-39: «Il compito di dare attuazione al diritto comunitario – salvo laddove sia specificamente affidato alle istituzioni comunitarie – spetta in primo luogo alle autorità amministrative e giudiziarie nazionali degli Stati membri, che sono tenute, in forza dell'art. 10 CE, ad adottare tutte le

Fatte tali precisazioni, il giudice comunitario passa a chiarire la portata della sentenza *Lucchini*, che era stata richiamata dalla Corte di Cassazione e posta a fondamento stesso del rinvio pregiudiziale.

Sulla questione si era soffermato anche l'Avvocato generale Mazák nelle sue conclusioni - peraltro molto più a lungo di quanto non abbia fatto il giudice comunitario. Egli aveva sottolineato, a riguardo, che l'approccio adottato dalla Corte nella suddetta sentenza era indubbiamente caratterizzato dal riferimento alle circostanze di fatto e di diritto dello specifico caso e che, poiché era alla luce di tali circostanze che era stato compiuto il bilanciamento tra la certezza del diritto e l'imperativo della legalità comunitaria, non si sarebbe potuto evincere da tale precedente una tendenza della giurisprudenza della Corte a erodere il principio della cosa giudicata⁴². L'avvocato generale aveva poi proseguito in un'analisi delle divergenze tra la vicenda coinvolgente l'Olimpiclub e il caso *Lucchini*.

Egli aveva precisato innanzitutto che le esigenze del primato e dell'effetto utile valgono in generale per tutte le disposizioni del diritto comunitario, quindi anche per quelle in materia di iva, non rilevando a tal fine che le norme derivino dall'esercizio di una competenza esclusiva della Comunità. In queste ipotesi, la violazione di una norma comunitaria o una sua inesatta applicazione metterebbero in questione la ripartizione dei poteri tra la Comunità e gli Stati membri, con la conseguenza, come è avvenuto nella causa *Lucchini*, che, non avendo il giudice nazionale alcuna competenza in materia, la violazione del diritto comunitario è flagrante e l'autorità di cosa giudicata deve cedere il passo alle esigenze del primato e dell'effetto utile⁴³. In ipotesi concernenti invece settori come quello del sistema comunitario dell'iva, oggetto di parziale armonizzazione, la distinzione tra la sfera del diritto comunitario, da un lato, e del diritto nazionale, dall'altro, risulterebbe meno netta.

Sottolineando poi la diversità delle circostanze di fatto e di diritto tra il caso in questione e gli altri precedenti della Corte cui era stato fatto riferimento di fronte al giudice del rinvio⁴⁴, l'Avvocato generale Mazák rilevava

misure, generali o specifiche, necessarie a garantire l'adempimento degli obblighi sanciti dal diritto comunitario» cosicché, «in mancanza di specifiche disposizioni di diritto comunitario, gli Stati membri, nell'attuazione delle norme comunitarie, agiscono in linea di principio secondo le modalità procedurali e sostanziali del diritto nazionale».

⁴² Cfr. conclusioni Avv. gen. Mazák, cit., pt. 54-55.

⁴³ *Ibidem*, pt. 61-64.

⁴⁴ Si trattava del richiamo fatto dall'Olimpiclub alle sentenze *Eco Swiss e Kapferer*; nel caso in esame, a differenza che nelle vicende che avevano dato luogo a tali pronunce, le sentenze

che nel caso di specie «non sussistono interessi sostanziali connessi alla certezza del diritto che possano prevalere rispetto all'obbligo incombente al giudice a quo di applicare e dare piena efficacia al diritto comunitario - in questo caso al divieto di pratiche abusive nel settore dell'IVA» - e che, in definitiva, «il diritto comunitario osta all'applicazione di una norma che sancisce il principio della cosa giudicata con la portata e gli effetti in discussione nel caso di specie»⁴⁵.

Riprendendo il ragionamento dell'Avvocato generale, la Corte di giustizia afferma, *in primis*, che il richiamo alla pronuncia *Lucchini* e al principio in essa statuito non sarebbe atto a rimettere in discussione quanto affermato dalla precedente giurisprudenza comunitaria con riferimento all'autorità della cosa giudicata; invero, in tale sentenza la Corte aveva sancito sì il primato del diritto comunitario rispetto alle pronunce interne definitive riguardanti gli aiuti di Stato illegittimi, ma aveva però puntualizzato il carattere «del tutto particolare» della situazione in questione, attinente infatti ad una competenza esclusiva della commissione europea quale il recupero

definitive addotte come aventi valore di giudicato non verrebbero messe in discussione in quanto tali dalla decisione che il giudice del rinvio è chiamato ad adottare nella controversia principale. Secondo l'Avvocato, la situazione all'attenzione del giudice comunitario sarebbe invece comparabile a quella di cui alla sentenza *Köbler*, in cui lo stesso giudice ha riconosciuto il principio della responsabilità dello Stato per violazione derivante dall'attività di un giudice di ultima istanza respingendo l'argomento basato sull'autorità della cosa giudicata, che veniva opposto a tale riconoscimento, non avendo questo riconoscimento di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità di cosa giudicata (pt. 73-74). È interessante notare, peraltro, come l'Avvocato generale Mazák abbia accostato il caso *Köbler* e il caso *Olimpiclub*, sebbene il risultato raggiunto dal giudice comunitario nell'uno e nell'altro caso sia sostanzialmente diverso: nel primo caso la Corte risolve la controversia escludendo che il principio del giudicato venga posto in discussione; in *Olimpiclub*, invece, si riconosce che l'autorità della cosa giudicata debba subire un arretramento rispetto all'esigenza della chiara e uniforme applicazione del diritto comunitario e, pertanto, del principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale. In entrambi i casi, tuttavia, gli interessi connessi al principio della certezza del diritto, in specie l'autorità del giudicato, non sarebbero tali da compromettere l'affermazione delle contrapposte esigenze, cioè rispettivamente l'affermazione della responsabilità dello Stato e l'obbligo di applicare e dare piena efficacia alla normativa comunitaria avente ad oggetto il divieto di pratiche abusive nel settore dell'iva.

⁴⁵ V. conclusioni Avv. gen. Mazák, cit., pt. 75. La conclusione cui egli giunge è quella di una parziale deroga del principio della certezza del diritto, in favore della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale. Egli, infatti, ricorda che, come emerge dalla giurisprudenza comunitaria, «il principio della certezza del diritto – e il carattere definitivo delle decisioni derivante da tale principio – non è assoluto nel senso che prevale in ogni circostanza: semmai, esso dev'essere conciliato con altri valori meritevoli di tutela, quali i principi dello stato di diritto e del primato del diritto comunitario, nonché il principio di effettività» (pt. 47).

degli aiuti di Stato⁴⁶. Nella fattispecie – prosegue il Giudice – occorre verificare «se l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata cui fa riferimento il giudice del rinvio [...] sia compatibile con il principio di effettività» e, più in particolare, «se l'interpretazione soprammenzionata dell'art. 2909 del codice civile possa essere giustificata alla luce della salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario»⁴⁷. Al riguardo, la Corte ha osservato che detta interpretazione impedisce non solo di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se comporti una violazione del diritto comunitario, ma anche di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione concernente un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento incentrato su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato⁴⁸.

Viene dunque messo in evidenza dalla Corte come il cambiamento interpretativo realizzato dai giudici italiani in favore di una forza vincolante del giudicato per ogni periodo d'imposta rischi di compromettere seriamente la lotta all'abuso del diritto in ambito comunitario. Secondo il giudice comunitario, «una siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe la conseguenza che, laddove la decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di IVA in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale ...», e – prosegue la Corte - «... ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività»⁴⁹.

⁴⁶ Cfr. sent. *Fallimento Olimpiclub*, cit., pt. 25, in cui sono richiamati i punti 25 e 62 della sentenza *Lucchini*, cit. In quest'ultima pronuncia, peraltro, il giudicato della cui efficacia si discuteva, era interno, in quanto costituito da una decisione giudiziale pronunciata nell'ambito dello stesso procedimento nazionale all'interno del quale era poi stato disposto il rinvio pregiudiziale al giudice comunitario, vedi *supra*, par. 4.

⁴⁷ *Ibidem*, pt. 26 e 28.

⁴⁸ *Ibidem*, pt. 29.

⁴⁹ *Ibidem*, pt. 30-31. Indubbiamente determinante, per i giudici comunitari, è apparsa la circostanza che la questione sulla quale erano chiamati a decidere riguardasse un'imposta, l'iva appunto, avente una disciplina di diritto comunitario. La Corte, a riguardo, ha riconosciuto

La Corte di giustizia arriva così a concludere, accogliendo in pieno le conclusioni dell'Avvocato generale, che «il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'iva concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta»⁵⁰.

Il giudice comunitario, dunque, ha chiarito che la pronuncia definitiva riguardante un periodo d'imposta diverso da quello oggetto di esame del giudice (giudicato esterno) non può impedire a quest'ultimo di accertare correttamente e conformemente al diritto comunitario l'esistenza di pratiche abusive poste in essere nella vicenda sottoposta al suo esame⁵¹. Il principio del giudicato esterno, perciò, al fine di combattere l'abuso di diritto in materia di iva così come elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, deve cedere il passo a quello della prevalenza del diritto comunitario su quello interno, così come, parallelamente, il principio della certezza del diritto deve arretrare rispetto a quello dell'effettività del diritto comunitario; tutto ciò con la conseguenza, quindi, che in ipotesi di contrasto tra una norma interna e il diritto comunitario, il giudice tributario nazionale, al pari di

che la riscossione dell'iva svolge un ruolo importante nella costituzione delle risorse proprie della Comunità europea e che «l'applicazione dell'art. 2909 del codice civile potrebbe impedire la piena attuazione del principio della lotta all'abuso di diritto elaborato dalla giurisprudenza della Corte in materia di iva quale strumento diretto a garantire la piena applicazione del regime comunitario dell'iva» (v. pt. 17).

⁵⁰ *Ibidem*, pt. 32. In realtà, come già osservato (v. *supra*, nota n. 40), ad essere oggetto di discussione non è tanto la disposizione nazionale che sancisce l'autorità della cosa giudicata (art. 2909 c.c.) in quanto tale, bensì l'interpretazione di tale disposizione da parte del giudice nazionale.

⁵¹ Secondo quanto osservato da U. PETRUCCI, *Il giudicato secondo la Corte di giustizia UE*, in Boll. Trib., 2009, pp. 1354 sg., sarebbe improprio, nel caso di specie, parlare di «giudicato esterno»; la questione, secondo l'Autore, avrebbe dovuto essere inquadrata non sotto il profilo processuale del giudicato ma sotto il profilo sostanziale dell'unitarietà dell'obbligazione tributaria, una caratteristica di tale obbligazione che si manifesta laddove essa abbia ad oggetto fatti e comportamenti ad estensione pluriennale. Tale impostazione avrebbe fuorviato il giudice comunitario, che ha così proceduto nella sua sentenza all'esame dell'istituto del giudicato come previsto dalla legge italiana nell'art. 2909 c.c. In linea con tali osservazioni, cioè nel senso che il principio del giudicato, interno od esterno, non avrebbe dovuto essere messo in gioco nel caso specifico, cfr. F. TESAURO, *Giudicato tributario ecc.*, cit., p. 1175.

qualsiasi altro, dovrà disapplicare la norma interna che appaia incompatibile con l'ordinamento comunitario⁵².

In tale pronuncia, tuttavia, sebbene la Corte di giustizia disponga che il primato del diritto comunitario sull'articolo 2909 del codice civile italiano si estende a controversie tributarie in materia di iva, quindi a un settore sottratto alla competenza esclusiva comunitaria (com'era invece quello oggetto della controversia nel caso *Lucchini*), l'obbligo di disapplicazione dell'articolo 2909 c.c. è circoscritto ai soli casi in cui sia in gioco il giudicato esterno e laddove, sul merito della specifica controversia, non si sia ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva⁵³.

Non parrebbe dunque pacifica un'interpretazione della pronuncia del giudice comunitario nel caso *Olimpiclub* che la configuri come affermazione in termini assoluti ed incondizionati del primato del diritto comunitario rispetto al principio nazionale dell'autorità della cosa giudicata; proprio alla luce dei limiti sopra citati, tale sentenza sembrerebbe non avere una vera e propria portata generale e non rappresentare un superamento delle affermazioni emerse nella precedente giurisprudenza comunitaria, e in particolare, nella sentenza *Kapferer* del 2006⁵⁴.

È comunque indubbio che la sentenza in rassegna si inserisca in quella giurisprudenza, in cui già si inscrivono la sentenza *Lucchini* del 2007 e la sentenza *Kempter* del 2008, da cui emerge la volontà di far prevalere, rispetto a ogni altro principio con esso configgente, il diritto comunitario. Dal caso *Olimpiclub*, come è stato osservato, potrebbe inoltre ricavarsi un ulteriore passo in avanti verso l'indebolimento del giudicato rispetto al diritto comunitario, in quanto, contrariamente alle precedenti pronunce, in cui la Corte aveva riconosciuto la possibilità di revoca di una sentenza interna definitiva solo allorché tale possibilità fosse espressamente riconosciuta dal

⁵² Per un'analisi, in generale, del rapporto tra diritto comunitario e diritto tributario interno, v. ad esempio, C. MELILLO, *Il primato del diritto comunitario sul diritto interno e gli strumenti a disposizione del giudice (tributario) nazionale per la risoluzione delle antinomie tra norme (tributarie) nazionali e norme comunitarie*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2009, pp. 45-82.

⁵³ Di qui, secondo quanto osservato da U. PETRUCCI *op. cit.*, p. 1355, l'utilizzo da parte della Corte del condizionale («impedirebbe») per descrivere il rapporto fra giudicato ed applicazione del principio comunitario riguardante l'abuso del diritto.

⁵⁴ Cfr. sentenza *Kapferer*, cit., in cui, ricordiamo, il giudice comunitario aveva stabilito che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche laddove ciò consentirebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione.

diritto processuale nazionale⁵⁵, nel caso di specie la Corte di giustizia sancisce la prevalenza del diritto comunitario al di là di quanto disposto negli ordinamenti interni⁵⁶.

La pronuncia dei giudici di Lussemburgo, inoltre, va ad incidere anche nella sfera del processo tributario italiano, in particolare, sul tema del giudicato che in tale processo si forma, e rispetto al quale - come già accennato - si ammette, secondo l'interpretazione fornita della Corte di cassazione, una potenziale capacità espansiva del giudicato esterno, in altro giudizio tra le stesse parti, secondo regole non dissimili da quelle del processo civile⁵⁷.

La sentenza, in particolare, sancendo la disapplicazione dell'articolo 2909 c.c. laddove questo impedisca al giudice nazionale investito della controversia di prendere in considerazione la normativa comunitaria in materia di pratiche abusive relative all'iva, limiterebbe chiaramente la funzione di tale disposizione nazionale, consistente nel garantire una decisione in senso uniforme di un processo le cui parti e il cui oggetto coincidono con quelli di una sentenza già passata in giudicato e relativa ad altra annualità, in ossequio anche al più generale principio di stabilità dei rapporti di cui all'articolo 111 della Costituzione⁵⁸.

La pronuncia della Corte di giustizia, in definitiva, dimostra come il principio del primato del diritto comunitario sia particolarmente sentito anche in un campo come quello dell'abuso di diritto in materia fiscale, dove dunque, al pari di altri settori, il canone dell'autorità della cosa giudicata non può impedire la piena ed effettiva applicazione delle norme di origine comunitaria⁵⁹.

⁵⁵ Cfr., in particolare, sentenza *Kühne & Heitz*, cit.

⁵⁶ Cfr. M. CASTELLANETA, *L'obbligo di conformarsi a decisioni precedenti rende difficile il contrasto all'abuso del diritto*, in Guida al Diritto, Il sole 24 ore, 19 settembre 2009, pp. 71 sg.

⁵⁷ V. *supra*, nota n. 30. Il processo tributario, avendo ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo del contribuente, si estende anche al merito e all'accertamento del rapporto. Il giudicato che si forma nel processo tributario, perciò, non esaurisce i propri effetti nel limitato perimetro del giudizio in esito al quale si è formato, possedendo invece una potenziale capacità espansiva in un altro giudizio tra le stesse parti, secondo regole non dissimili da quelle che disciplinano l'efficacia del giudicato esterno nel processo civile.

⁵⁸ La tipicità del modello processuale tributario andrebbe letta considerando la costituzionalizzazione della regola del giusto processo operata dalla nuova formulazione dell'art. 111 della Costituzione; regola questa, che impone tra l'altro la realizzazione dell'effettività della tutela, la quale rappresenta la scopo cui precipuamente risponde l'efficacia del giudicato (si veda sentenza Cass. n. 13916/06, cit.).

⁵⁹ Proprio alla luce del riconoscimento della particolare importanza delle statuizioni della Corte di giustizia per tutti i procedimenti in materia di pratiche abusive e di iva, è stato

6. Considerazioni conclusive

Il diritto comunitario, per effetto del primato che lo caratterizza, incide con forza sulla materia della tutela giurisdizionale interna agli Stati membri, condizionando anche in modo profondo i sistemi giuridici nazionali. Tale impatto è stato tale da arrivare a mettere in crisi il canone fondamentale dell'autorità della cosa giudicata e il più generale principio della certezza del diritto, che deve, talora, cedere il passo all'esigenza dell'effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni garantite a livello comunitario.

L'influenza del diritto comunitario si manifesta anche sul piano del diritto processuale dei vari Stati membri, grazie soprattutto all'opera della giurisprudenza della Corte di giustizia comunitaria, le cui recenti pronunce – così come anche quelle della Corte Europea dei Diritti dell'uomo⁶⁰ – limitano sempre di più la sfera di sovranità statale per quanto attiene, in particolare, al potere giudiziario. Indubbia rilevanza, in quest'ottica, è rivestita dalla procedura pregiudiziale di cui all'art. 234 del Trattato CE⁶¹, norma che non si limiterebbe ad attribuire al giudice comunitario una competenza di tipo profondamente diverso rispetto alle altre previste dal Trattato, ma porrebbe una vera e propria disciplina di un istituto processuale destinato ad inserirsi nel diritto processuale interno dei vari Stati.⁶²

Ed è ancora una volta con una sentenza resa su rinvio pregiudiziale del giudice interno, nel caso di specie, che la Corte di giustizia è arrivata a confermare la preminenza del diritto comunitario rispetto ad un principio interno quale quello dell'autorità della cosa giudicata che, alla luce del suo carattere «cedevole» rispetto ad altri principi fondamentali comunitari, laddove con essi in contrasto, non potrà trovare affermazione⁶³.

auspicato che la Corte di cassazione non tenti di estendere, in via interpretativa, le statuizioni del giudice comunitario anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'iva; cfr. T. MARINO, *Inopponibilità del giudicato «esterno» in ipotesi di pratiche abusive in materia di IVA*, in Boll. Trib., 2009, pp. 1404 sg.

⁶⁰ Si veda, ad esempio la nota pronuncia *Dorigo* (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza 9 settembre 1998, *Dorigo c. Italia*).

⁶¹ Nuovo art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE).

⁶² Cfr. L. DANIELE, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in Dir. Un. Eur., 2001, pp. 61 sg.

⁶³ L'esistenza del principio del primato del diritto comunitario ha spinto la Corte Costituzionale italiana ad elaborare la teoria dei controlimiti, in base alla quale il giudice costituzionale, laddove investito di una questione, sarebbe legittimato a verificare la compatibilità dell'ordinamento comunitario con la Costituzione e i principi fondamentali da essa sanciti. Sebbene non si ritrovi nella Carta fondamentale alcun espresso riferimento al giudicato (che troverebbe comunque

Anche volendosi avallare letture variamente restrittive degli effetti delle pronunce del giudice comunitario con cui si è affermata la prevalenza del diritto comunitario rispetto al giudicato nazionale, non sembra potersi negare che è stato ormai intrapreso dalla Corte di giustizia un cammino volto ad affermare e ribadire la necessità di disapplicare il diritto nazionale laddove esso contrasti con l'esigenza dell'effettiva applicazione del diritto comunitario⁶⁴, anche in sede giurisdizionale e non soltanto amministrativa.

Anche con riferimento allo scenario giuridico derivante dalle modifiche introdotte con il Trattato di Lisbona, potrebbero permanere dei dubbi circa l'effettiva prevalenza del diritto comunitario rispetto al principio processuale di diritto interno del giudicato. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, non compare nel testo del nuovo Trattato una disposizione simile a quella prima prevista nel Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa, tuttavia mai entrato in vigore, che sanciva il principio del primato del diritto dell'Unione europea su quello degli Stati membri⁶⁵; viene

copertura per il tramite dell'art. 24 Cost.), sia la Corte costituzionale che il Consiglio di Stato hanno in più occasioni annoverato il giudicato tra i principi fondamentali dell'ordinamento interno che devono essere soddisfatti anche in presenza di una violazione del diritto comunitario e dunque, tali da impedire di dare applicazione a una sentenza della Corte di giustizia che imponga di non tener conto nel caso di specie delle norme interne che li sanciscono.

D'altra parte, però, l'ordinamento comunitario si è dimostrato attento al rispetto dei principi nazionali di rilevanza comunitaria. Con la Carta di Nizza - che con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, acquisirà lo stesso valore giuridico dei Trattati - si era avuta infatti, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, una sorta di positivizzazione di un catalogo di diritti fondamentali a livello comunitario omologhi a quelli nazionali (art. 6 par. 2 TUE). Si è comunque osservato come i controlimiti, in realtà, non andrebbero interpretati quali strumenti di difesa dell'ordinamento interno contro le spinte di integrazione dell'ordinamento comunitario, bensì come mezzo per favorire la progressiva armonizzazione degli ordinamenti, in un interscambio continuo tra istituzioni nazionali e comunitarie; cfr. M. G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in Riv. it. Dir. Pubbl. comunit., 2009, pp. 341 sg. Sull'argomento si vedano, altresì, A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. contro limiti costituzionali*, in Dir. Un. Eur., 2007, pp. 736 sg.; A. CELOTTI - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs. controlimiti*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2004, pp. 1310 sg.; C. PINOTTI, *I contro limiti nel rapporto tra diritto comunitario e nazionale*, in Dir. comun. Scambi int., 2009, pp. 211-228.

⁶⁴ A riguardo, vale la pena di ricordare che il nuovo art. 19. par. 1 comma 2 del Trattato sull'Unione europea, come da ultimo modificato con il Trattato di Lisbona, prevede l'obbligo degli Stati membri di «stabilire i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

⁶⁵ L'articolo I-6 del Trattato costituzionale così recitava: «La Costituzione e il diritto adottato dalle istituzioni dell'Unione nell'esercizio delle competenze a questa attribuite prevalgono sul diritto degli Stati membri».

invece inserita nell'Atto finale la dichiarazione n. 17, in cui si afferma che «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza»; alla dichiarazione, inoltre, è allegato un sintetico parere del Servizio giuridico del Consiglio, secondo il quale la mancata previsione all'interno del futuro trattato del principio della preminenza, il quale, peraltro, è da considerarsi come insito nella natura specifica della Comunità europea, non è tale da alterare il principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia⁶⁶.

È dunque innegabile che, nonostante l'assenza nel testo del Trattato di un'espressa previsione normativa del principio del primato del diritto comunitario, che comunque è stato finora confortato, *de iure condito*, dagli artt. 19 e 249, comma 3, del Trattato CE, resta fermo il fondamentale ruolo della giurisprudenza della Corte per quanto riguarda la sua proclamazione.

Non resta dunque che attendere un'ulteriore *dictum* del giudice comunitario che precisi, ancora una volta, il campo entro il quale il giudicato nazionale può operare «indisturbato» e il limite, invece, superato il quale esso deve cedere di fronte alla superiorità e alla preminenza del diritto di matrice comunitaria.

⁶⁶ Si tratta del parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260): «Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata (Costa contro ENEL, 15 luglio 1964, causa 6/64) non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia».

Italy - Corte di Cassazione (Supreme Court) - Tax Chamber - Judgement No. 8488, April 9, 2010

Italian-Swiss Double Taxation Convention – Permanent establishment – Personal permanent establishment – Non independent agent with permanent powers of attorney – Subsistence.

The Article 5 of the Italian-Swiss Double Taxation Convention – ratified and implemented in Italy by Law No. 943 of December 23, 1978 – sets out the existence of two alternative types of permanent establishment: material permanent establishment and personal permanent establishment.

Non independent agents with permanent powers of attorney are personal permanent establishments.

The concepts of material permanent establishment and personal permanent establishment according to a recent judgement by the *Corte di Cassazione* (Italian Supreme Court)*

Luca Di Nunzio

* Edited in English by the Author

CONTENTS: 1. *Brief historical introduction to the concept of permanent establishment; 2. The Thema Decidendum, the First Instance Judgements and the Principles Defined by the Corte di Cassazione; 3. On the alternativity of*

material and personal permanent establishments; 4. The personal permanent establishment and the agent of an (in)dependent status; 5. Conclusions.

1. Brief historical introduction to the concept of permanent establishment

The judgement examined concerns a case not particularly remote in time (1982 – 1988), but which is certainly superseded from a legal point of view.

At the time of the events, the Italian legislation had not defined in any way the boundaries of the concept of permanent establishment, as occurred instead a few years ago with the introduction of Article 162 into the TUIR (Income Tax Law), titled «permanent establishment», with Presidential Decree No. 917 of December 22, 1986¹.

The absence of any legislation, *ratione temporis*, brings about the need for a brief introduction of this concept, in order to better understand the hermeneutical methodology that today has led the *Corte di Cassazione* to draw such conclusions.

This introduction can start from 1958, when the concept of permanent establishment began to appear in TUIR No. 645 of 29 January 1958 on direct taxation².

In the second paragraph of Article 82, titled «Territoriality of the Tax», it is possible to observe a first attempt at defining this concept³: the aforesaid article merely contained a couple of references, such as «*sede centrale*» (headquarters) and «*succursale*» (branch), in line with Article 2506⁴ of the Italian Civil Code, which sets out that the company records of Italian branches of foreign enterprises must be drawn up in the form of public deeds. As clearly emerges, there is no reference to any personal permanent

¹ In the version indicated in the legislation introduced with Legislative Decree No. 344 of December 12 2003.

² See, TARDELLA, *Stabile organizzazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. comm.*, vol. XV, Torino, 1998, p. 152 et seq.

³ The text contained in the TUIR was the following: «Incomes generated by business organizations operating in Italy and abroad are considered produced in Italy in connection to the portion of activity carried out in the Italian territory through its headquarters, branches or other permanent establishments».

⁴ In the version applicable before the reform introduced with Legislative Decree No. 6 of January 17, 2003. The legislation applicable today is contained in Article 2508 of the Italian Civil Code.

establishment, which allows to understand that a single notion of this concept was still *in fieri*.

A broad and important effort was made by jurisprudence, in order to achieve a less vague definition, as occurred for example with the *Corte di Cassazione's* judgement No. 2854⁵ of November 30, 1967, which sets out the existence of a permanent establishment in the event of an Italian company representing the material element of the branch of a foreign enterprise.

However, the concept of permanent establishment still lacked a matrix, an element which allowed to define the contents of a legislation that, for certain aspects, still had a vacuum.

In the seventies, the idea – actually not entirely sustainable⁶ – that a permanent establishment was an independent organization, both from an accounting and a management point of view, started to become fairly widespread, as indicated by the judgement of the *Corte di Cassazione* No. 2672⁷ of July 9, 1975.

Concurrently, even though to a minor extent, also the concept suggested by the OEDC Committee on Fiscal Affairs began to develop. Thanks to the first Model tax Convention, which was adopted in 1963, this concept became a real interpretation tool for the jurisdictions and administrations of OEDC Countries.

⁵ See also judgement by the *Corte di Cassazione* No. 762 dated March 8, 1969, which set out that: «the need to identify an organized unit connected with the foreign headquarters, which includes an entity with separate legal personality and capable of representing the enterprise in Italy permanently pursuant to Articles 2506 and 2508 of the Italian Civil Code, has always been sustained by this Court, with the further consideration that the relevant investigation in its final stage shall include an appraisal of the facts».

⁶ See the comment by M. DEL GIUDICE, *La nozione di stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia*, in *il Fisco*, 2008, p. 8014 – 8015. The author claims that independence from an accounting and management point of view is not sufficient, as it does not constitute «an exclusive and unambiguous criterion for defining the concept of permanent establishment».

⁷ It stated that «an Italian permanent establishment of a foreign enterprise, even though does not have a separate legal personality, is an independently-run business entity, so much so as to meet – for the purposes of the aforesaid tax – the objective prerequisite of identification of the foreign enterprise as a tax payer under the Italian law, and to generate results that can be reported in independent accounting records». *Idem*, Ministerial Resolution No. 9/2398 of February 1, 1983. See, G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1977, p. 426 et seq., who claims that a permanent establishment is a separate entity from a legal point of view. In the same direction, F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di stabile organizzazione secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985.

One of the leading innovations introduced by the first Model tax Convention was the abandonment of the concept of «productive character», which was replaced with that of «fixed place of business».

Authoritative opinions have highlighted that, within an enterprise, each element contributes to the productivity of the whole, and consequently productivity is not a “characterizing” element, since it is innate in the concept of permanent establishment⁸.

The same principle was adopted by the Financial Administration in its circular letter No. 7/1496⁹ of April 30, 1977, where – on the one hand – it acknowledged the authenticity of interpretation of the OECD Model, but – on the other – did not accept the 1977 version of the model, stating that the specific examples indicated at Article 5, second paragraph, should be considered an “*a priori*” permanent establishment¹⁰.

⁸ See A. LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in V. UCKMAR (editor), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, p. 437, Note No. 7, containing the following quotation from OECD, *Rapport du Comité fiscal. Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune. Commentaires sur les articles du projet de convention*, Paris, 1963, p. 72: «Le critère du “caractère productif” étant rejeté on aurait pu envisager d’ajouter à la définition générale, dans la nouvelle rédaction du paragraphe 1 de l’article, le critère de “profitabilité”. Ce point de vue finalement été rejeté surtout parce que la notion de la “profitabilité” ne semblait pas convenir parfaitement». Additionally, *IBIDEM*, p. 444. The latest version of the OECD Commentary to the Convention model, Article 5, point 3., states that «in the general definition some mention should also be made of the other characteristic of a permanent establishment to which some importance has sometimes been attached in the past, namely that the establishment must have a productive character, i.e. contribute to the profits of the enterprise. In the present definition this course has not been taken. Within the framework of a well-run business organization it is surely axiomatic to assume that each part contributes to the productivity of the whole».

⁹ Where it is stated that «in the absence of a definition provided by the legislation, it is necessary to refer to the only source available on the matter, emerging from international agreements on double taxation. At such regard, it is important to mention the definition of permanent establishment provided by the convention model adopted by OECD (Article 5), from which the corresponding clauses of the agreements signed by Italy stem». On the other hand, the current OECD Commentary, *sub* Article 5, point 12., continues to explain that the cases indicated at the second paragraph are mere «*examples*». On the authenticity of the interpretation adopted by the OECD Commentary, see also Circular No. 9/1496 dated April 30, 1977 and the judgement passed by the *Corte di Cassazione* No. 9580 dated September 19, 1990.

¹⁰ Italy explicitly expressed a reservation about the interpretation provided by the OECD Commentary *sub* Article 5, 2nd paragraph. See OECD Commentary, Article 5, point 43.: «these examples can always be regarded as constituting a priori permanent establishments». See also M. CERRATO, *La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in C. SACCHETTO – L. ALEMANNINO (edited by), *Materiali di diritto tributario internazionale*, IPSOA Milano, 2002, p. 108 and et seq.

In more recent times, in the eighties, i.e. the period to which the judgement of the *Corte di Cassazione* concerned refer, the domestic legislation can be represented as follows.

Article 19, first paragraph, No. 5, of Presidential Decree No. 597¹¹ of September 29, 1973, classified «permanent establishments» as tax payers, without specifying what it meant in conceptual terms.

The new Consolidated Income Tax Act (TUIR) provisions on personal incomes, approved by Presidential Decree No. 917, of December 22, 1986, did not introduce any significant changes and Article 113 still contained a generic reference to «permanent establishment» as a prerequisite for the applicability of the tax to non-resident companies and organizations.

In that framework, the legislator *de facto* attributed to doctrine, praxis and experts' opinions the task of defining the permanent establishment's concept¹².

In this regard, it is important to remind that in 2002 the abovementioned institution was increasingly taking shape, thanks to a set of judgements known as "*Philip Morris*"¹³.

Among all the various principles emerging from the aforesaid decisions, some require an explanation, in light of the fact that the judgement examined herein contains express references to such precedents and is not meant to diverge from them¹⁴.

In particular, Judgement No. 7682 of the *Corte di Cassazione* dated May 25, 2002, defined, among others, the following principles:

«the existence of the prerequisites of a permanent establishment, including the element of dependency and the participation in the execution of contracts – or negotiations – in the name of a foreign enterprise (even beyond any representation power, meant in a strict sense), must be ascertained not only in terms of form, but also – and especially – of substance»;

¹¹ In force until December 31, 1987.

¹² This concern was expressed even more clearly in the Report on the Legislative Decree scheme that introduced the reform of taxation on company's income, implementing Article 4, 1st paragraph, letters from a) to o), of Law No. 80 of April 7, 2003, which reads as follows: «Section I introduces the concept of permanent establishment, thus filling a vacuum existing in income tax legislation».

¹³ Judgements passed by the *Corte di Cassazione*: No. 3367 of March 7, 2002; No. 3368 of March 7, 2002; No. 7682 of May 25, 2002; No. 10925 of July 25, 2002.

¹⁴ It is important to remind that Italy observed, at point 45.10 of the Commentary to the OECD Model, that the interpretations provided in its domestic legislation of the cases at 33., 41., 41.1 and 42. cannot be overlooked.

«the participation of representatives or delegates of a national organization in any step in the conclusion of contracts between a foreign enterprise and a resident entity may refer to the power to execute contracts in the name of the enterprise, also in case of lack of the power of representation».

As clearly emerges, the various attempts at defining a permanent establishment in a comprehensive way testify to the numerous difficulties deriving from a lack of a definition in Italian legislation before 2004.

As a consequence, the interpretative instruments nowadays available to the *Corte di Cassazione* are based on the precedents established by it – more specifically, the “*Philip Morris*” case – including the OECD Commentary, but there is no domestic legislation at such regard (which appears in Italy after 2004).

2. The *thema decidendum*, the first instance judgements and the principles defined by the *Corte di Cassazione*

The case analyzed by the *Corte di Cassazione* concerned a Swiss company which provided services in Italy to *Ferrovie dello Stato* (the Italian railway system) through an Italian person, Mr. B.B., who had the power to sign public contracts on its behalf but had no authority to make any decision at such regard.

In connection to the prerequisites concerning a permanent establishment in Italy, pursuant to the Italian-Swiss Double Taxation Convention¹⁵, the *Ufficio delle Imposte Dirette* (Direct Tax Office) of Rome ascertained that the Swiss company failed to report portions of income and pay *IRPEG* (Company Income Tax) and *ILOR* (Local Income Tax) for the financial years included between 1982 and 1988, and thus imposed the relevant sanctions.

In particular, pursuant to Article 7, para. 1, of the Convention¹⁶, and the provisions of Article 5, permanent establishments in Italy are subject

¹⁵ The Convention was signed in Rome on March 9, 1976, and ratified by Italy with Law No. 943 dated December 23, 1978.

¹⁶ The text is reported for convenience: «Incomes generated by an enterprise in a State which is a party to the Convention are subject to taxation only in such State, unless the enterprise carries out its activity in the other State through a permanent establishment. If the enterprise carries out its activity in such way, the incomes will be taxed in the other State, but only in connection to the portion attributable to the permanent establishment».

to taxation – according to said Office – exclusively in connection to the income generated and activity carried out by it.

The decisions passed on the case, which resulted in the Central Tax Commission's judgement filed in May 2003, set out the inexistence of the prerequisite required, in consideration of the fact that, even though a material permanent establishment existed, it lacked the subjective element, since Mr. B.B. was only granted power of signature, but had no negotiation power.

According to the interpretation adopted by judges, a permanent establishment consists in a structure made up of two necessarily co-existing elements: one objective or material (in the case at hand, the management)¹⁷, and another one which is subjective or personal (a representative with the power of signature)¹⁸.

Having left aside the hermeneutical method and ascertained the absence of decision-making power by the representative, who merely acted as a *nuncius* through which contracts could be entered into in Italy¹⁹, the decision sets out the absence of a permanent establishment, and consequently the illegitimacy of the acts performed by the aforesaid Office.

In their defense, the Ministry of Finance and the *Agenzia delle Entrate* (Tax Authority) claimed, *a contrario*, that the said decision could not be upheld due to an erroneous qualification of the institution of «permanent establishment». Actually, in their opinion, there is no «double requirement», i.e. objective and subjective, as one or the other would be sufficient, in an alternative way.

The Swiss company, even though it accepted the interpretation provided by the Financial Administration concerning the alternativity of material and personal permanent establishments, claimed that there was no material permanent establishment, «since the duration of the permanent

¹⁷ Article 5, paragraphs 1, 2 and 3, Italian-Swiss Convention.

¹⁸ Article 5, paragraphs 4 and 5, Italian-Swiss Convention.

¹⁹ For an in-depth analysis of the nature of the power of representation, see C. SANTAGATA, *Del mandato*, comment on Articles 1703 – 1709, in *Commentario del codice civile*, A. SCIALOJA – G. BRANCA (editors), Zanichelli, Bologna, 1985, p. 63 et seq. In particular, the author points out that «the way in which the cooperator acts, especially in connection to the “external” part of his/her activity, may range – in accordance to the subject-matter involved and the regulations adopted based on the enterprise's management program – from that of a general representative to that of a *nuncius*, as his/her role will depend on the enterprise's decisions as to the planning and management of the activities that he/she will carry out «on its behalf». Consequently, usually a distinction is made between a general representative, who is also granted management and organizational power in the initial stage of the contract, from a mere representative of someone else's will, generated independently, i.e. a *nuncius*.

establishment was about two hundred days [...], while the minimum period required under Article 5 of the Convention was one year».

In that regard, the *Corte di Cassazione* expressed the opinion that the legislation concerned does not consider the material and personal elements as necessary requirements in order to qualify a permanent establishment as such.

Article 5 of the aforesaid Convention does not contain any indications as to the presence of the two elements, but merely identifies two typologies of establishments, which are connected by a common element: the capability to generate taxable income in a specific country.

Another principle indicated by the *Corte di Cassazione* consists in the co-existence of a non-independent agent that has been permanently granted representation powers by the foreign company.

Once defined the terms of the case, it is possible to identify the issues concerned by the judgement at hand, which will be analyzed later: i.e. the alternativity of the criteria identified by the Convention, and the concept of permanent establishment in a strict sense.

3. On the alternativity of material and personal permanent establishments

In order to be able to understand if there is any real alternativity between a material and a personal permanent establishment, it is necessary, *in primis*, to consider the systematics of said Convention.

The concept of permanent establishment is defined by Article 5 of the Italian-Swiss Convention. The first paragraph describes in general terms the material form of a permanent establishment, while the following paragraphs provide a more specific explanation.

The two key elements identified are the following: (i) the existence of a fixed place of business and (ii) the performance, wholly or partially, of the foreign enterprise's business activity through said fixed place.

Paragraph 2 adds a more specific definition to the general criterion, and includes a well-defined list of cases, ranging from «place of management» to «building or assembly site, whose duration exceeds twelve months». The third paragraph indicates the cases that are certainly excluded from the aforesaid definition, as may intentionally be determined by each State.

The fourth paragraph contains a definition of personal permanent establishment.

The entity concerned – an individual or a company – must act, (i) on behalf of an enterprise of the other State by means of (ii) powers normally exerted and which enable it to (iii) execute contracts in the name of the foreign enterprise, except the purchase of goods.

The fifth paragraph defines by means of a negative statement another specific aspect related to the *status* of independence that the person must have in order not to be considered a personal permanent establishment.

As emerges from the scheme above, the opinion expressed by the judges concerned cannot be sustained, as there is no element of connection between the first, the second and the third paragraphs – on the one hand – and the fourth and fifth – on the other – which leads to think that the two concepts are clearly independent.

To sum up, considering the way it is laid down, the law does not allow any other construction than the one indicated in the judgement concerned.

The opinion expressed by OECD in the latest version (July, 2008) of the Commentary to the Convention model is not different, as indicated at point 31. *sub* Article 5: «an enterprise should be treated as having a permanent establishment in a State if there is under certain conditions a person acting for it, even though the enterprise may not have a fixed place of business in that State within the meaning of paragraph 1 and 2».

Similarly, the judgement of the *Corte di Cassazione* No. 8820²⁰ dated November 27, 1987 set out that, in order to determine the existence of a permanent establishment, it was sufficient that a foreign enterprise carried out its activity in Italy through an «organizational structure, material and/or personal».

The subject-matter at hand should not be confused with another one, which, even though similar, is very different, since in that case the prerequisite of co-existence of a material and personal element in the permanent establishment is of an ancillary nature.

For example, the cases concerning the existence of a material permanent establishment in the absence of a person who is in charge or manages the manufacturing unit.

²⁰ For a comment, see S. PETRECCA, *Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette: la definizione della Suprema Corte*, in *Boll. Trib.*, 1988, p. 806. The author points out the need for «a clear definition of the figure of permanent establishment and of the prerequisites that characterize it».

Ministerial Resolution No. 282/E²¹ dated November 11, 1995, sets out the existence of a material permanent establishment in the case of a fixed place of business which did not include any person.

The Tax Administration, with reference to Article 5 of the Italian-Swiss Convention, declared that «the expression “permanent establishment” indicates a fixed place of business where the enterprise carries out, totally or partially, its activity. It is unquestionable that the establishments in Italy of the Swiss enterprise carry out part of its business», and consequently, for tax purposes, the mere existence in Italy of a portion of the manufacturing process of a foreign company is considered a sufficient element.

Similarly, a sentence passed by the German Federal Court in 1996 determined the existence of a material permanent establishment in the case of a pipeline partially located on German soil which did not include any personnel involved in the manufacturing process²².

Finally, as some authors pointed out, in line with the observations above, «for the purposes of defining a place of business [...], the presence of permanent personnel is not considered a prerequisite»²³.

The same considerations hold true in case of a personal permanent establishment, which does not require the presence of a material element.

In a nutshell, the concepts of material and personal permanent establishment are totally independent, both in terms of substance and form.

4. The personal permanent establishment and the agent of an (in)dependent *status*

From a general perspective, it is possible to observe that the concept of personal permanent establishment outlined at paragraphs 4 and 5 of Article 5 of the OECD Model can be defined as an exception to the general

²¹ The case at hand concerned a Swiss enterprise which was «the owner of a portion of railway [...] on Italian soil, including a station, where the activity of passenger and goods transportation presumably was taking place».

²² German Federal Court, II, October 30, 1996, case No. 12/92.

²³ Cf., *ex multis*, M. LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 2480 – 2481, for the sentence in quotation marks. F. GALLO, as already mentioned, 1985, p. 393. In addition, OECD Commentary to the Convention model, *sub* Article 5, point 10., which points out that «a permanent establishment may nevertheless exist if the business of the enterprise is carried on through automatic equipment».

rule set out in the first paragraph, in the event of absence of a «fixed place of business»²⁴.

More in detail, in connection to the Convention as interpreted by the *Corte di Cassazione* – which certainly stems from the OECD Model – the specific characteristics of a personal permanent establishment include both a subjective element, i.e. the person cannot be an independent agent acting on his/her own behalf, and an objective element, i.e. the power to conclude contracts in the name or on behalf of the foreign enterprise on a habitual basis.

As regards the subjective element, according to OECD, independence is meant from both a legal and a financial point of view, and the person must act within the scope of his/her ordinary activity²⁵.

While conceptually financial independence is apparently a less problematic issue, as concerns the legal aspects, some considerations should be made.

According to authoritative opinions²⁶, the underlying contract between a person and the foreign enterprise is not relevant in terms of independence from a legal point of view, as a case-by-case analysis should be carried out.

As a result, legal independence cannot be identified even in the event of a self-employed professional who follows specific orders and is subjected to an organized form of control during his/her activity.

As concerns the objective prerequisite, the power to conclude contracts in the name of the enterprise might remind of the institute of direct representation, which is characterized by the power to act in someone else's name.

However, such conclusion is ruled out by the OECD Commentary at point 32.1 of the comment to Article 5, which specifies that «the phrase [...] does not confine the application of the paragraph to an agent who enters into contracts literally in the name of the enterprise; the paragraph applies equally to an agent who concludes contracts which are binding on the enterprise even if those contracts are not actually in the name of the enterprise».

The purpose is to avoid that the person might execute contracts on his/her own behalf and subsequently transfer the relevant legal effects to the foreign enterprise, thus suggesting that the «*substance over form*» criterion should be the most adequate²⁷.

²⁴ Cf. M. DEL GIUDICE, as already mentioned, p. 8038 – 8039.

²⁵ Cf. OECD Commentary, *sub* Article 5, point 37.

²⁶ K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, The Hague, London, Boston, 1997, p. 344.

²⁷ It is important to remind the position upheld by the *Corte di Cassazione* in judgement No. 3367 dated March 7, 2002: «the expedient of separating the material conclusion of contracts

This sheds light on the decisions made by the *Corte di Cassazione* in connection to the alternativity between «an effective participation in negotiations, without representation powers» and a «[direct] representation».

The reference of the *Corte di Cassazione* to the decisions on the “*Philip Morris*” case is clear, since they left no room for doubt as to the existence of a personal permanent establishment even in the event of the existence of a mere negotiation power (see above § 1).

In the case at hand, the judgement, which was laid down in a very concise way, on some occasions seems to suggest the existence of a permanent establishment (without prejudice to a specific analysis reserved to the judge *ad quem*).

More specifically, the *Corte di Cassazione* underlined that Mr. B.B. was authorized by the Swiss enterprise to execute contracts but not to carry out the relevant negotiations.

However, according to a strict interpretation of the Convention, it is important to point out that the power to enter into contracts in the name of the foreign enterprise would not be sufficient, since the prerequisite of «habitually exercise an authority to conclude contracts» – either in terms of quantity or time – is also required²⁸.

In the description provided, said prerequisite could seem vague, as there is no indication as to what is meant by “habitual”, but the legislation could provide an answer, since there are examples of «habitually exercise an authority to conclude contracts», meaning «high frequency [...] of visits to the client» or «a certain relevance, in terms of sales»²⁹.

from their formal execution (splitting-up of business responsibilities on the one hand and of legal authority on the other) can be considered as tax circumvention, since, under paragraph 5, substance prevails over form. In other words, the power to conclude contracts shall refer to the real business conditions and not to the civil law, also in connection to each individual phase, such as negotiations, without necessarily including e the power to negotiate the terms of the agreement».

²⁸ See, OECD Commentary, *sub* Article 5, point 33.1, which describes certain parameters to detect the agent who “habitually” has authority to conclude contracts on behalf of an enterprise. In particular, «The requirement that an agent must “habitually” exercise an authority to conclude contracts reflects the underlying principle in Article 5 that the presence which an enterprise maintains in a Contracting State should be more than merely transitory if the enterprise is to be regarded as maintaining a permanent establishment, and thus a taxable presence, in the State. The extent and frequency of activity necessary to conclude that the agent is “habitually exercising” contracting authority will depend on the nature of the contracts and the business of the principal. Is not possible to lay down a precise frequency test».

²⁹ M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, p 236.

In short, the judge *ad quem* will be required to carry out a specific analysis, which will concern not only the contractual relationship between the Italian person and the foreign enterprise, but will also include an in-depth investigation of how contracts were concluded.

5. Conclusions

In my opinion, the principles expressed by the *Corte di Cassazione* are fully sustainable.

Personal and material permanent establishments are alternative forms through which foreign business enterprises become subject to taxation.

Moreover, according to the definitions provided by the doctrine concerning the “*Philip Morris*” case, the relevant element is the permanent presence in Italy of – in an alternative way – a person authorized to negotiate or execute a legally binding contract in the name of a foreign enterprise.

This is evidenced by the fact that the construction of the legislation is more difficult in the event that an in-depth analysis of the relation between the foreign enterprise and the Italian person is required. However, it is not possible to avoid such issues, as they are the consequence of the fact that Convention regulations are applicable to different legislations.

First and foremost, it is important to focus on the definition of the concept of permanent establishment, and analyze if a mere *nunciatus* – who consequently only expresses someone else’s will and is not granted any negotiation power – might constitute an establishment, and consequently be subject to taxation.

As indicated in the OECD Commentary to the Convention model, *sub* Article 5, point 33., «the authority to conclude contracts must cover contracts relating to operations which constitute the business proper of the enterprise».

In consideration of the above, it is possible to infer that the intention expressed in Article 5, paragraph 5, is to subject to taxation any foreign enterprises involved in the economic life of a State in a relevant way, and consequently, in the presence of all the other prerequisites – the habitually exercise of an authority to conclude contracts and the agent’s independence – the foreign enterprises should be considered tax payers under the Italian law.

Italia - Cassazione Civile - Sezione tributaria - Sentenza n. 8488, depositata in data 9 aprile 2010

Convenzione Italia-Svizzera contro la doppia imposizione
– Stabile organizzazione – Stabile organizzazione personale
– Agente non indipendente munito stabilmente di poteri di
rappresentanza - Sussistenza.

L'art. 5 della Convenzione Italia-Svizzera contro la doppia imposizione fiscale, ratificata e resa esecutiva con legge 23 dicembre 1978, n. 943, individua due diverse tipologie di stabile organizzazione alternative fra loro: la stabile organizzazione materiale e la stabile organizzazione personale.

La stabile organizzazione personale sussiste in presenza di un agente non indipendente stabilmente munito di poteri di rappresentanza concessi dalla società straniera.

I concetti di stabile organizzazione materiale e personale in una recente pronuncia della Corte di Cassazione

Luca Di Nunzio

SOMMARIO: 1. Brevi cenni storici sul concetto di stabile organizzazione; 2. Il thema decidendum, i primi gradi di giudizio ed i principi individuati dalla Corte di legittimità; 3. Sulla alternatività della stabile organizzazione materiale e personale; 4. La stabile organizzazione personale e la figura dell'agente (in) dipendente; 5. Conclusioni

1. Brevi cenni storici sul concetto di stabile organizzazione

La pronuncia che ci si appresta a rassegnare riguarda una fattispecie non molto risalente nel tempo (1982 – 1988) ma, da un punto di vista normativo, certamente remota.

All'epoca dei fatti l'ordinamento italiano non conosceva una norma che disegnasse i contorni del concetto domestico di stabile organizzazione, come invece è accaduto qualche anno addietro grazie alla introduzione nell'ambito del testo unico delle imposte sui redditi dell'art. 162, rubricato «stabile organizzazione», D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917¹.

L'assenza della norma richiamata, *ratione temporis*, suggerisce una breve descrizione storica dell'istituto per meglio comprendere la metodologia ermeneutica che ha portato la Cassazione odierna ad esprimere le proprie considerazioni.

Può iniziarsi dal 1958, anno in cui l'istituto della stabile organizzazione mosse timidi passi nel Testo unico delle leggi sulle imposte dirette (TUID), approvato con D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645².

Dal secondo comma dell'art. 82, rubricato «Territorialità dell'imposta», si evince un primo tentativo di categorizzazione del concetto³: la norma si limitava a dare un paio di esemplificazioni, quali una «sede centrale» ovvero una «succursale», echeggiando la norma del codice civile di cui all'art. 2506⁴, che prevede l'assoggettamento alla legge italiana sulla pubblicità degli atti sociali delle sedi secondarie di società straniera. Balza all'occhio la mancanza di riferimenti alla stabile organizzazione personale, facendo subito comprendere quanto l'elaborazione di una nozione unitaria di questo concetto fosse ancora *in fieri*.

Ampio e lodevole è stato lo sforzo giurisprudenziale nel tentativo di giungere all'elaborazione di un significato meno evanescente come avvenne, ad esempio, con la sentenza della Corte di cassazione 30 novembre

¹ Nella versione novellata dalla riforma portata dal D.L.vo 12 dicembre 2003, n. 344.

² Per un approfondimento, G. TARDELLA, voce *Stabile organizzazione*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. comm., vol. XV, Torino, 1998, p. 152 e ss.

³ Il testo della norma era il seguente: «I redditi delle imprese commerciali operanti in Italia e all'estero si considerano prodotti nel territorio dello Stato per la parte derivante dall'attività esercitata nel territorio stesso per mezzo della sede centrale, di succursali o di altre stabili organizzazioni».

⁴ Nella versione *ante* riforma portata dal D.L.vo 17 gennaio 2003, n. 6. La norma odierna è contenuta nell'art. 2508 c.c.

1967, n. 2854⁵, che accertava l'esistenza di una stabile organizzazione in presenza di una società italiana che costituiva l'elemento materiale della sede secondaria di altra società estera.

Nel concetto di stabile organizzazione difettava l'individuazione di una matrice, di un elemento cardine che riempisse di contenuto una norma, per certi versi, ancora sterile.

Tentava di colmare la lacuna la giurisprudenza degli anni settanta ove si faceva spazio l'idea, invero poco felice⁶, della stabile organizzazione quale soggetto munito di autonomia gestionale e contabile, come, ad esempio, fu espresso dalla Cassazione 9 luglio 1975, n. 2672⁷.

A *latere* maturava poi la nozione suggerita dal *Committee on fiscal affairs* dell'OCSE che, con il primo modello di convenzione contro le doppie imposizioni fiscali, datato 1963, fungeva da strumento di interpretazione autentica per la giurisprudenza e le amministrazioni dei Paesi aderenti alla organizzazione internazionale.

Tra le più importanti innovazioni apportate alla materia dal primo modello è stato registrato l'abbandono del «*productive character*» sostituito dal concetto di «*fixed place of business*».

Ed infatti, autorevole dottrina ha rilevato che nell'impresa ogni elemento contribuisce alla produttività dell'insieme e, dunque, l'elemento

⁵ Si richiama altresì Cass. 8 marzo 1969, n. 762, che così concludeva «l'esigenza dell'individuazione di un nucleo organizzato collegato organicamente con la sede centrale estera e al quale sia stato preposto un soggetto giuridico investito della rappresentanza stabile in Italia della società stessa ai sensi degli artt. 2506 e 2508 Codice civile è stata sempre affermata da questa Corte, con l'ulteriore precisazione che la relativa indagine si risolve in un accertamento di fatto».

⁶ Si veda il commento critico di M. DEL GIUDICE, *La nozione di stabile organizzazione nel diritto interno, nel diritto convenzionale e nelle Convenzioni stipulate dall'Italia*, in *il Fisco*, 2008, p. 8014 – 8015. L'autore osserva che l'autonomia gestionale e contabile non sembrava sufficiente poiché non costituiva «un criterio esclusivo ed univoco dell'individuazione del concetto di stabile organizzazione».

⁷ Ivi si legge che «la stabile organizzazione italiana della società estera, pur non avendo rispetto a questa una distinta soggettività giuridica costituisce sul piano imprenditoriale una entità economica operativa dotata di autonomia di gestione tanto da costituire, ai fini dell'imposta in argomento, il requisito di identificazione oggettiva della società estera nel nostro ordinamento, e da produrre risultati suscettibili di essere bene espressi in scritture contabili autonome». *Idem*, Risoluzione ministeriale 1 febbraio 1983, n. 9/2398. Si veda anche, G. A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1977, p. 426 e ss., per il quale la stabile organizzazione è un centro di imputazione di effetti giuridici. Cfr., nello stesso senso, F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di stabile organizzazione secondo il diritto interno*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1985.

della produttività non era considerato “caratterizzante” poiché connesso al concetto di stabile organizzazione⁸.

Di pari passo si muoveva la prassi della Amministrazione Finanziaria con la nota circolare 30 aprile 1977, n. 7/1496⁹ la quale – da un lato – riconosceva nel modello OCSE il rango di interpretazione autentica, mentre – dall’altro lato – prendeva le distanze dalla versione del modello del 1977 precisando che la lista di esempi caratteristici di cui all’art. 5, paragrafo secondo, dovevano essere considerati *a priori* stabile organizzazione¹⁰.

Balzando poi ai più recenti anni ottanta, periodo di riferimento per la Cassazione in rassegna, l’assetto normativo domestico può esser rappresentato come segue.

L’art. 19, comma primo, n. 5, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 597¹¹, attribuiva alle «stabili organizzazioni» la soggettività passiva dell’imposta diretta, senza precisare affatto cosa dovesse intendersi sotto il profilo concettuale.

⁸ Così A. LOVISOLO, *La stabile organizzazione*, in V. UCKMAR (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, CEDAM, Padova, 2005, p. 437, nota n. 7, ove si richiama OCSE, *Rapport du Comité fiscal. Projet de convention de double imposition concernant le revenu et la fortune. Commentaires sur les articles du projet de convention*, Paris, 1963, p. 72: «Le critère du “caractère productif” étant rejeté on aurait pu envisager d’ajouter à la définition général, dans la nouvelle rédaction du paragraphe 1 de l’article, le critère de “profitabilité”. Ce point de vue finalement été rejeté surtout parce que la notion de la “profitabilité” ne semblait pas convenir parfaitement». Inoltre, IBIDEM, p. 444. Nell’ultima versione del commentario OCSE al modello convenzionale, art. 5, punto 3., si precisa che «in the general definition some mention should also be made of the other characteristic of a permanent establishment to which some importance has sometimes been attached in the past, namely that the establishment must have a productive character, i.e. contribute to the profits of the enterprise. In the present definition this course has not been taken. Within the framework of a well-run business organization it is surely axiomatic to assume that each part contributes to the productivity of the whole».

⁹ Ove si afferma che «in mancanza di una definizione legislativa, occorre fare riferimento all’ unica fonte disponibile in materia emergente dagli accordi internazionali per l’eliminazione della doppia imposizione. A tal riguardo è interessante accennare alla definizione che della stabile organizzazione fornisce il modello di convenzione adottato dall’OCSE (art. 5) cui si ispirano le corrispondenti clausole degli accordi stipulati dall’Italia». Di contro, si registra l’odierno Commentario OCSE il quale, *sub* art. 5, punto 12, continua a chiarire che le fattispecie elencate al comma secondo sono meri «examples». Sul carattere dell’autenticità dell’interpretazione data dal Commentario OCSE si veda anche la Circolare 30 aprile 1977, n. 9/1496 e Cass. 19 settembre 1990, n. 9580.

¹⁰ L’Italia ha espressamente opposto una riserva all’interpretazione data dal Commentario OCSE *sub* art. 5, comma 2. Si veda Commentario OCSE, art. 5, punto 43: «these examples can always be regarded as constituting a priori permanent establishments». Si veda, inoltre, M. CERRATO, *La definizione di stabile organizzazione nelle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in C. SACCHETTO - L. ALEMANNI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, IPSOA Milano, 2002, p. 108 e ss.

¹¹ Norma rimasta in vigore sino al 31 dicembre 1987.

Con l'entrata in vigore del nuovo testo unico delle imposte sui redditi, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, lo scenario non pare granché mutato, figurando ancora, all'art. 113, un generico riferimento alla «*stabile organizzazione*» come presupposto d'imposta per le società ed enti non residenti in Italia.

In presenza di un quadro giuridico siffatto, il legislatore consegnava *de facto* alla giurisprudenza, alla prassi ed alla dottrina il compito di definire il concetto domestico dell'istituto in parola¹².

A tal riguardo giova ricordare che nel 2002 l'istituto *de quo* prendeva ancor più forma grazie alla serie di pronunce giurisprudenziali comunemente nota come «*Philip Morris*»¹³.

Tra i diversi principi emersi dalle sentenze richiamate, sembra opportuno parafrasarne alcuni, anche alla luce del fatto che la medesima pronuncia in rassegna fa espresso richiamo a quei precedenti dai quali non ritiene allontanarsi¹⁴.

In particolare, la sentenza della Corte di Cassazione 25 maggio 2002, n. 7682, ha enucleato, tra gli altri, i seguenti principi:

«l'accertamento dei requisiti della stabile organizzazione, ivi compresi quello di dipendenza e quello di partecipazione alla conclusione di contratti – od alle sole trattative – in nome della società estera (anche se al di fuori di un potere di rappresentanza in senso proprio), deve essere condotto non solo sul piano formale, ma anche – e soprattutto – su quello sostanziale»;

«la partecipazione di rappresentanti o incaricati di una struttura nazionale ad una fase della conclusione di contratti tra società estera e altro soggetto residente può essere ricondotta al potere di concludere contratti in nome dell'impresa, anche al di fuori di un potere di rappresentanza».

Come appare evidente, i vari tentativi tesi ad enucleare in termini compiuti una definizione di stabile organizzazione attestano le numerose difficoltà conseguenti alla mancanza di una codificazione nel nostro ordinamento della definizione in parola nel periodo anteriore al 2004.

¹² La preoccupazione è stata ancor più palesata dalla Relazione allo schema di decreto legislativo recante riforma dell'imposizione sul reddito delle società in attuazione dell'articolo 4, comma 1, lettere da a) ad o), della Legge 7 aprile 2003, n. 80, ove si osservava che «il capo I introduce la nozione di stabile organizzazione colmando in tal modo una lacuna esistente nell'ambito delle imposte sui redditi».

¹³ Cass. 7 marzo 2002, n. 3367; Cass. 7 marzo 2002, n. 3368; Cass. 25 maggio 2002, n. 7682; Cass. 25 luglio 2002, n. 10925.

¹⁴ Si ricordi che l'Italia ha osservato, al punto 45.10 del Commentario al Modello OCSE, che le interpretazioni fornite dalla propria giurisprudenza nazionale dei casi di cui ai punti 33., 41., 41.1 e 42. non possono essere ignorate.

Ne consegue che gli strumenti interpretativi a disposizione della Cassazione odierna poggiano sui propri precedenti – segnatamente, il caso “*Philip Morris*” – nonché sul contenuto del Commentario OCSE, ma non beneficiano di alcun riferimento normativo domestico.

2. Il *thema decidendum*, i primi gradi di giudizio ed i principi individuati dalla Corte di legittimità

Il caso portato al vaglio della Corte di Cassazione riguardava una società svizzera che prestava in Italia l'attività di molatura di rotaie in favore delle Ferrovie dello Stato grazie all'ausilio di un italiano, il geometra B.B., munito di rappresentanza per la firma dei contratti di appalto ma sprovvisto di qualsiasi potere decisorio in ordine ai medesimi.

Sul presupposto della presenza in Italia di una stabile organizzazione, ai sensi della Convenzione Italo-Svizzera tesa ad evitare le doppie imposizioni¹⁵, l'allora Ufficio delle Imposte dirette di Roma accertava in capo alla società l'omessa dichiarazione ed il versamento IRPEG ed ILOR per i periodi d'imposta correnti dal 1982 al 1988 ed irrogava le relative sanzioni.

In particolare, *ex art. 7, par. 1*, della norma convenzionale¹⁶, in combinato disposto con l'art. 5, la stabile organizzazione in Italia diveniva – a dire dell'Ufficio – indice attrattivo del *ius impositionis* italiano limitatamente agli utili ivi prodotti e riferibili all'attività svolta dalla stessa organizzazione.

I giudizi di merito, culminati nella sentenza della Commissione tributaria centrale depositata nel maggio 2003, concludevano per l'insussistenza del presupposto impositivo poiché, pur sussistendo una stabile organizzazione materiale, la medesima difettava dell'elemento soggettivo stante il mero potere di firma del B.B. sprovvisto di qualunque autonomia negoziale.

Secondo l'interpretazione dei giudici, la stabile organizzazione consisterebbe di una struttura unitaria formata da due elementi necessariamente

¹⁵ La Convenzione era stata firmata a Roma il 9 marzo 1976 e ratificata dall'Italia con Legge 23 dicembre 1978, n. 943.

¹⁶ Per comodità se ne riporta il testo: «Gli utili di un'impresa di uno Stato contraente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato contraente per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata. Se l'impresa svolge in tal modo la sua attività, gli utili dell'impresa sono imponibili nell'altro Stato ma soltanto nella misura in cui detti utili sono attribuibili alla stabile organizzazione».

contestuali: l'uno oggettivo o materiale (nel caso, la direzione)¹⁷, l'altro soggettivo o personale (il rappresentante munito di poteri di firma)¹⁸.

Prendendo le mosse da tale criterio ermeneutico ed avendo rilevato in giudizio l'assenza di potere decisorio del rappresentante, che al contrario si palesava quale mero *nuncius* attraverso il quale assumere impegni negoziali in Italia¹⁹, si concludeva per l'assenza di una stabile organizzazione italiana e con essa per l'illegittimità degli atti dell'Ufficio.

Nelle difese dei ricorrenti, il Ministero delle Finanze e l'Agenzia delle Entrate, si sosteneva che, *a contrario*, la pronuncia di merito non poteva essere condivisa per errore sulla qualificazione giuridica dell'istituto «stabile organizzazione». Invero, non sussisterebbe «alcun doppio requisito» oggettivo e soggettivo, essendo sufficiente l'uno o l'altro in via alternativa.

La società, pur condividendo la lettura della Amministrazione Finanziaria circa l'alternatività della stabile organizzazione materiale o personale, lamentava nel merito l'inesistenza di una stabile organizzazione materiale «in forza della durata della stessa organizzazione di circa duecento giorni [...] laddove il periodo minimo richiesto a tal fine dalla convenzione all'art. 5 era di un anno».

Al riguardo, la Cassazione ha ritenuto che la norma di riferimento non considera l'elemento materiale e personale quali requisiti necessari per la qualificazione della stabile organizzazione.

Ed infatti, l'art. 5 Conv. cit. nulla precisa in ordine alla compresenza dei due elementi ma, invece, si limita ad individuare tipologie diverse legate da una comune matrice: la capacità di produrre materia imponibile in un dato luogo.

Un secondo principio di diritto individuato dalla Suprema Corte consiste nella sussistenza della stabile organizzazione personale in presenza di un agente non indipendente stabilmente munito di poteri di rappresentanza concessi dalla società straniera.

¹⁷ Art. 5, par. 1, 2 e 3, Conv. Italo-Svizzera.

¹⁸ Art. 5, par. 4 e 5, Conv. Italo-Svizzera.

¹⁹ Per una approfondita esegesi sulla natura del potere di rappresentanza cfr. C. SANTAGATA, *Del mandato*, commento agli artt. 1703 – 1709, in *Commentario del codice civile*, A. SCIALOJA – G. BRANCA, Zanichelli, Bologna, 1985, p. 63 e ss. L'autore rileva, in particolare, che «le modalità dell'agire del cooperatore, specie quelle riguardanti il profilo «esterno» della sua attività, possono in relazione all'oggetto ed alla concreta regolamentazione del programma gestorio del mandante, spaziare dalla figura del rappresentante generale a quella del *nuncius*, dipendendo il ruolo che dovrà svolgere il cooperatore dalle scelte del mandante nella programmazione e direzione dell'attività da svolgersi per «suo conto». Si suole distinguere, dunque, il rappresentante generale, munito di potere anche gestorio ed organizzativo nella fase genetica del contratto, dal mero portatore di volontà altrui, volontà già autonomamente formata, il *nuncius*.

Così rappresentata la vicenda, si delineano i temi stimolati dalla pronuncia in esame ed oggetto di analisi nei paragrafi che seguono: da un lato, sulla alternatività dei criteri individuati dalla norma pattizia, dall'altro lato, sul concetto di stabile organizzazione personale in senso stretto.

3. Sulla alternatività della stabile organizzazione materiale e personale

Per comprendere se vi sia realmente una alternatività tra la stabile organizzazione materiale e personale è necessario, *in primis*, valutare la sistematica della norma.

L'art. 5 della Convenzione Italo-Svizzera individua la nozione di stabile organizzazione e, al primo paragrafo, ne descrive in generale la forma materiale per poi declinarla nei paragrafi successivi.

I caratteri essenziali sono due, (i) la presenza di una sede fissa d'affari e (ii) l'esercizio, tramite detta sede fissa, di tutta o parte dell'attività d'impresa del soggetto estero.

Al paragrafo 2 si raffina il criterio generale attraverso una casistica ben delimitata che spazia da una «sede di direzione» ad «un cantiere di costruzione o montaggio la cui durata oltrepassa i dodici mesi». Il terzo paragrafo, inoltre, individua le ipotesi che senz'altro sono escluse dalla nozione, se non altro, per espressa scelta dei Paesi contraenti.

Nel paragrafo quarto, invece, figura la nozione di stabile organizzazione personale.

La persona, fisica o giuridica, deve agire, in particolare, (i) per conto di un'impresa dell'altro Stato contraente attraverso (ii) poteri esercitati abitualmente e che le consentono di (iii) stipulare contratti in nome della medesima impresa estera, eccezion fatta per l'acquisto di merci.

Al quinto paragrafo, infine, si precisa, in negativo, un ulteriore aspetto peculiare caratterizzato dallo *status* di indipendenza del quale il soggetto deve godere per non esser considerato stabile organizzazione personale.

Dallo schema appena descritto, non appare in alcun modo sostenibile la tesi espressa dai giudici di merito poiché non si ravvisa alcun elemento di congiunzione tra il primo, secondo e terzo paragrafo – da un lato – ed il quarto e quinto – dall'altro lato – facendo desumere all'interprete una netta autonomia ed indipendenza delle due nozioni.

Insomma, così costruita, la norma non lascia spazio per una interpretazione difforme da quella avanzata dalla sentenza in commento.

Non diverso, d'altronde, è il parere espresso dall'OCSE nell'ultima versione del Commentario al modello convenzionale del luglio 2008 che, al punto 31. sub art. 5, ha osservato che «an enterprise should be treated as having a permanent establishment in a State if there is under certain conditions a person acting for it, even though the enterprise may not have a fixed place of business in that State within the meaning of paragraph 1 and 2».

Nondimeno, si ricorda quanto chiarito dalla stessa Cassazione con sentenza del 27 novembre 1987, n. 8820²⁰, secondo la quale per la verifica dell'esistenza di una stabile organizzazione bastava che il soggetto straniero svolgesse abitualmente la propria attività in Italia per mezzo di «una struttura organizzativa materiale e/o personale».

La questione sin qui trattata non deve poi essere confusa con altra simile, ma profondamente diversa, laddove si fa riferimento alla necessaria compresenza di un elemento materiale e personale nella stabile organizzazione latamente intesa.

Ad esempio, diversi sono i casi in cui si è affermata l'esistenza di una stabile organizzazione materiale priva di alcun soggetto preposto o addetto ai controlli dell'unità produttiva.

Nella Risoluzione ministeriale del 11 dicembre 1995, n. 282/E²¹, era stata rinvenuta una stabile organizzazione materiale in presenza di una mera installazione fissa, sprovvista di personale addetto alla medesima.

La Amministrazione Finanziaria, nel richiamare proprio l'art. 5 della Convenzione Italo-Svizzera, osservava che «l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa d'affari in cui l'impresa esercita, in tutto o in parte, la sua attività. È innegabile che sulle installazioni della società svizzera in territorio italiano si svolga materialmente parte dell'attività propria della stessa», con ciò ritenendo sufficiente, per il perfezionarsi del presupposto impositivo, la mera esistenza in Italia di una porzione del processo produttivo dell'impresa straniera.

²⁰ Per un commento, si veda S. PETRECCA, *Il concetto di stabile organizzazione ai fini delle imposte dirette: la definizione della Suprema Corte*, in *Boll. Trib.*, 1988, p. 806. L'autore avverte l'esigenza di «addivenire ad una definizione chiara della figura della stabile organizzazione e dei requisiti che la caratterizzano».

²¹ Il caso trattato era quello di una società elvetica «proprietaria di un tratto di rotaie [...] sul territorio italiano, così come di una stazione, sulle quali, si [doveva] supporre [l'esistenza di] un'attività di trasporto di passeggeri e merci».

Ed ancora, una pronuncia della Corte Federale tedesca del 1996 ha analogamente rinvenuto una stabile organizzazione materiale in presenza di un tratto di oleodotto di una impresa estera in territorio tedesco sprovvisto di alcun addetto al processo produttivo²².

Infine, alcuni autori hanno avuto modo di osservare, in linea con le osservazioni testé evocate, che «per la configurabilità della sede d'affari [...] non viene considerata necessaria la presenza di personale ad essa stabilmente addetto»²³.

Si ritiene che le medesime considerazioni valgano anche per la stabile organizzazione personale, la quale non necessita anche della presenza di un elemento materiale.

In definitiva, i concetti di stabile organizzazione materiale e personale sono del tutto autonomi sia sul piano formale che sostanziale.

4. La stabile organizzazione personale e la figura dell'agente (in) dipendente

In linea generale, è stato osservato che il concetto di stabile organizzazione personale, di cui ai paragrafi 4 e 5 dell'art. 5 del Modello OCSE, può essere definito come una eccezione alla regola generale di cui al primo paragrafo, difettando l'elemento della «sede fissa d'affari»²⁴.

Più nel dettaglio e con riferimento alla norma convenzionale interpretata dalla Cassazione, che certamente trae origine dal Modello OCSE, i caratteri peculiari della stabile organizzazione personale sono, l'uno, soggettivo, ovvero deve trattarsi di persona diversa da un agente indipendente che agisce nell'ambito della propria attività, l'altro, oggettivo, ovvero l'esercizio del potere di concludere contratti in nome o solo per conto dell'impresa estera in modo abituale.

Sotto il profilo soggettivo, l'OCSE ha chiarito che l'indipendenza si deve manifestare tanto in senso giuridico quanto economico e, inoltre, il soggetto deve agire nell'ambito della propria ordinaria attività²⁵.

²² Corte federale tedesca, II, 30 ottobre 1996, causa n. 12/92.

²³ Cfr., ex multis, M. LEO, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 2010, p. 2480 e 2481, per il passo tra virgolette. In tal senso già F. GALLO, *op. cit.*, p. 393. Inoltre, Commentario OCSE al modello convenzionale, sub art. 5, punto 10., laddove si è osservato che «*a permanent establishment may nevertheless exist if the business of the enterprise is carried on through automatic equipment*».

²⁴ Cfr. DEL GIUDICE, *op. cit.*, p. 8038 e 8039.

²⁵ Cfr. Commentario OCSE, *sub art.* 5, punto 37.

Mentre l'indipendenza economica appare meno problematica da un punto di vista concettuale, qualche precisazione deve essere formulata in ordine a quella giuridica.

Autorevole dottrina²⁶ ha osservato come non rilevi il mero rapporto contrattuale sottostante tra il soggetto e l'impresa estera per svolgere il *test* di indipendenza giuridica, quanto, al contrario, occorra una analisi caso per caso.

E così, l'indipendenza giuridica può essere negata anche in presenza di un lavoratore autonomo che agisca seguendo specifici ordini ed essendo sottoposto ad un articolato controllo durante la propria attività.

Per quanto concerne il requisito oggettivo, il potere di concludere contratti in nome dell'impresa farebbe immediatamente pensare all'istituto della rappresentanza diretta, il cui elemento distintivo è la spendita dell'altrui nome.

Ma tale conclusione viene smentita dallo stesso Commentario OCSE, al punto 32.1 del commento all'art. 5, ove si precisa che «the phrase [...] does not confine the application of the paragraph to an agent who enters into contracts literally in the name of the enterprise; the paragraph applies equally to an agent who concludes contracts which are binding on the enterprise even if those contracts are not actually in the name of the enterprise».

La *ratio* del commento è volta ad evitare che il soggetto residente stipuli per sé contratti i cui effetti giuridici vengono successivamente trasferiti in capo allo straniero, facendo desumere che quello della «substance over form» sia il criterio d'indagine più adeguato²⁷.

Qui si chiarisce, peraltro, il ragionamento svolto dalla Cassazione laddove viene rilevata l'alternatività tra «l'ipotesi di effettiva partecipazione alle trattative, senza poteri rappresentativi» e quella di «rappresentanza [diretta, n.d.r.]».

Il rinvio della Cassazione in rassegna alle sentenze del caso “*Philip Morris*” è evidente se si considera che quella giurisprudenza non avanzava perplessità in ordine alla sussistenza di una stabile organizzazione personale anche in presenza di un mero potere di condurre trattative (cfr. *supra* § 1).

²⁶ K. VOGEL, *On double taxation Conventions*, l'Aja, Londra, Boston, 1997, p. 344.

²⁷ Si ricordi quanto chiarito da Cass. 7 marzo 2002, n. 3367: «l'espedito di separare la materiale attività di conclusione di contratti da quella di formale stipulazione degli stessi (split-up of business responsibilities on the hand and legal authority on the other) può essere considerata come elusione fiscale (tax circumvention), dovendosi ritenere prevalente, per l'applicazione del par. 5, la sostanza sulla forma. In altre parole, l'accertamento del potere di concludere contratti deve essere riferito alla reale situazione economica, e non alla legge civile, e lo stesso può riguardare anche singole fasi, come le trattative, e non necessariamente comprendere anche il potere di negoziare i termini del contratto».

Nel caso di specie, la narrativa della sentenza, alquanto essenziale trattandosi di pronuncia di rinvio al grado di merito, concede alcuni punti di fatto che sembrerebbero far propendere per l'esistenza di una stabile organizzazione (fatta salva una doverosa ed approfondita analisi del merito della vicenda riservata al giudizio di rinvio).

La Cassazione, in particolare, ha sottolineato che il geometra B.B. era autorizzato dalla società elvetica a sottoscrivere i contratti ma non a svolgere le relative trattative.

Stando al dato testuale della norma, deve tuttavia ricordarsi che non sarebbe sufficiente esser titolari del potere di concludere contratti a nome dell'impresa essendo necessario anche il requisito quantitativo o temporale dell'abitudine²⁸.

Così descritto quest'ultimo elemento può apparire vacuo, non essendovi nozione di ciò che può dirsi abituale, ma corre in soccorso la dottrina laddove riscontra l'abitudine, ad esempio, nella «elevata frequenza [...] delle visite al cliente», ovvero, nella «rilevanza, in termini di volume d'affari»²⁹ dell'attività svolta.

In sostanza, il giudice *ad quem* sarà chiamato a svolgere una attenta analisi in fatto senza arrestarsi al mero rapporto contrattuale tra il soggetto italiano e l'impresa estera, indagando a fondo le modalità con le quali si svolgeva l'attività di stipula dei contratti.

5. Conclusioni

A parere di chi scrive i principi espressi dalla Cassazione sono del tutto condivisibili.

Le stabili organizzazioni materiali e personali sono forme alternative attraverso le quali si manifesta la soggettività passiva di un operatore economico straniero.

²⁸ Al riguardo, Commentario OCSE, sub art. 5, punto 33.1, laddove si declinano alcuni parametri per l'individuazione del requisito della abitudine. In particolare, «The requirement that an agent must “habitually” exercise an authority to conclude contracts reflects the underlying principle in Article 5 that the presence which an enterprise maintains in a Contracting State should be more than merely transitory if the enterprise is to be regarded as maintaining a permanent establishment, and thus a taxable presence, in the State. The extent and frequency of activity necessary to conclude that the agent is “habitually exercising” contracting authority will depend on the nature of the contracts and the business of the principal. Is not possible to lay down a precise frequency test».

²⁹ Così M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2004, p. 236.

Inoltre, in base agli insegnamenti della giurisprudenza legata al caso “*Philip Morris*”, ciò che rileva è la presenza stabile in Italia di un soggetto capace, alternativamente, di condurre trattative o di impegnare contrattualmente una impresa straniera.

Vero è che l’interpretazione della norma richieda uno sforzo maggiore in merito alle dinamiche con le quali si svolge il rapporto tra lo straniero e l’italiano, ma non si ritiene possibile prescindere da tali difficoltà in quanto connaturate alla normativa convenzionale applicabile in ordinamenti di per sé eterogenei.

Ciò su cui occorre soffermarsi è proprio il concetto di stabile organizzazione a monte, chiedendosi se un mero *nuncius*, come tale semplice portatore di altrui volontà sprovvisto di autonomia negoziale, possa rappresentare una organizzazione tale da assurgere a presupposto soggettivo d’imposta.

Come rilevato dal Commentario OCSE al modello convenzionale, sub art. 5, punto 33., «*the authority to conclude contracts must cover contracts relating to operations which constitute the business proper of the enterprise*».

Alla luce di quanto precede, sembra potersi affermare che lo spirito della norma contenuta nell’art. 5, paragrafo 5, sia quello di tassare le imprese estere coinvolte significativamente nel tessuto economico di un dato Stato e, pertanto, laddove venissero accertati tutti gli ulteriori presupposti – abitudine e non indipendenza dell’agente – si realizzerebbe la soggettività passiva tributaria dell’operatore straniero.

Italy - Commissione tributaria provinciale of Pescara, Sec. 3 - Judg. n. 268 of November 4th, 2009, dep. November 11th, 2009.

President: Mucciarone – Relator: Di Geronimo

VAT – Refund *ex art.* 38-ter, Presidential Decree no. 633/72 – Indirect export – Shipping over 90 days – Does not exist – Right to refund on input VAT – Does exist.

(Art. 5, Dir. 1072/1979/EEC; art. 38-ter Presidential Decree no. 633/72; art. 8, c. 1, lett. b) Presidential Decree no. 633/72).

The transfer of the good with shipping out of the EU territory by the transferee over the term of 90 days from the acquisition of the goods, as well as their processing, doesn't represent an indirect exportation under art. 8, c. 1, lett. b) of Presidential Decree no. 633/72. Therefore, the non-established transferee has right to the refund of VAT invoiced by the national transferor.

The indirect Export as an Objective Limit to VAT Refund to non-established Subjects*

Gabriele Marini**

* Edited in English by the Author.

** Ph.D. in Tax law at University of Chieti-Pescara

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Fiscal regime of non-taxability as a limit to the refund

1. Introduction

The Commissione tributaria provincial of Pescara has been called to decide about the claim for VAT refund lodged by a taxable subject not established in the Country that would have made some indirect export supplies.

As arises from the text of the judgment, the issue comes from the appeal against the denial of the Tax Administration in respect of the VAT refund paid by the claimant company further to the acquisition from an Italian company of machineries utilized for the production of steel, subsequently transferred to a Chinese company and sent in China by the former transferee (claimant).

The Tax Administration refused the refund on the basis that the claimant company would have made an indirect export within the meaning of art. 8(1)(b) of d.p.r. 633/72 and, therefore, it could not ask for the VAT refund invoiced since it was not due.

Instead, the Court has considered that the operation didn't represent an indirect exportation since the shipping of the machineries has been made after the term provided by the rule; moreover, the goods have not been exported in their former state, but they have been dismantled.

The Court's decision could be agreed; moreover, it allows to face the problem of the available instruments in the hypothesis where it would have been actually dealt with an indirect exportation that would have precluded the right to VAT refund.

It is to be highlighted from now on that the issue has developed being applicable the eighth Directive and art. 38-ter of d.p.r. 633/72, which have been currently replaced, respectively, by Directive 2008/9/EC and art. 38-bis2. However, the modifications did not concern the profile under examination that remained unchanged. So, it is opportune making some considerations with reference to the new rule that, however, also pertain to the previous discipline.

2. The fiscal regime of non-taxability as a limit to the refund.

Art. 4 of Dir. 2008/9/EC provides that the refund is not due with reference to the amounts unlawfully invoiced as well as to exempted transfers of goods (or exemptible within the meaning of articles 138 or 146(1)(b) of Directive 2006/112/EC, i.e. intra-Community supplies and indirect exportation).

tation supplies). Accordingly, the provision of the second paragraph of art. 5 of eighth Directive and art. 4(3) of thirteenth Directive.

Art. 38-bis2 doesn't expressly provide said condition, nor did art. 38-ter. Clearly, said imbalance is not due to a mere forgetfulness but it's a consequence of the territoriality of tax and unbreakability of the non-taxability regime provided for the intra-Community supplies and exportations.

The tax refund prohibition of the amounts unlawfully invoiced is a direct consequence of the non-deductibility of VAT indicated on the invoice but does not correspond to a VAT subject operation or paid since due¹. That has been confirmed by the Court of Justice² which declared that VAT not due and incorrectly invoiced to the beneficiary of the services, then paid to the treasury of the Member State where those services were supplied, is not refundable.

The refund is also prevented by the operations representing intra-Community supplies or indirect exportations.

In consideration of the case under examination, the latter consist in the operations of supply of goods consigned or transported out of the EU territory by or on behalf of the non-resident transferee³. As for the operation under review to be realized, it's necessary that the consignment or shipping of the goods, without the latter being subject to transformation, processing, installation, adaptation or assemblage takes place by the transferee or on its behalf within the term of 90 days from the delivery by the vendor. Also in this case the proof of the exportation will be given by the visa of the Customs office on a copy of invoice.

The direct consequence of the provision under examination is the impossibility of the VAT refund within the meaning of art. 38-bis2 (ex art. 38-

¹ C. Just., 13/12/1989, case C-342/87, *Genius Holding*, ECR, 4227; C. Just., 17/09/1997, case C-141/96, *Langhorst*, ECR, I-5073; C. Just., 19/09/2000, case C-454/98, *Schmeink & Cofreth and Strobel*, ECR, I-6973; C. Just., 6/11/2003, joined cases C-78/02 to C-80/02, *Karageorgou and others*, ECR, I-13295; C. Just., 18/06/2009, case C-566/07, *Stadeco BV*, ECR, I-5295; Cass. 25/01/2008, n. 1607, Corr. trib. 2008, 1125.

² Judgment, 15/03/2007, case C-35/05, *Reemtsma*, Corr. trib., 2007, 1289. JEANNIN, IRIGOYEN, *Remboursement de la TVA aux assujettis étrangers: la réglementation française en porte-à-faux?*, in *Revue de droit fiscal* 2007 Comm. 576 p.40-42; M. GIORGI, *Reimbursement of sums incorrectly charged as value added tax on an invoice*, in this review 2005, 114-121.

³ The direct exportations (art. 8(1)(a)) consist in the transfer of goods, also by means of commissionaires, consigned or shipped, by or in the name of the transferor, also through assignment of its transferee, out of the EU territory (about the differentiation profiles of the exportation and intra-community supplies through commissionaires let me refer to G. MARINI, *La cessione tramite commissionari nell'Iva intracomunitaria*, in *L'IVA*, 2003, 698).

ter) every time the tax has been incorrectly applied occurring the requisites of the indirect exportation.

For example, let's think about a French subject without fiscal representative in Italy buying the goods in Italy and the vendor invoicing the transaction with VAT. The goods are shipped by the transferee to Switzerland within 90 days from the delivery. The whole transaction is certified by invoices, adequately implemented by bills of entry, with a suitable stamp of the Custom office aimed to certify the exit of the goods from EU territory.

In the example the transferee cannot benefit from the VAT reimbursement due to the prohibition of the refund for the operations that represent indirect exportations.

The doubt remains if the transferee may obtain refund of the tax directly from the vendor which will provide to correct the invoice through a credit note.

The last part of third paragraph of the art. 26 of D.P.R. 633/72 allows the possibility to correct the inexactnesses of the invoicing that triggered the application of the seventh paragraph of art. 21, provided that the variation occurs within a year from the execution of the transaction. As everybody knows the latter rule provides that the tax indicated in the invoice is due from non existing operations, or, whether in the invoice the considerations for the operations or relevant taxes are indicated in an higher amount⁴.

⁴ As for the other side of the coin, namely the deduction profile, while it is to be considered almost self-evident the thesis that excludes the deduction of tax relevant to on non-existing transactions (S. LA ROSA, *L'erronea applicazione dell'Iva, tra le norme e il dogma della conditio indebiti*, Riv. dir. trib., 1999, II, 194; F. TESAURO, *Sulla detraibilità dell'Iva relativi ad acquisti non soggetti ad imposta (e sull'applicabilità dell'art. 2033 c.c. nei rapporti cedente cessionario)*, Giur. it., 1996, III, 2, 83; L. ROSA, *Variazioni in diminuzione e limiti alla richiesta di rimborso dell'Iva erroneamente addebitata*, Riv. dir. trib., 1993, II, 446), more problems arise in relation to the deductibility of tax applied in a lack of presupposition. With reference to that, in the light of the Court of Justice - Judgement December 13th, 1989, Case C-342/87 *Genius Holding BV*, ECR 4226, which states that the exercise by the taxpayer of the right to deduct provided by the Sixth Directive, for goods supplied or services provided by another taxpayer, is limited by art. 17, n. 2, let. a) of the Directive only to taxes due, i.e. the taxes corresponding to a transaction subject to VAT or paid since they were due, and does not extend itself to the tax due under Article. 21, n. 1, let. c) of the Directive, only because being indicated in the invoice; Judgement September 19th, 2000, Case C-454/98, *Schmeink & Cofreth and Strobel*, where even if noting that the tax is payable only if the VAT is due, if the issuer of the invoice has, in due time, completely eliminated the risk of loss of tax revenues, since it paid the amount shown separately in the invoice used for the deduction, the principle of VAT neutrality requires that the tax improperly invoiced can be adjusted, without such adjustment may be subordinated by the Member States to the good faith of the issuer of the invoice; finally, Judgement November 6th, 2003, joined cases C-78/02 to C-80/02, *Karageorgou and others*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 2004,

Firstly, it is to be highlighted that the decreasing variation is not an obligation but a mere faculty to the seller which will be free to choose whether or not making the variation; nevertheless, commercial reasons, such as preserving of customers, may drive towards a similar option.

The case provided does not represent a non-existing operation, therefore it's about a case of erroneous invoicing.

The prevailing view⁵ is that the error must be original, existing discrepancy since its issuing between effective reality and that declared on the invoice, while it's irrelevant the voluntariness or not of the mistake⁶; in addition, rectifiable mistake within the meaning of paragraph 3, art. 26, may have a merely material or interpretative nature⁷.

The Court of Justice⁸, while noting that, as a general rule, it is in charge for the Member States to determine the conditions where the tax improperly invoiced may be adjusted, stated as a guideline (in order to protect the fundamental right of deduction) that «where the issuer of the invoice has in sufficient time wholly eliminated the risk of any loss in tax revenues, the principle of the neutrality of value added tax requires that tax which has been improperly invoiced can be adjusted without such adjustment being made conditional upon the issuer of the relevant invoice having acted in good faith».

On the basis of internal discipline applied in the light of the interpretation of the Luxembourg Court, it is to be considered, therefore, that the national transferor may 1) legitimately correct the transaction by issuing a credit note, as long as within a year from the execution of the operation, and 2) give back to the transferee the tax unlawfully paid.

II, 37 and seq., according to which the amounts wrongly reported as a tax in the invoice for lacking of objective or subjective presupposition can not be considered VAT - it may be assumed that the deduction must be disregarded in cases of macroscopic absence of presuppositions, while «it seems not correct to proceed to recovery in favor of the treasury of what deducted, where the overall context excludes fraud, bad faith, where it's missing on its turn the attempt (or ability) to recover VAT by the supplier» (accordingly, M. BASILAVECCHIA, *In tema di recupero dell'Iva non dovuta; presupposti, condizioni, modalità*, Riv. dir. fin. e sc. fin., 2004, II, 45, seq.).

⁵ For all, M. BASILAVECCHIA, *Le note di variazione*, in F. TESAURO (a cura) *Giur. sist. di dir. trib., L'imposta sul valore aggiunto*, Turin, 2001, 649.

⁶ See A. CARINCI, *Le Variazioni Iva: profili sostanziali e formali*, Riv. dir. trib., 2000, 745.

⁷ Accordingly, M. BASILAVECCHIA, *Le note di variazione...* cit., 649, who highlights how the legislator used a “neutral” term such as “inexactnesses”. *Contra*, P. CENTORE, *Modalità e termini di rettifica degli errori IVA*, Riv. dir. trib., 1997, 648.

⁸ Judgement of September 19th, 2000, Case C-454/98, *Schmeink Cofreth & AG & Co., Intertax* 2001, 59, G. EDER, *ECJ Decides on Adjustment of Improperly Invoiced VAT*.

Indeed, *in primis* it is irrelevant that the mistake of the invoicing was made in good faith and, therefore, the transferor could have known, by the origin, the destination for export of the goods but notwithstanding that considered opportune charging the tax for reasons of caution; secondly, there is no risk of decrease of tax revenues or fraud because the transferee may not obtain the reimbursement *ex art. 38-bis2* and the transferor should provide evidence of the transfer of assets abroad.

Italia - Commissione tributaria provinciale di Pescara, Sez. 3 – Sent. n. 268 del 4 novembre 2009, dep. l'11 novembre 2009.

Presidente: Mucciarone – Relatore: Di Geronimo

IVA – Rimborso ex art. 38-ter, DPR 633/72 – Esportazione indiretta – Spedizione oltre 90 giorni – Non sussiste – Diritto al rimborso dell'IVA sugli acquisti – Sussiste.

(Art. 5, dir. 1072/1979/CEE; art. 38-ter d.p.r. 633/72; art. 8, c. 1, lett. b) d.p.r. 633/72).

Il trasferimento della merce con trasporto fuori dal territorio comunitario da parte del cessionario oltre il termine di 90 giorni dall'acquisto dei beni, nonché la loro trasformazione, non configura una esportazione indiretta ai sensi dell'art. 8, c. 1, lett. b) del d.p.r. 633/72. Pertanto, il cessionario non stabilito ha diritto al rimborso dell'IVA addebitata dal cedente nazionale.

L'esportazione indiretta quale limite oggettivo al rimborso dell'Iva ai soggetti non stabiliti

Gabriele Marini*

* Dottore di ricerca in diritto tributario presso l'Università degli Studi Chieti-Pescara

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. Il regime fiscale della non imponibilità quale limite al rimborso

1. Premessa

La Commissione tributaria provinciale di Pescara è stata chiamata a pronunciarsi in merito alla richiesta di rimborso Iva di un soggetto passivo non stabilito nel Stato che avrebbe effettuato delle cessioni all'esportazioni indirette.

Come emerge dal testo della decisione, la controversia trae origine dall'impugnazione del diniego dell'amministrazione finanziaria del rimborso dell'Iva corrisposta dalla società ricorrente a seguito dell'acquisto da una società italiana di macchinari usati per la produzione dell'acciaio, successivamente ceduti ad una società cinese ed ivi inviati a cura del primo cessionario (ricorrente).

L'Ufficio negava il rimborso sul presupposto che la società richiedente avrebbe effettuato una esportazione indiretta ai sensi dell'art. 8, c. 1, lett. b) del d.p.r. 633/72 e, pertanto, non poteva richiedere il rimborso dell'Iva addebitata in quanto non dovuta.

Il giudice, invece, ha ritenuto che l'operazione non configurava una esportazione indiretta in quanto la spedizione dei macchinari è avvenuta oltre il limite temporale previsto dalla norma; inoltre, i beni non sono stati esportati nel loro stato originario, ma sono stati smontati.

La decisione della Commissione è condivisibile; peraltro consente di affrontare la problematica dei rimedi esperibili nell'ipotesi in cui si fosse trattato effettivamente di una esportazione indiretta che avrebbe precluso il diritto al rimborso dell'Iva.

Si evidenzia sin d'ora che la vicenda si è sviluppata nel vigore dell'ottava direttiva e dell'art. 38-ter del d.p.r. 633/72, norme attualmente sostituite rispettivamente dalla direttiva 2008/9/CE ed dall'art. 38-bis2. Tuttavia, le modifiche non hanno riguardato il profilo in esame che è rimasto invariato. Pertanto, si ritiene opportuno effettuare delle considerazioni in relazione alla nuova norma che, comunque, hanno piena valenza anche per la disciplina pregressa.

2. Il regime fiscale della non imponibilità quale limite al rimborso

L'art. 4 della dir. 2008/9/CE dispone che il rimborso non è dovuto in relazione agli importi indebitamente fatturati nonché alle cessioni di beni esentate o che possono essere esentate ai sensi degli artt. 138 o 146, paragrafo 1, lettera b), della dir. 2006/112/CE, vale a dire cessioni intra-

comunitarie e cessioni all'esportazioni indirette. Nello stesso senso disponeva il secondo capoverso dell'art. 5 dell'ottava direttiva e l'art. 4, par. 3, della tredicesima direttiva.

L'art. 38-bis2 non prevede espressamente detta condizione, ne lo prevedeva l'art. 38-ter. Detta discrasia, evidentemente, non è dovuta a mera dimenticanza ma è una conseguenza della territorialità dell'imposta e dell'inderogabilità del regime di non imponibilità previsto per le cessioni intra e per le esportazioni.

Il divieto di rimborso degli importi indebitamente fatturati è una conseguenza diretta della indetraibilità dell'imposta indicata in fattura ma non corrispondente ad una operazione soggetta ad IVA o versata in quanto dovuta¹. Ciò è stato confermato dalla Corte di Giustizia² la quale ha dichiarato che l'IVA non dovuta ed erroneamente fatturata al destinatario delle prestazioni, poi versata all'erario dello Stato membro del luogo di tali prestazioni, non può formare oggetto di rimborso.

Il rimborso è altresì impedito dalle operazioni costituenti cessioni intracomunitarie o esportazioni indirette.

Queste ultime, in considerazione nella controversia in esame, consistono nelle operazioni di cessione di beni spediti o trasportati fuori dal territorio della Comunità europea a cura ovvero per conto del cessionario non residente³. Affinché si realizzi l'operazione di specie è necessario che la spedizione o il trasporto dei beni, senza che gli stessi siano sottoposti a trasformazione, lavorazione, montaggio, adattamento o assemblaggio, avvenga a cura del cessionario o per suo conto entro il termine di 90 giorni dalla consegna da parte del cedente. Anche in tale caso la prova dell'esportazione

¹ C. Giust., 13/12/1989, causa C-342/87, *Genius Holding*, in *Racc.*, 4227; C. Giust., 17/09/1997, causa C-141/96, *Langhorst*, in *Racc.*, I-5073; C. Giust., 19/09/2000, causa C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, in *Racc.*, I-6973; C. Giust., 6/11/2003, cause riunite da C-78/02 a C-80/02, *Karageorgou e a.* *Racc.*, pag. I-13295; C. Giust., 18/06/2009, causa C-566/07, *Stadeco BV*, in *Racc.*, I-5295; Cass. 25/01/2008, n. 1607, in *Corr. trib.* 2008, 1125.

² sentenza, 15/03/2007, causa C-35/05, *Reemtsma*, in *Corr. trib.*, 2007, 1289. JEANNIN, IRIGOYEN, *Remboursement de la TVA aux assujettis étrangers: la réglementation française en porte-à-faux?*, in *Revue de droit fiscal* 2007 *Comm.* 576 p.40-42; M. GIORGI, *Reimbursement of sums incorrectly charged as value added tax on an invoice*, in questa *Rivista* 2005, 114-121.

³ Le esportazioni dirette (art. 8, comma 1, lett. a) consistono nella cessioni di beni, anche a mezzo commissionari, trasportati o spediti, a cura o a nome del cedente, anche per incarico del proprio cessionario, fuori dal territorio della Comunità Europea (Sui profili di differenziazione della cessione all'esportazione ed intracomunitaria tramite commissionari mi sia consentito rinviare a G. MARINI, *La cessione tramite commissionari nell'Iva intracomunitaria*, in *L'IVA*, 2003, 698).

sarà fornita dalla vidimazione apposta dall'ufficio doganale su un esemplare della fattura.

Conseguenza diretta della disposizione in esame è l'impossibilità del rimborso dell'Iva ai sensi dell'art. 38-bis2 (ex art. 38-ter) tutte le volte in cui l'imposta è stata erroneamente applicata ricorrendo i requisiti dell'esportazione indiretta.

Per esempio si ipotizzi che un operatore economico francese senza rappresentante fiscale in Italia, acquisti delle merci in Italia ed il cedente fatturi l'operazione con addebito d'imposta. Entro i 90 giorni dalla consegna i beni vengono trasportati a cura del cessionario in Svizzera. Il tutto documentato dalle fatture, adeguatamente integrate dalle bollette doganali, portanti un timbro doganale idoneo ad attestare la fuoriuscita della merce dal territorio comunitario.

Nella fattispecie prospettata il cessionario non potrà usufruire del rimborso dell'Iva visto il divieto di rimborso per le operazioni che configurano esportazioni indirette.

Resta il dubbio se il cessionario possa ottenere la restituzione dell'imposta direttamente dal cedente il quale provvederà a rettificare la fatturazione attraverso una nota di variazione in diminuzione.

Il terzo comma dell'art. 26 del D.P.R. 633/72, nell'ultima parte, ammette la possibilità di rettificare le inesattezze della fatturazione che abbiano dato luogo all'applicazione del settimo comma dell'art. 21, purché la variazione avvenga nel termine di un anno dall'effettuazione dell'operazione. Come è noto quest'ultima norma prevede la debenza dell'imposta indicata in fatture per operazioni inesistenti, ovvero se nella fattura i corrispettivi delle operazioni o le imposte relative sono indicate in misura superiore⁴.

⁴ Per quanto riguarda l'altra faccia della medaglia, vale a dire il profilo della detrazione, mentre si ritiene pressoché pacifica la tesi che esclude la detrazione dell'imposta relativa ad operazioni inesistenti (S. LA ROSA, *L'erronea applicazione dell'IVA, tra le norme e il dogma della conditio indebiti*, in Riv. dir. trib., 1999, II, 194; L. SALVINI, *La detrazione Iva...* cit., 162; F. TESAURO, *Sulla detraibilità dell'Iva relativi ad acquisti non soggetti ad imposta (e sull'applicabilità dell'art. 2033 c.c. nei rapporti cedente cessionario)*, in Giur. it., 1996, III, 2, 83 ss.; L. ROSA, *Variazioni in diminuzione e limiti alla richiesta di rimborso dell'Iva erroneamente addebitata*, in Riv. dir. trib., 1993, II, 446), maggiori problematiche sorgono in relazione alla detraibilità della imposta applicata in carenza di presupposto. Al riguardo alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia - sentenza 13 dicembre 1989, causa C-342/87, *Genius Holding BV*, in *Racc.* 4226, in cui si afferma che l'esercizio da parte del soggetto passivo del diritto di detrazione contemplato dalla sesta direttiva, per le merci fornite o per i servizi prestati da un altro soggetto passivo, è limitato dall'art. 17, n. 2, lett. a), della direttiva alle sole imposte dovute, vale a

Preliminarmente occorre sottolineare che la variazione in diminuzione non rappresenta un obbligo ma una mera facoltà per il cedente il quale sarà libero di scegliere se operare o meno la variazione; tuttavia, ragioni commerciali, quali la conservazione di clienti, possono spingere verso una simile opzione.

La fattispecie prospettata non configura una operazione inesistente, quindi si rientra nell'ambito dell'erronea fatturazione.

È opinione prevalente⁵ che l'errore debba essere originario, sussistendo divergenza sin dalla sua emissione tra la realtà effettiva e quella dichiarata in fattura, mentre è irrilevante la volontarietà o meno dell'errore⁶; inoltre, l'errore rettificabile ai sensi del comma 3 dell'art. 26, può avere una natura meramente materiale oppure interpretativa⁷.

La Corte di Giustizia⁸, pur rilevando che in via di principio spetta agli Stati membri determinare le condizioni in cui l'imposta indebitamente fatturata possa essere regolarizzata, ha affermato quale linea guida, a tutela del fondamentale diritto di detrazione, che «allorché colui che ha emesso la

dire alle imposte corrispondenti ad un'operazione soggetta all'IVA o versate in quanto dovute, e non si estende all'imposta dovuta, in forza dell'art. 21, n. 1, lett. c), della direttiva, unicamente perché indicata nella fattura; sentenza 19 settembre 2000, causa C-454/98, *Schmeink & Cofreth e Strobel*, ove pur rilevando che l'imposta spetta solo se l'IVA è dovuta, se colui che ha emesso la fattura ha, in tempo utile, eliminato completamente il rischio di perdita di entrate fiscali, poiché ha versato l'importo indicato separatamente nella fattura usata per la detrazione, il principio della neutralità dell'IVA richiede che l'imposta indebitamente fatturata possa essere regolarizzata, senza che una tale regolarizzazione possa essere subordinata dagli Stati membri alla buona fede di chi ha emesso tale fattura; ed, infine, sentenza 6 novembre 2003, cause riunite C-78/02 a C-80/02, *Karageorgou ed altri*, in Riv. dir. fin. e sc. fin., 2004, II, 37 ss. secondo cui le somme erroneamente indicate in fattura a titolo d'imposta per carenza del presupposto oggettivo o soggettivo non possono essere considerate IVA - si può ritenere che la detrazione va disconosciuta in ipotesi di macroscopica insussistenza dei presupposti, mentre «non appare corretto procedere al recupero in favore dell'erario di quanto detratto, quando il contesto complessivo escluda frodi, malafede, quando manchi a sua volta il tentativo (o la possibilità) di recupero dell'IVA stessa da parte del cedente o prestatore» (in tal senso M. BASILAVECCHIA, *In tema di recupero dell'IVA non dovuta; presupposti, condizioni, modalità*, in Riv. dir. fin. e sc. fin., 2004, II, 45 ss.)

⁵ Per tutti, M. BASILAVECCHIA, *Le note di variazione*, in F. TESAURO (a cura) *Giur. sist. di dir. trib., L'imposta sul valore aggiunto*, Torino, 2001, 649.

⁶ Cfr. A. CARINCI, *Le Variazioni IVA: profili sostanziali e formali*, in Riv. dir. trib., 2000, 745.

⁷ In tal senso M. BASILAVECCHIA, *Le note di variazione...* cit., 649 che evidenzia come il legislatore abbia utilizzato un termine "neutro" quale "inesattezze". Contra P. CENTORE, *Modalità e termini di rettifica degli errori IVA*, in Riv. dir. trib., 1997, 648

⁸ Sentenza 19 settembre 2000, causa C-454/98, *Schmeink & Cofreth AG & Co.*, in *Intertax* 2001, 59 con nota G. EDER, *ECJ Decides on Adjustment of Improperly Invoiced VAT*.

fattura ha, in tempo utile, eliminato completamente il rischio di perdite di entrate fiscali, il principio della neutralità dell'imposta sul valore aggiunto richiede che l'imposta indebitamente fatturata possa essere regolarizzata, senza che una tale regolarizzazione possa essere subordinata alla buona fede di colui che ha emesso tale fattura».

Sulla scorta della disciplina interna applicata alla luce dell'interpretazione dei giudici lussemburghesi, si ritiene, dunque, che il cedente nazionale possa 1) legittimamente rettificare l'operazione emettendo una nota di variazione in diminuzione, purché entro l'anno dall'effettuazione dell'operazione, e 2) restituire al cessionario l'imposta indebitamente pagata.

Invero, *in primis* è irrilevante che l'errore di fatturazione sia stata effettuata in buona fede e, quindi, il cedente avrebbe potuto conoscere sin dall'origine la destinazione all'esportazione dei beni ma nonostante ciò abbia ritenuto opportuno addebitare l'imposta per ragioni di cautela; in secondo luogo, non sussiste alcun rischio di diminuzione delle entrate fiscali o di frode in quanto il cessionario non potrebbe ottenere il rimborso ex art. 38-bis2 ed il cedente dovrebbe fornire la prova del trasferimento all'estero dei beni.

Italy – Agenzia delle Entrate – Circular n. 33/E of June 17th, 2010

IRPEF – Tax base – Domestic contribution of control participations – arm’s length - Art. 177, par. 2, D.P.R. December 22th, 1986 n. 917.

The participations exchange operation carried out through a contribution, autonomously valued, is governed by a dedicated and “special” tax discipline by virtue of its EU origin as well as its “reorganizational” character that is important for the effect on the control structure both between independent subjects and within company and/or “familiar” groups. Therefore, the regime disciplined by art. 177, par. 2 is placed on an equal rank with the discipline provided by art. 9 of the TUIR in respect of which it is alternatively applicable, given the proper law requirements.

The contribution of control participations as an avoiding practice among EU law and domestic law: The Agenzia delle entrate retraces its own steps

Francesco Amyas d’Aniello*

* Translation by Emanuele Evangelisti

CONTENTS: 1. *The contribution of control participations in the recent trend of the Agenzia delle Entrate;* 2. *The contradictoriness of the conclusions of Circular n. 33/E*

1. The contribution of control participations in the recent trend of the Agenzia delle Entrate

With circular 33/E dated June 17th, 2010, the Agenzia delle Entrate, even if not formally disowning resolutions n. 57/E of March 22nd, 2007 and n. 446/E of November 18th, 2008¹, comes back on the *vexata quaestio* of the supposed hierarchical relation existing between the discipline provided by art. 9 and that provided by art. 177, par. 2, TUIR, and does a significant step forward in respect of the previous strict positions.

In the first part, indeed, the circular describes and studies in depth the rules about the exchange of participations through contribution, reaffirming as a preamble a well known² and unquestionable concept, i.e. that, differently from what provided by par. 1 of art. 177 TUIR regarding the exchange of participations by means of permutation as well as by art. 178 TUIR regarding the intra-EC exchange of participations, the discipline provided by par. 2 does not represent a tax neutrality regime³, but an evalu-

¹ For an in depth study of the resolutions, see: G. ZIZZO, *Scambi di partecipazioni ed elusione fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 3, p. 6693; F. CIANI, “Scambi” di partecipazioni “neutri” effettuati da privati, in *Il fisco*, 2007, n. 26, p. 3832; D. SCANDIUZZI, *Lo scambio azionario ex art. 177 Tuir e la confusione tra il procedimento d’interpello statutario e quello elusivo*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, part II, p. 791; F. CIANI, “Scambi” di partecipazioni effettuati da privati, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 23, p. 1863; F. A. D’ANIELLO, *Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2007, n. 3, p. 187; L. ROSSI, *L’elusione negli scambi di partecipazioni mediante conferimenti*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 28, p. 2250; A. DRAGONETTI – S. SALVADEO, *Conferimento di partecipazioni, Analisi della ris. N. 57/E del 2007 e norma di comportamento ADC*, in *Il fisco*, 2008, n. 8, p. 1337; D. STEVANATO, *Legittimo utilizzo di scambi azionari per attuare riassetti partecipativi infragruppo*, in *Corriere Tributario*, 2008, n. 10, p. 776; P. FORMICA – K. TACCHIA, *Sulla (non) elusività del conferimento di partecipazioni effettuato all’interno di un gruppo*, in *Il fisco*, 2009, n. 27, p. 4377; M. BEGHIN, *Scambi azionari domestici, interpretazione restrittiva, giurisprudenza comunitaria e “Fisco-legislatore”*, in *Rivista di diritto tributario*, 2009, II, p. 84. Assonime in the circular n. 20 of April 12th, 2007 and the “norma di comportamento” n. 170 of the Associazione nazionale dei dottori commercialisti have been quite critical regarding the content of the Resolution n. 57/E.

² About: D. STEVANATO, *Riorganizzazioni internazionali di imprese, gli scambi di partecipazioni transfrontalieri*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie d’impresa*, edited by D. STEVANATO e R. LUPI, *ilsole24ore*, 2002, p. 717; M. LEO, *Le Imposte Sui Redditi Nel Testo Unico*, Milano, 2010, p. 2738 and subs., and Circular n. 320/E dated december 19th 1997, par. 3.3 and 3.4 even if it makes reference to art. 5 of legislative decree n. 358 dated october 8th 1997 previously in force.

³ This position cannot be fully agreed, as widely explained *infra*, that is partially rectified by the same circular where recognizes that it’s always about tax neutrality, even if “driven”.

ation criterion for the determination of the income of the contributor of the participations received pursuant to the contribution.

Indeed, the substantial tax neutrality of the operations of par. 2, art. 177 TUIR, is conditioned to the accounting approach adopted by the contributee, i.e. to the circumstance that the increase of net equity of the contributee coincides with the last fiscal value, for the contributor, of the participations contributed: Tax Administration talks about a so called “driven neutrality”.

In the second part, the circular talks at length on the description of the origin as well as the law evolution of the tax discipline provided by par. 2 of art. 177 TUIR reaffirming its EU origin⁴; besides the EU origin of the rules regarding the domestic exchange of participations – already confirmed by the same D.Lgs. that implemented Dir. N. 2005/19/CE of February 17th 2005 that also modified art. 177 of the TUIR – seems unquestionable since art. 177 TUIR integrally⁵ reproduces art. 5 of D.Lgs. n. 358 dated October 8th, 1997 which, on its turn, was introduced for implementing the enabling act included in art. 3, par. 161, law n. 662⁶ dated December 23rd, 1996, according to which, indeed, «Government is delegated to issue[...]one or more legislative decrees having as object the organic and systematic modification of the provisions of taxes on incomes applicable to organization processes of productive activities, observing the following principles and directive criteria:[...]b) harmonization of the tax regime of the operations pertaining to contribution of businesses or company units and those pertaining to exchange of participations with the regime provided by legislative decree n. 544 dated December 30th 1992 for the operations carried out between subjects resident in Italy and subjects resident in other EU Member States».

Starting from its EU origin, the Agenzia delle Entrate deduced – overturning what itself had always affirmed in previous resolutions n. 57/E of March 22nd, 2007 and n. 446/E of November 18th, 2008 – that art. 177,

⁴ The concept has been already espressa in the resolution n. 446/E of November 18th 2008 with which the Agenzia delle Entrate had, at least, overcome the embarrassing silence over the point of resolution n. 57/E of March 22nd, 2007.

⁵ Except for the modification introduced by art. 12, par. 4, of legislative decree n. 247 of November 18th, 2005, that, always in the view of armonizing with the EU discipline, extended the field of application of the rule to the individual shareholders as well.

⁶ Consistently, also L. MIELE, *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 34, p. 2754; on the EU derivation of the domestic rule about the Exchange of participation see also L. ROSSI – M. AMPOLLILLA, *Gli scambi di partecipazione in una prospettiva europea*, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 19, p. 1513.

par. 2 of the TUIR, in the individuation of the specific cases where it is applicable, is not interested «of the eventual participative or group relationships existing between contributing subjects and contributee company, with the consequence that – where the provided requirements occur – the discipline provided by par. 2, art. 177 of the TUIR seems as much destined to the operations of exchange that carry into effect an aggregation of companies between third subjects as to the operations realized within the same group for modifying the governance structure». For supporting said sentence, the circular points out «how, with the operation of exchange of participations under review – as for the other operations of company restructuring – no lack of taxation is realized and it's always respected the general principle of symmetry between the positions of the contributing subjects and the contributee on the one hand, and the principle of continuity of tax values in the hands of the subjects involved, on the other hand, even in the hypothesis where the contributee company increases its net equity for a value equal to the tax cost of the participations for the contributing subjects».

Nevertheless, in my opinion, even if the arguments pointed out in the circular can be agreed, it is advisable to point out how the logical relationship between the extension of the application field of par. 2, art. 177, TUIR (as much to groups of companies as to the aggregations between third subjects, and the observation that the operation of participations exchange, as for the other operations of company restructuring, does not imply any tax saving but a tax deferral) is at least “obscure” and incomprehensible: a rule is applied to certain specific cases, not because it does not generate a tax saving but due to the fact that the legislator (firstly EU, than, Italian) defined in such a way its “perimeter”.

Indeed, the Agenzia delle Entrate seems to neglect that tax neutrality of the *de qua* rules (being prepared to overlook also the qualification of “driven neutrality” coined by the circular) is clearly recognized in the first “whereas” of Directive 90/435/CEE⁷ that clarifies that the aim of the

⁷ Directive 90/435/CEE in GUCEL225-1 of August 20th, 1990. See, for an in depth analysis: M. CONFALONIERI, *Fusioni, scissioni e conferimenti intracomunitari*, in L'Europa e la Cee, n. 3, 1993, p. 123; C. MONFREGOLA, *Il regime fiscale comunitario di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni*, in Informatore Pirola, n. 5, 1993, p. 492; O. BORIO, *La fiscalità relativa alle operazioni societarie internazionali*, in Il fisco, 1993, n. 37, p. 9289; G. MAISTO, *Implementation of the EC merger directive*, in IBFD Bulletin, september 1993, p. 480; L. QUAGLIOTTI, *Profili tributari delle fusioni e scissioni intracomunitarie*, in Il fisco, 1994, n. 28, p. 6919; P. VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Edizioni

rule is to avoid «restrictions, disadvantages or distortions arising in particular from the tax provisions of the Member States» to the operations of contribution/exchange of participation and that, therefore – see the eighth “whereas” (where the following text is taken) – «the allotment to the share-

ISDACI, 1995, p. 229; S. CARMINI - A. MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comparato*, Padova, 1996, pp. 111 and 263; R. BRACCHETTI - O. BOLELLI- A. CALORI, *I conferimenti e le permutate di azioni o quote intracomunitari in presenza di riserve da conferimento ex legge Pandolfi. Accenni sulla normativa antielusione*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1996, n. 1, p. 105; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996; A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1996, I, pp. 428-519 and pp. 640-712; D. STEVANATO, *Riorganizzazione delle attività produttive: riflessioni sullo schema di decreto*, in *Corriere Tributario*, 1997, n. 29, p. 2113; P. VALENTE, *Riorganizzazioni societarie*, in *Il fisco*, 1997, n. 27, p. 7703; R. MICHELUTTI, *Le operazioni internazionali nella nuova disciplina sui conferimenti d'azienda*, in *Corriere Tributario*, 1997, n. 37, p. 2707; A. LOVISOLO, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova 1997, p. 774 and seq.; A. SANTI -A. FIORELLI, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, n. 3, p. 659; M. BEGHIN, *La cessione e i conferimenti d'azienda e di partecipazione nella disciplina del D.Lgs. 358/1997*, in *Rivista di diritto tributario*, 1998, I, p. 535; E. F. GRECO, *Note sullo scambio di azioni transfrontaliero* in *Il fisco*, n. 33, 1998, p. 10931. On the other hand, with reference to the issues relevant to the application of the Directive about reorganizations, see: P. CONCI, *Ostacoli fiscali alle libertà fondamentali comunitarie in tema di conferimenti societari trasnazionali* (note to ECJ judgement of November 21st, 2002, C-436/00/2002, *Town and Country Factors LTD*) in *Rivista di diritto tributario*, 2003, part III, p. 43; Id., *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento* (note to ECJ judgement December 13th, 2005, C-411/03/2005, *SEVIC System AG*), in *Rivista di diritto tributario*, 2006, part III, p. 76; G. FOBBE, *The different translation of the term “company” in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues*, in *EC Tax Review*, 2006, n. 2, p. 95 and, D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di conguagli in denaro?* (note to ECJ, judgement of July 5th, 2007, C-321/05, *Kofoed*) in *Corriere Tributario*, 2007, n. 39, p. 3103; M. GUSMEROLI, *The Conversion of a Branch into a Subsidiary under the EC Merger Directive: Still “Rarely Pure and Never Simple”*, in *European Taxation*, 2009, n. 12, p. 567. With reference to the modifications introduced by EC Directive n. 2005/19/CE of February 17th, 2005, recently implemented by the Italian legislator, to the former Directive regarding company reorganizations within the EC see, for an in depth study: M. IAVAGNILLO, *La proposta di modifica della direttiva sulle fusioni*, in *Corriere Tributario*, 2004, n. 24, p. 1885; E. VAN DEN BRANDE, *The Merger Directive amended: the final version*, in *EC Tax Review*, 2005, n. 3, p. 119; L. HREHOROVSKA, *Tax Harmonization in the European Union*, in *Intertax*, 2006, n. 3, p. 158; H. LIEBMAN – O. ROUSSELLE, *Cross-Border Merger and Societas Europaea: Light at the End of the Tunnel?*, in *Intertax*, 2005, n. 4, p. 164; R. RUSSO – O. OFFERMANN, *The 2005 amendments to the EC Merger Directive*, in *European Taxation*, 2006, n. 6, p. 250 where the authors, after having briefly described the Directive, examine critically the modifications introduced by the new Directive; K. LOZEV, *Survey of Implementation of the EC Merger Directive – A Summary with Comments*, in *European Taxation*, 2010, n. 2/3, p. 84.

holders of the transferring company of securities of the receiving or acquiring company would not in itself give rise to any taxation in the hands of such shareholders» giving in any case «the possibility of refusing to apply this Directive where the merger, division, transfer of assets or exchange of shares operation has as its objective tax evasion or avoidance».

The aim of the EU Directive and, therefore, of the Italian law is indeed to avoid double taxation phenomena with reference to operations of participations' replacement deferring the taxation up to the moment of the actual taxable event, apart from the belonging to the same group of the subjects involved.

In other words, the application both to the groups of companies and to third independent subjects, of the discipline relevant to the exchange of participations by means of a contribution as per par. 2 of art 177 TUIR is not a consequence of the remark – to tell the truth, rather expected – that said operation does not generate any lack of taxation, but it is implied in the scope and in the *ratio* of the rule itself. It's, therefore, just to favor these forms of operations finalized to the reorganization of company or familiar structures that the legislator guaranteed the tax neutrality: if a “lack of taxation” would have been occurred (using the same wording of the circular) we would be facing a tax facility, whilst it's about a rule that, by avoiding a double taxation phenomenon, subordinates the taxation up to the moment of the actual taxable event and showing of fiscal capacity.

2. The contradictoriness of the conclusions of circular n. 33/E

The Circular ends its analysis about the range of the provision of par. 2, art. 177 TUIR affirming that said provision is placed «on a n equal rank with the discipline provided by art. 9 TUIR in respect of which it is alternatively applicable, given the proper law requirements»⁸, but, notwithstanding that

⁸ To this conclusion, it was already came F. A. D'ANIELLO, *Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2007, n. 3, p. 210, where the author says that it cannot be agreed «considering special a regime (such as the one provided by art. 177, DPR 917/1986) that, where the requirements ivi indicated are met, in my opinion and as motivated above, rises as an ordinary regime: the domestic/EC exchange of control participations is always “neutral” because it is, as for the merger and division operations, a reorganizational instrument that, in any case, does not determine any lack of taxation but a tax deferral up to the moment of the

«naturally – where operations artificially realized for obtaining an undue tax benefit occur – it remains open, according to art. 37-bis of DPR 600/1973, every power of syndication of the Tax Administration aimed to verify if the contribution operation, and other possible deeds, facts or transactions linked to the latter, are part of a wider censurable tax avoidance scheme».

In other words, the Agenzia delle Entrate, first recognizes the neutrality, even “driven”, of the operation of exchange of participations through contribution and its equalization, under a hierarchical point of view, with the discipline provided by art. 9, TUIR, then, contradictorily, affirms that said operations may well also be utilized for obtaining an undue tax advantage and can be, therefore, qualified as elusive within the meaning of art. 37-bis, DPR 600/1973⁹: indeed, firstly it is embraced the thesis that the operations of contribution/exchange of participations within a group, or cross-contributions aimed to a company aggregation, are a kind operations where the “effective and immediate” taxable event relevant to capital gains included in the participations contributed is, in any case, missing (indeed, said participations, could be monetized, and therefore taxed, in a subsequent moment) than it is denied what it has been said recognizing a risk of potential tax avoidance of the same operations.

The contradiction of the reasoning within the circular is the result of the unchanging dread of the Agenzia delle Entrate of denying that, for determined specific cases it cannot never verify a tax avoidance case; if, indeed, the aim of the EC rule, first, and the Italian rule, than, is to favor the mobility of the controlling participations respectively within the EC and Italy for the reorganizational needs of the taxpayers, the natural technical instrument utilized by the legislator is the “tax neutrality”, even with different accounting and tax options.

If this is the aim of the rule and the neutrality is the *conditio sine qua non* to get it, it is clear that an operation of exchange of participations through contribution (as in the case of merger and/or demerger) there's no room for talking about tax avoidance.

possible subsequent transfer of the participations received. The pathology of said extraordinary operations – that as such implies the application of the anti-avoidance rule as provided by art. 37-bis, DPR 600/1973 – exists only where the tax neutrality becomes the mean (and not the end) through which it is possible to obtain a further and, therefore, undue (if the operation is not supported by sound business reasons) tax advantage».

⁹ For an in depth analysis about the evolution of the meaning of tax avoidance and abuse within internal tax law, see G. MAISTO, *Elusione ed abuso del diritto tributario, orientamenti attuali in materia di elusione ed abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009.

It would have been opportune that the Agenzia delle Entrate would have made clear that no operation of merger or division, and contribution of controlling participations, can be considered as elusive for the mere fact of having benefited from the tax neutrality, identifying with this latter the undue tax advantage in the ordinary tax regime of these extraordinary operations (i.e. tax neutrality)!

The logic of the anti-avoidance clause within the EC Directive, and the explicit recall of art. 37-bis of DPR 600/1973 to the EC or domestic operations of exchange/contribution of participations is to avoid that these latter are utilized as instruments for decreasing or cancel the tax burden, whilst no tax-avoidance rule can be invoked if there is no tax advantage that is ingrained to the same operation of contribution of controlling participations (or merger/division) i.e. tax neutrality, that (this is to be stressed) does not imply any tax saving, but it's simply the technical instrument for making possible the utilization and the spread of said re-organizational operations.

A tax avoidance occurs instead where said operations are intersected in a wider tax-avoidance scheme¹⁰: being a step within a more complex path aimed to obtain an undue tax saving. Let's think about the case where a taxpayer utilized the tax neutrality of the exchange of participations for contributing in an EU holding¹¹ a control participation in a company that does not meet the requirement of let. d, par. 1, art. 87 TUIR; where indeed, the EU holding (differently from an Italian company), in case of transfer of the participation received, may benefit from the *participation exemption* regime, we would be facing a clear tax avoidance scheme aimed exclusively to obtain an undue tax advantage.

¹⁰ In this sense also G. ADREANI – A. TUBELLI, *Chiarimenti dell'Assonime sullo scambio di partecipazioni mediante conferimento*, in *Corriere Tributario*, 2010, n. 37, p. 3031 as a comment to the Assonime Circular n. 27 of August 5th 2010 through which the new position of the Agenzia delle Entrate has been recognized.

¹¹ Indeed, in this case the rule of reference should be art. 178 TUIR.

Italia – Agenzia delle Entrate – Circolare n. 33/E del 17 giugno 2010

IRPEF – Base imponibile – Conferimento domestico di partecipazioni di controllo – Valore normale - Art. 177, comma 2, D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

L'operazione di scambio di partecipazioni mediante conferimento, autonomamente valutata, costituisce oggetto di un apposita e "speciale" disciplina tributaria in virtù della sua matrice comunitaria e del suo carattere "riorganizzativo", rilevante per l'incidenza sugli assetti del controllo societario tanto tra soggetti indipendenti quanto all'interno di gruppi societari e/o "familiari". Ne deriva, pertanto, che il regime disciplinato dall'art. 177, comma 2 è posto su un piano di pari dignità con la disciplina di cui all'articolo 9 del TUIR rispetto alla quale trova applicazione alternativa, in presenza dei presupposti di legge.

Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno: l'Agenzia delle Entrate torna sui suoi passi.

Francesco Amyas d'Aniello

SOMMARIO: 1. Il conferimento di partecipazioni di controllo nel recente orientamento dell'Agenzia delle Entrate; 2. La contraddittorietà della conclusioni della circolare n. 33/E

1. Il conferimento di partecipazioni di controllo nel recente orientamento dell'Agencia delle Entrate

Con la circolare n. 33/E del 17 giugno 2010, l'Agencia delle Entrate, pur formalmente non rinnegando le risoluzioni n. 57/E del 22 marzo 2007 e n. 446/E del 18 novembre 2008¹, ritorna sulla *vexata questio* del presunto rapporto gerarchico che sussiste tra la disciplina di cui all'articolo 9 e quella di cui all'articolo 177 comma 2 del TUIR, facendo un significativo passo in avanti rispetto alle rigide posizioni precedenti.

Nella prima parte, invero, la circolare descrive ed approfondisce la normativa sullo scambio di partecipazioni mediante conferimento, ribadendo preliminarmente un concetto ormai noto² ed incontestabile ovvero che, a differenza di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 177 del TUIR per lo scambio di partecipazioni tramite permuta nonché dall'art. 178 del TUIR in tema di scambio intra-comunitario di partecipazioni, la disciplina recata dal comma 2 non costituisce un regime di neutralità fiscale³, bensì un

¹ Per un approfondimento su tali risoluzioni si rinvia a: G. ZIZZO, *Scambi di partecipazioni ed elusione fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 3, p. 6693; F. CIANI, "Scambi" di partecipazioni "neutri" effettuati da privati, in *Il fisco*, 2007, n. 26, p. 3832; D. SCANDIUZZI, *Lo scambio azionario ex art. 177 TUIR e la confusione tra il procedimento d'interpello statutario e quello elusivo*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, parte II, p. 791; F. CIANI, "Scambi" di partecipazioni effettuati da privati, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 23, p. 1863; F. A. D'ANIELLO, *Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 2007, n. 3, p. 187; L. ROSSI, *L'elusione negli scambi di partecipazioni mediante conferimenti*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 28, p. 2250; A. DRAGONETTI – S. SALVADEO, *Conferimento di partecipazioni, Analisi della ris. N. 57/E del 2007 e norma di comportamento ADC*, in *Il fisco*, 2008, n. 8, p. 1337; D. STEVANATO, *Legittimo utilizzo di scambi azionari per attuare riassetti partecipativi infragruppo*, in *Corriere Tributario*, 2008, n. 10, p. 776; P. FORMICA – K. TACCHIA, *Sulla (non) elusività del conferimento di partecipazioni effettuato all'interno di un gruppo*, in *Il fisco*, 2009, n. 27, p. 4377; M. BEGHIN, *Scambi azionari domestici, interpretazione restrittiva, giurisprudenza comunitaria e "Fisco-legislatore"*, in *Rivista di diritto tributario*, 2009, II, p. 84. Piuttosto critica sul contenuto della risoluzione n. 57/E è stata anche l'Assonime nella circolare n. 20 del 12 aprile 2007 e la norma di comportamento n. 170 della Associazione nazionale dei dottori commercialisti.

² Si vedano sul punto: D. STEVANATO, *Riorganizzazioni internazionali di imprese, gli scambi di partecipazioni transfrontalieri*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, collana diretta da D. STEVANATO e R. LUPI, ilsole24ore, 2002, p. 717; M. LEO, *Le Imposte Sui Redditi Nel Testo Unico*, Milano, 2010, pp. 2738 sg., nonché la Circolare ministeriale del 19 dicembre 1997 n. 320/E, paragrafi 3.3 e 3.4 ancorché faccia riferimento al previgente art. 5 del d.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358.

³ Posizione non del tutto condivisibile, come verrà chiarito diffusamente *infra*, la quale viene parzialmente rettificata dalla stessa circolare quando riconosce che si tratta pur sempre di neutralità fiscale ancorché "indotta".

criterio di valutazione, ai fini della determinazione del reddito del soggetto conferente, delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento.

Infatti, la sostanziale neutralità fiscale delle operazioni di cui al comma 2 dell'art. 177 del TUIR è condizionata al comportamento contabile adottato dalla società conferitaria ossia alla circostanza che l'incremento di patrimonio netto della società conferitaria coincida con l'ultimo valore fiscale presso il soggetto conferente delle partecipazioni conferite: l'Amministrazione finanziaria parla a tale riguardo di una cd. "neutralità indotta".

Nella seconda parte la circolare pertanto si dilunga nella descrizione dell'origine nonché dell'evoluzione normativa della disciplina fiscale contenuta nel comma 2 dell'articolo 177 del TUIR ribadendone la matrice comunitaria⁴; del resto la derivazione della normativa sullo scambio domestico di partecipazioni da quella comunitaria – già confermata dallo stesso decreto legislativo che ha recepito la direttiva n. 2005/19/CE del 17 febbraio 2005 che ha modificato anche l'art. 177 D.P.R. n. 917/1986 - appare incontestabile in quanto l'art. 177 D.P.R. n. 917/1986 riproduce integralmente⁵ l'art. 5 del d.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 che, a sua volta, fu introdotto in attuazione della delega contenuta nell'art. 3, comma 161, della legge 23 dicembre 1996, n. 662⁶ secondo la quale infatti «il Governo è delegato ad emanare [...] uno o più decreti legislativi aventi per oggetto la modifica organica e sistematica delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili ai processi di organizzazione delle attività produttive, con l'osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi: [...] b) armonizzazione del regime tributario delle operazioni di conferimento di aziende o di complessi aziendali e di quelle di scambio di partecipazioni con il regime previsto dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, per le operazioni poste in essere tra soggetti residenti nel territorio dello Stato e soggetti residenti in altri Stati membri dell'Unione europea».

Partendo dalla sua matrice comunitaria l'Agenzia delle Entrate deduce - ribaltando quanto da essa stessa sempre affermato nelle precedenti risoluzioni

⁴ Concetto già espresso nella risoluzione n. 446/E del 18 novembre 2008 con la quale l'Agenzia delle Entrate aveva almeno superato l'imbarazzante silenzio sul punto della risoluzione n. 57/E del 22 marzo 2007.

⁵ Salva la modifica introdotta dall'art. 12, comma 4, d.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247 che, sempre nell'ottica di armonizzazione con la disciplina comunitaria, ha esteso il campo di applicazione della norma anche ai soci persone fisiche.

⁶ In senso conforme anche L. MIELE, *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 34, p. 2754; sulla derivazione comunitaria della norma domestica sullo scambio di partecipazione si sono espressi anche L. ROSSI – M. AMPOLILLA, *Gli scambi di partecipazione in una prospettiva europea*, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 19, p. 1513.

n. 57/E del 22 marzo 2007 e n. 446/E del 18 novembre 2008 – che l’art. 177 comma 2 del TUIR, nell’individuazione delle fattispecie alle quali trova applicazione, si disinteressa «degli eventuali rapporti partecipativi o di gruppo sussistenti tra soggetti conferenti e società conferitaria, con la conseguenza che - al ricorrere dei requisiti previsti - la disciplina recata dal comma 2, dell’articolo 177 del TUIR appare destinata tanto alle operazioni di scambio che attuino un’aggregazione di imprese tra soggetti terzi quanto alle operazioni realizzate all’interno dello stesso gruppo per modificare gli assetti di governance».

A supporto di tale affermazione la circolare osserva «come con l’operazione di scambio di partecipazioni in questione - al pari delle altre operazioni di riorganizzazione aziendale - non si realizzi alcun salto d’imposta e venga sempre rispettato il principio generale di simmetria tra le posizioni dei conferenti e quella della conferitaria, da un lato, e quello di continuità dei valori fiscalmente riconosciuti in capo ai soggetti coinvolti, dall’altro, anche nell’ipotesi in cui la società conferitaria incrementi il proprio patrimonio netto per un valore pari al costo fiscalmente riconosciuto delle partecipazioni presso i soggetti conferenti».

Tuttavia, ad avviso di chi scrive, pur vedendosi condivisi gli argomenti esposti nella circolare, non può non rilevarsi come il legame logico tra l’estensione del campo di applicazione del comma 2 dell’articolo 177 del TUIR, tanto ai gruppi di società che alle aggregazioni tra soggetti terzi, e la constatazione che l’operazione di scambio di partecipazioni, al pari delle altre operazioni di organizzazione aziendale, non comporta alcun risparmio d’imposta bensì un “*tax deferral*”, appaia quantomeno oscuro ed incomprensibile: una norma si applica a determinate fattispecie, non perché non genera un risparmio di imposta, bensì perché il legislatore (comunitario, prima, italiano, poi) ne ha definito in tal modo i confini.

Invero, l’Agenzia delle Entrate sembra trascurare che la neutralità fiscale della normativa *de qua* (passi anche la qualificazione di “neutralità indotta” coniata dalla circolare) è chiaramente riconosciuta nel primo considerando alla direttiva 90/435/CEE⁷ il quale chiarisce che la finalità della normativa

⁷ Direttiva 90/435/CEE in G.U.C.E. L225-1 del 20 agosto 1990. Si rinvia per un approfondimento a: M. CONFALONIERI, *Fusioni, scissioni e conferimenti intracomunitari*, in L’Europa e 1a Cee, n. 3, 1993, p. 123; C. MONFREGOLA, *Il regime fiscale comunitario di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni*, in *Informatore Pirola*, n. 5, 1993, p. 492; O. BORIO, *La fiscalità relativa alle operazioni societarie internazionali*, in *Il fisco*, 1993, n. 37, p. 9289; G. MAISTO, *Implementation of the EC merger directive*, in *IBFD Bulletin*, settembre 1993, p. 480; L. QUAGLIOTTI, *Profili tributari delle fusioni e scissioni intracomunitarie*, in *Il fisco*, 1994, n. 28, p. 6919; P. VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento*, in *Aspetti*

è quella di evitare «restrizioni o svantaggi o distorsioni particolari derivanti dalle normative fiscali degli Stati membri» alle operazioni di conferimento/ scambio di partecipazioni e che pertanto - si veda il considerando ottavo (da cui il virgolettato è tratto) - «l'attribuzione ai soci della società conferente di titoli della società beneficiaria o acquirente non deve di per se

fiscali delle operazioni internazionali, Edizioni ISDACI, 1995, p. 229; S. CARMINI - A. MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comparato*, CEDAM Padova, 1996, pp. 111 e 263; R. BRACCHETTI - O. BOLELLI - A. CALORI, *I conferimenti e le permutate di azioni o quote intracomunitari in presenza di riserve da conferimento ex legge Pandolfi. Accenni sulla normativa antielusione*, in Rivista dei dottori commercialisti, 1996, n. 1, p. 105; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996; A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 1996, I, pp. 428-519 e pp. 640-712; D. STEVANATO, *Riorganizzazione delle attività produttive: riflessioni sullo schema di decreto*, in Corriere Tributario, 1997, n. 29, p. 2113; P. VALENTE, *Riorganizzazioni societarie*, in Il fisco, 1997, n. 27, p. 7703; R. MICHELUTTI, *Le operazioni internazionali nella nuova disciplina sui conferimenti d'azienda*, in Corriere Tributario, 1997, n. 37, p. 2707; A. LOVISOLO, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, in Studi in onore di Victor Uckmar, Padova 1997, pp. 774 sg.; A. SANTI - A. FIORELLI, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in Rassegna Tributaria, 1997, n. 3, p. 659; M. BEGHIN, *La cessione e i conferimenti d'azienda e di partecipazione nella disciplina del D.Lgs. 358/1997*, in Rivista di diritto tributario, 1998, I, p. 535; E. F. GRECO, *Note sullo scambio di azioni transfrontaliero* in Il fisco, n. 33, 1998, p. 10931. Relativamente invece alle questioni sorte in merito all'applicazione della Direttiva sulle riorganizzazioni si rinvia a: P. CONCI, *Ostacoli fiscali alle libertà fondamentali comunitarie in tema di conferimenti societari transnazionali* (nota a CGCE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00/2002, *Town and Country Factors LTD*) in Rivista di diritto tributario, 2003, parte III, p. 43; Id., *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento* (nota a CGCE, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03/2005, *SEVIC System AG*), in Rivista di diritto tributario, 2006, parte III, p. 76; G. FOBBE, *The different translation of the term "company" in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues*, in EC Tax Review, 2006, n. 2, p. 95 ed, infine, D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di conguagli in denaro?* (nota a CGCE, sentenza 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*) in Corriere Tributario, 2007, n. 39, p. 3103; M. GUSMEROLI, *The Conversion of a Branch into a Subsidiary under the EC Merger Directive: Still "Rarely Pure and Never Simple"*, in European Taxation, 2009, n. 12, p. 567. Sulle modifiche normative introdotte dalla direttiva comunitaria n. 2005/19/CE del 17 febbraio 2005, recentemente recepita dal legislatore italiano, alla direttiva originaria sulle riorganizzazioni societarie all'interno della Comunità Europea si rinvia per un approfondimento a: M. LAVAGNILIO, *La proposta di modifica della direttiva sulle fusioni*, in Corriere Tributario, 2004, n. 24, p. 1885; E. VAN DEN BRANDE, *The Merger Directive amended: the final version*, in EC Tax Review, 2005, n. 3, p. 119; L. HREHOROVSKA, *Tax Harmonization in the European Union*, in Intertax, 2006, n. 3, 158; H. LIEBMAN - O. ROUSSELLE, *Cross-Border Merger and Societas Europaea: Light at the End of the Tunnel?*, in Intertax, 2005, n. 4, p. 164; R. RUSSO - O. OFFERMANN, *The 2005 amendments to the EC Merger Directive*, in European Taxation, 2006, n. 6, p. 250 in cui gli autori dopo aver descritto brevemente la direttiva del '90' esaminano in modo critico le modifiche apportate dalla nuova direttiva; K. LOZEV, *Survey of Implementation of the EC Merger Directive - A Summary with Comments*, in European Taxation, 2010, n. 2/3, p. 84.

stessa dar luogo ad una qualsiasi imposizione dei soci medesimi» lasciando in ogni caso salva «la facoltà per gli Stati membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale».

La finalità della direttiva comunitaria e pertanto della normativa interna è infatti quella di evitare fenomeni di doppia imposizione relativamente ad operazioni di ricollocamento di partecipazioni sospendendo la tassazione fino al momento dell'effettivo atto realizzativo, indipendentemente dall'appartenenza o meno al medesimo gruppo dei soggetti coinvolti.

In altri termini, l'applicazione, tanto ai gruppi societari quanto a soggetti terzi ed indipendenti, della disciplina dello scambio di partecipazioni mediante conferimento di cui al 2 comma dell'articolo 177 TUIR non è una conseguenza della constatazione – al dire il vero piuttosto scontata – che tale operazione non genera alcun salto di imposta, bensì è insita nella finalità e nella “*ratio*” della normativa stessa. E' proprio per favorire queste forme di operazioni finalizzate alla riorganizzazione degli assetti societari e/o familiari che il legislatore ne ha garantito la neutralità fiscale: se ci fosse stato un “salto d'imposta” (usando la stessa terminologia della circolare) saremo di fronte ad una agevolazione fiscale, mentre si tratta di una norma che, evitando un fenomeno di doppia imposizione, subordina la tassazione al momento di effettivo realizzo e manifestazione di capacità contributiva.

2. La contraddittorietà della conclusioni della circolare n. 33/E

La circolare conclude la sua disamina sulla portata della disposizione di cui al comma 2 dell'articolo 177 del TUIR affermando che la stessa è posta «su un piano di pari dignità con la disciplina di cui all'articolo 9 del TUIR rispetto alla quale trova applicazione alternativa, in presenza dei presupposti di legge»⁸, ma ciononostante «naturalmente - in presenza di operazioni

⁸ A tale conclusione era già giunto F. A. D'ANIELLO, *Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno*, in Rivista di diritto tributario internazionale, 2007, n. 3, p. 210, dove afferma che non è condivisibile «considerare “speciale” un regime (quello di cui all'art. 177 D.P.R. n. 917/1986) che, al verificarsi dei presupposti ivi indicati, ad avviso di chi scrive e come sopra motivato, assurge a regime “ordinario”: lo scambio domestico/comunitario di partecipazioni di controllo è sempre “neutrale” in quanto è, alla stessa stregua delle operazioni di fusione e di scissione, uno strumento riorganizzativo che, in

strumentalmente realizzate al precipuo fine di ottenere un vantaggio fiscale da considerarsi indebito - resta impregiudicato, ai sensi dell'articolo 37-bis del DPR n. 600 del 1973, ogni potere di sindacato dell'Amministrazione finanziaria volto a verificare se l'operazione di conferimento ed eventuali altri atti, fatti o negozi ad essa collegati s'inseriscano in un più ampio disegno elusivo, pertanto, censurabile».

In altri termini, l'Agenzia delle Entrate prima riconosce la neutralità, seppur "indotta", dell'operazione di scambio delle partecipazioni mediante conferimento e la sua parificazione a livello gerarchico con la disciplina di cui all'articolo 9 del TUIR e poi, contraddittoriamente, afferma che tali operazioni possono essere utilizzate anche al precipuo fine di ottenere un vantaggio fiscale da considerarsi indebito e quindi possono essere qualificate come elusive ai sensi dell'articolo 37-bis D.P.R. n. 600 del 1973⁹: prima cioè si sposa la tesi che le operazioni di conferimento/scambio di partecipazioni all'interno di un medesimo gruppo ovvero di conferimenti incrociati finalizzati ad una aggregazione aziendale sono operazioni societarie in cui manca in ogni caso il realizzo "effettivo ed immediato" delle plusvalenze sottese alle partecipazioni conferite, le quali, ove del caso, verranno monetizzate, e quindi tassate, in un momento successivo, per poi negare quanto si è detto riconoscendo un rischio di potenziale elusività delle operazioni stesse.

La contraddizione del ragionamento della circolare è propria del costante timore dell'Agenzia delle Entrate di negare che per determinate fattispecie non può mai configurarsi una elusione fiscale; se infatti la finalità della norma comunitaria, prima, e di quella nazionale, poi, è quella di favorire la mobilità delle partecipazioni di controllo rispettivamente all'interno della Comunità europea e dello Stato italiano per necessità riorganizzative proprie dei contribuenti, il naturale strumento tecnico utilizzato dal legislatore è quello della "neutralità fiscale", pur con opzioni contabili e tributarie differenti.

ogni caso, non determina alcun salto di imposta, ma tutt'al più un differimento di tassazione al momento della eventuale successiva cessione delle partecipazioni ricevute. La patologia di tali operazioni straordinarie - che in quanto tale comporta l'applicazione della normativa anti-elusione di cui all'art. 37-bis D.P.R. n. 600/1973 - si ha e può affermarsi solo quando la neutralità fiscale diventa non il fine ma il "mezzo" attraverso cui conseguire un ulteriore e, quindi, indebito (se l'operazione non è supportata da valide ragioni economiche) vantaggio fiscale.»

⁹ Per una approfondita analisi sull'evoluzione del significato dell'elusione e dell'abuso nel diritto tributario interno si rinvia a G. MAISTO, *Elusione ed abuso del diritto tributario, orientamenti attuali in materia di elusione ed abuso del diritto ai fini dell'imposizione tributaria*, Milano, 2009.

Se questa è la finalità della norma e la neutralità è la condizione *sine qua non* per raggiungerla appare evidente che in un'operazione di scambio di partecipazioni mediante conferimento (come in caso di fusione e/o scissione) non c'è spazio per poter disquisire di elusione fiscale.

Sarebbe stato opportuno che l'Agenzia delle Entrate avesse chiarito una volta per tutte che nessuna operazione di fusione o scissione, oltre che di conferimento di partecipazioni di controllo, può essere considerata elusiva per il solo fatto di aver "beneficiato" della neutralità fiscale con ciò identificando il vantaggio fiscale indebito nel regime fiscale ordinario proprio di queste operazioni straordinarie (ossia la neutralità fiscale)!

La logica della clausola anti-elusiva contenuta nella direttiva comunitaria, nonché del richiamo esplicito dell'art. 37-*bis* D.P.R. n. 600/1973 alle operazioni di scambio/conferimento, comunitario o domestico, di partecipazioni, è quella di evitare che queste siano utilizzate quali strumenti per ridurre o azzerare il carico fiscale, mentre nessuna norma anti-elusiva può essere invocata se non c'è alcun vantaggio fiscale che non sia quello congegnato alla stessa operazione di conferimento di partecipazioni di controllo (ovvero di fusione o scissione) ossia la neutralità fiscale che, si ripete, non comporta alcun risparmio fiscale, ma è semplicemente lo strumento tecnico per poter rendere possibile l'utilizzo e la diffusione di tali operazioni di riorganizzazione.

Si configura invece una elusione fiscale qualora tali tipo di operazioni si inseriscano in un più ampio disegno elusivo¹⁰: fossero cioè un tassello all'interno di un più complesso piano finalizzato ad ottenere un indebito risparmio d'imposta. Si pensi al caso in cui un contribuente utilizzi l'acclarata neutralità fiscale dello scambio azionario per conferire in una *holding* europea¹¹ una partecipazione di controllo in una società che non soddisfa il requisito di cui alla lettera d, 1 comma, articolo 87 TUIR; qualora infatti la *holding* europea (diversamente da una società italiana), in caso di cessione della partecipazione ricevuta, possa usufruire della *participation exemption* locale, si sarebbe di fronte ad una chiara pratica elusiva finalizzata esclusivamente ad ottenere un indebito vantaggio fiscale.

¹⁰ In tal senso anche G. ADREANI – A. TUBELLI, *Chiarimenti dell'Assonime sullo scambio di partecipazioni mediante conferimento*, in *Corriere Tributario*, 2010, n. 37, p. 3031 in commento alla Circolare dell'Assonime n. 27 del 5 agosto 2010 con la quale si è preso atto della nuova posizione dell'Agenzia delle Entrate.

¹¹ Invero in tal caso la norma di riferimento sarebbe l'art. 178 TUIR.

SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE

SEZIONE III

Notes and surveys

A development policy for the European Union. The urgency of the choices and the role of Italy*

Giovanni Puoti

* Report delivered at the Conference *In memory of Altiero Spinelli. A development policy for the European Union. The urgency of the choices and the role of Italy*, Sapienza University of Rome, Faculty of Economics, 25 March 2009. Translation by Chiara Albano.

I attend this meeting as founder and director of the International Tax Law Review that almost from a decade collects and publishes the contributions of authors from all over the world about items of European, International and Comparative Tax Law. During our activity we have weaved a network of relationships with scholars belonging to different scientific fields (legal and economic) giving special emphasis to topics of great importance, insisting in particular on that of European integration.

I myself am, among others, Professor of Italian and International Tax law in the faculty of Political Science of this university, which has always been particularly sensitive to the international aspects. I must say that – as will be underlined in the next report of Professor Selicato – in the context of a development policy for the European Union the tax factor is essential but it is perhaps one of the elements upon which there is a great lack, not only of attention, but, I would say under a technical profile, of implementation. Apart from the report of Professor Selicato, even in the one which will be presented by Professor Majocchi is well underlined how, in the field of tax choices, there is the need for unanimity and so there is a veto power by any of the member States. And this clearly reduces greatly the possibility of using the tax handle in the field of the policies of resolution of the crisis and of incentive to the development of the European Union.

And the lack is particularly heavy because, whereas the European Community has immediately ruled with reference to the harmonisation of indirect taxes (introducing a special provision within the Treaty of Rome of

1957 and, then, establishing the VAT with a directive of 1967 in order to remove the tax barriers that constituted an obstacle to the implementation of a single market without economic distortions), in the field of direct taxes, which is also of vital importance for the development, not only of each Country, but of the whole European Union, it has done very little.

So, owing to the existence of the veto right, the European policy has been very shy in this field. But it is also true that great efforts in this direction have not been made.

Indeed, several member States took advantage of this situation in order to move on their territory investments, demand, etc. creating little tax heavens, we can say, intra-community.

And it has not been enough the launch, about ten years ago, of the code of conduct by the Commission in order to stem these domestic policies aimed to the acquisitions of capital, assets, of wealth in general. Said that, I think that the main effort that should be made in this moment is that of thinking in terms of tax measures, that is to commit in order to ensure that the tax instrument could follow – but seriously – an industrial policy appropriate to contribute to the solution of the crisis.

Aside from this aspect, regarding the limits of the tax powers of the member States, there is also the one concerning the general structure of the powers of the Community, that, equally, should be resolved. Yesterday (24 March 2009, e. n.) Giuliano Amato held a conference to the *Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze* on “The Community legal order between Constitutional law and International law”, where Amato, with is well-known attention to the European issues (emphasized, among others, by his experience of Vice-chairman of the European Convention, established in order to prepare the text of the European Constitution), said correctly that in the vision of Europe there is always a range between the perspective, if not unitary at least federal, grounded on constitutional principles common to the Union, and the perspective of Europe as merely an agreement among member States, which is surely, less significant, less decisive in terms of common actions.

So I think that the works of this morning could surely give a remarkable contribution to the solution of a series of issues that are on the table and, among others, I have to say that, if it is true that many people say or have said that in the past during other crisis like the one of 1929, after all, the crisis has also a positive consequence because after it comes a better world, we could also think that the urgency of resolving these

aspects of great relevance could lead to an acceleration in the adoption of certain tools and especially in the revision of what may be the appearance, in operational terms, of the European Union. Given the importance of the contributions that will be presented in this workshop, we will be happy to hold them all in the Review of International Tax Law. With this commitment, I wish you all: good work!

Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*

Giovanni Puoti

* Relazione tenuta al convegno *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Economia, 25 marzo 2009.

Intervengo a questo incontro nella mia qualità di fondatore e direttore della Rivista di diritto tributario internazionale che da ormai un decennio raccoglie e pubblica i contributi di autori di ogni parte del mondo su tematiche di diritto tributario europeo, internazionale e comparato. Nel corso della nostra attività abbiamo intessuto una rete di relazioni con studiosi appartenenti ad aree scientifiche diverse (giuridiche ed economiche) dando particolare risalto a temi di grande rilevanza, insistendo in modo particolare su quello dell'integrazione europea.

Io stesso, tra l'altro, sono docente di diritto tributario italiano ed internazionale nella facoltà di Scienze politiche di questa università, che è sempre stata particolarmente attenta agli aspetti internazionali. Devo dire che – come sarà evidenziato nella successiva relazione del prof. Selicato - nell'ambito di una politica di sviluppo per l'Unione Europea il fattore fiscale è essenziale ma è forse uno degli elementi sui quali vi è una maggior carenza non solamente di attenzione ma, direi sotto un profilo tecnico, di attuazione. Oltre che nella relazione del prof. Selicato, anche nella relazione che sarà presentata dal prof. Majocchi si mette bene in evidenza il fatto che, nell'ambito delle scelte fiscali, vi è la necessità dell'unanimità e quindi vi è un potere di veto da parte di uno qualunque degli Stati membri. E questo evidentemente riduce moltissimo la possibilità di utilizzare la leva fiscale nell'ambito di politiche di risoluzione della crisi e di incentivo allo sviluppo dell'Unione Europea.

E la carenza è particolarmente pesante perchè, mentre la Comunità Europea si è immediatamente espressa con riferimento all'armonizzazione delle

imposte indirette (introducendo un'apposita previsione all'interno del Trattato di Roma del 1957 e, poi, istituendo l'IVA con una direttiva del 1967 al fine di eliminare le barriere fiscali che costituivano un ostacolo alla realizzazione di un mercato unico privo di distorsioni economiche), nel settore delle imposte dirette, che pure è di vitale importanza per lo sviluppo non solo di ciascun Paese ma dell'intera Unione Europea, ha fatto pochissimo.

Quindi, per effetto della presenza del diritto di veto, la politica europea è stata molto timida in questo settore. Ma è anche vero che grandi tentativi in questa direzione non ne sono stati fatti. Anzi, molti Paesi membri hanno approfittato di questa situazione per spostare sul proprio territorio investimenti, domanda, etc. creando dei piccoli paradisi fiscali, diciamo, intracomunitari. E non è bastato il varo, una decina di anni fa, del codice di condotta da parte appunto della Commissione per arginare queste politiche interne mirate all'acquisizione di capitali, di attività, di ricchezza in genere. Detto questo, credo che lo sforzo maggiore che si dovrebbe fare in questo momento è quello di pensare in termini di interventi sulla fiscalità, cioè impegnarsi a far sì che lo strumento fiscale possa accompagnare - ma in modo serio - una politica industriale idonea a contribuire alla soluzione della crisi.

Accanto a questo aspetto, relativo ai limiti dei poteri fiscali degli Stati membri, c'è anche quello relativo all'assetto generale dei poteri della Comunità che, allo stesso modo, andrebbe avviato a soluzione. Proprio ieri (24 marzo 2009, n.d.r.) Giuliano Amato ha tenuto una conferenza alla Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze sul tema "L'ordinamento comunitario tra diritto costituzionale e diritto internazionale", dove Amato con la sua notoria attenzione ai temi europei (accentuata, tra l'altro, dalla sua esperienza di Vicepresidente della Convenzione Europea, istituita per elaborare il testo della Costituzione europea) ha detto giustamente che nella visione dell'Europa si oscilla sempre tra la prospettiva se non unitaria almeno federale, basata su principi costituzionali comuni all'Unione, e la prospettiva dell'Europa come un mero accordo tra i vari Paesi membri che, sicuramente, è meno pregnante, meno risolutiva sul piano dell'adozione di misure comuni.

Credo, dunque, che i lavori di questa mattina possano sicuramente dare un notevole contributo alla soluzione di una serie di problematiche che sono sul tappeto e tra l'altro devo dire che, se è vero che molti affermano, hanno affermato che in passato in occasione di altre crisi come quella del '29 che tutto sommato la crisi ha anche un risvolto positivo perchè dopo ne esce un mondo migliore, possiamo anche pensare che l'urgenza di risolvere questi aspetti di grande rilievo potrebbe determinare un'accelerazione

nell'adozione di determinati strumenti e soprattutto nella revisione di quella che può essere la fisionomia, sotto il profilo operativo, dell'Unione Europea. Tenuto conto dell'importanza dei contributi che saranno presentati in questa giornata di lavori, saremo ben lieti di ospitarli tutti nella Rivista di diritto tributario internazionale.

Con questo impegno auguro a tutti: buon lavoro!

To overcome the crisis in a new development model*

Alberto Majocchi**

* Lecture given at the Conference *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza University of Rome, Faculty of Economics, March 25, 2009.

** Chairman of Istituto di Studi e Analisi Economica, Rome.
Translation by Domenico Buonviaggio

I want to start from a remark that has done Riccardo Perissich: «Spinelli has always been involved in politics, not economics». Very true, but there are at least two points in the production of Spinelli that today seem interesting, even for the topical analysis. The first was the *Manifesto of Ventotene*, where probably most felt the hand of the co-author Ernesto Rossi: there is in the Manifesto an anticipation of what ultimately will become the European social model. Four very important points: an agrarian reform to overcome the large landowners and redistributing property rights among those who work the fields, an industrial policy based on reducing the power of monopolies, in substance an antitrust legislation; a security blanket in order to ensure all a minimum of conditions of welfare for pensions and health; finally, an instruction for all to warrant the social mobility. In the *Manifesto of Ventotene* are then outlined the four fundamental pillars of a modern Welfare State.

The second strand is found in another subsequent book of Spinelli, which is *PCI, what to do?*, written during the first direct elections to the European Parliament, where for the first time talking about a Marshall Plan for the Third World. Today is a recurring theme, but Spinelli anticipates that in the third world there is a proportion of potential demand that has not been explored; so should transfer financial resources for these countries to activate the demand and activate them to a new cycle of development

also for industrialized economies. Both strands of Spinelli should be recovered in the analysis of the current situation.

Here I would like to make some brief comments trying to figure out where it came from this crisis and where you should go, and also trying to respond to comments that were made previously and which I think are very interesting.

The origins of the crisis are quite evident and are linked to the imbalances that have occurred in the American economy. Today we put much emphasis on the monetary imbalances, but in fact the key factor is that the United States, for a considerable number of years, had a domestic demand in excess of the national production. This means they consume more than they produce and the difference is imported. The United States then indebted abroad and are financed by the surplus countries: China, Japan, and Germany, who buy U.S. Treasury bonds. Behind the financial phenomenon, the real estate bubble, the subprime mortgages, monetary imbalances, there is a real imbalance: the richest country in the world consumes more than it produces. It is clear that this would not guarantee the equilibrium of the world market.

Secondly, the crisis is the daughter of a savage deregulation with regard to both the internal market, both the international market. Savage deregulation with regard to the domestic market has enabled the creation of this mass of derivatives which have flooded the market and then have led to the international crisis, as globalization has proceeded without a government to determine its rules: therefore, it brought to an international market where traders acted without being controlled by a supranational authority.

Given these two root causes - the savage deregulation on the one hand, and on the other hand, the imbalances that exist in the American economy – how can this crisis be defeated?

The most suggested solution is very simple: first of all, the banks shall be saved and financial crisis shall be left behind; then, demand shall be enhanced as to strengthen the economical activity. In particular, family consumption should be supported so that the increased demand for business allows a resumption of production and consequently of employment, thus starting a new virtuous circle.

I do not think that these considerations are sufficient to initiate the recovery process, as they're not worthy to face the actual root causes of the crisis and they do not uproot the imbalances that have occurred in the past and that are still visible today. In the already industrialized world the

basic imbalance is the one between public demand and private demand. Private demand that is satisfied by the market has enormously grown, but many needs that require public intervention are not satisfied yet. Hence, as it's been already observed and as the Stiglitz Commission has recently shown with great clarity, people are becoming richer and less happy. They live worse than before, because the fundamental goods they need are not as available as they used to. This is the first imbalance to deal with.

The second imbalance is linked to the fact that, during the period of globalization, many countries have started industrializing, but there's still a huge part of the world (1 billion and one hundred million people) living in extreme poverty. The gap between the rich and developed world and the most undeveloped one, rather than decrease, has expanded in recent years. In order to end the crisis both of these basic imbalances shall be faced. And this requires the need to move to a new model of development.

Starting a new development model is very simple to postulate, but very difficult to put in action, because it does not require more intervention by the State, but more public demand, which is a different thing. It has nothing to do with the airship, which is so discussed today. What we need is a new public demand because a developed and civilized country implies an enormous amount of people's basic needs, that are not met by the market, but should be met by public demand. I would like to recall the words of a great liberal Italian economist, Luigi Einaudi, who said: 'the market to satisfy the demands, not the needs. "This should be kept in mind because the needs that people's income can't afford do not become effective demand and are not met by the market. What we actually need is clean air, clean water, a sustainable mobility, renewable energy and so on, but if the demand can't pay for these goods, the market can't produce them. As a consequence, the gap insight an increasingly rich population whose basic needs are not satisfied grows bigger and bigger. In this new model of development, it's essential to transfer resources both from market to public demand and from rich to poor countries, as theorized by Spinelli's ideal of a Marshall Plan for developing countries.

These steps are extremely complicated. This is because the public demand requires something that is very difficult to engage in politics, that is a redistribution of resources between the satisfaction of privates' needs and the satisfaction of public needs. It means that, roughly speaking, the level of taxation should be increased. So, why are so hard to be accepted? Why are they a sort of taboo subject in political debate? The reason is simple:

Taxes are a restriction of personal freedom in the sense that, while anyone takes personal decisions about his disposable income, the decisions about taxes are collective. The individual can influence the optimal use of tax revenue only through politics, through the channel of political participation. So, promoting a higher tax levy to meet public demand and to transfer resources from developed countries to Third World countries creates boundaries in the economic sphere of individual freedom and requires a political model for greater participation, both internally and internationally.

Some further considerations on this point. To help get them to raise the European economy should be promoted a plan to launch the new model of development. But in Europe there is no single economic policy and the Maastricht Treaty only provides for the coordination of national economic policies. But such coordination does not exist because in Europe there is not a power capable of making decisions and applying them in practice. As a result, in the European meetings every head of state or government is trying to get the best possible in the interest of their country. This is the only objective, which is correct because in a situation where there is not the European federal state, decisions are not taken in the interests of the European people as the constituency is national policy, and every head of state or Government is accountable to its constituency politics, so it must declare that he brought home the money for their fellow citizens, who did not help. Now what does that involve? There is a European policy and, if today you want to share with a European policy, you must change the registry. Must make a European policy that no longer counts on the support of private demand, but investment aims to create a new model of development. Which means: complete networks - not only the network structure, but also intangible networks that must be done in Europe, investing in higher education if we want to innovate, invest in renewable energy, sustainable mobility, in protecting of cultural and natural, and so on? All this requires a new policy at European level, requires more resources. Internationally, then, should redistribute resources on a global scale to reduce the gap between rich and poor countries.

Ultimately, all this requires a political leap. It is unthinkable to do this policy with the institutional structures that Europe today and with the government that the world today, because Europe is incapable of making a European policy for managing the economy is based on coordination and Treaty of Maastricht, the only indication that there is economic policy: the EU Member States consider economic policy their common concern and

shall coordinate them within the Council. All. But this coordination is not achieved because there is no power to impose decisions to Member States. In Europe then you need to create a power capable of making decisions and to impose decisions on the supranational level. At the same time, creating a new global governance of the globalization process because if the entire world population must be involved, the government of the world must be multipolar government. It is unthinkable, even with the new U.S. administration that will certainly be different from the previous one, to rule the world only from Washington, then to move on from a government unipolar world to a multipolar Government: But if this is the objective, remains more topical than ever, especially for us Europeans, indicating that emerges from the Manifesto Ventotene: “unite or perish!”

Per vincere la crisi un nuovo modello di sviluppo*

Alberto Majocchi**

* Relazione tenuta al Convegno *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Economia, 25 marzo 2009.

** Presidente Istituto di Studi e Analisi Economica, Roma.

Voglio partire da una considerazione che ha fatto Riccardo Perissich: «Spinelli si è sempre occupato di politica, non di economia». È verissimo, però ci sono almeno due punti nella produzione di Spinelli che oggi mi sembrano interessanti, anche ai fini dell'analisi attuale. Il primo risale al Manifesto di Ventotene, dove probabilmente si risente molto della mano del coautore Ernesto Rossi: c'è nel Manifesto un'anticipazione di quello che poi diventerà il modello sociale europeo. Quattro punti molto rilevanti: una riforma agraria per superare il latifondismo e redistribuire i diritti di proprietà fra quelli che lavorano la terra; una politica industriale fondata sulla riduzione del potere dei monopoli, in sostanza una legislazione *anti-trust*; una protezione generalizzata in modo tale da garantire a tutti condizioni minime di *welfare* per le pensioni e la sanità; infine, un'istruzione per tutti per garantire la mobilità sociale. Nel Manifesto di Ventotene si trovano quindi delineati i quattro pilastri fondamentali di un moderno Stato del benessere.

Il secondo filone lo troviamo in un altro libro successivo di Spinelli, che è *PCI, che fare?*, scritto in occasione delle prime elezioni dirette al Parlamento Europeo, in cui per la prima volta si parla di un Piano Marshall per il Terzo Mondo. Oggi è un tema ricorrente, ma Spinelli anticipa che nel terzo mondo c'è una quota di domanda potenziale che non è stata sfruttata; occorre quindi trasferire risorse finanziarie in favore di questi Paesi per attivare la domanda e dare avvio così ad un nuovo ciclo di sviluppo anche per le economie industrializzate. Entrambi questi filoni di Spinelli devono essere recuperati nell'analisi della situazione attuale.

Qui vorrei fare qualche breve considerazione cercando di capire da dove proviene questa crisi e dove bisogna andare, e cercando altresì di rispondere a osservazioni che sono state fatte precedentemente e che mi sembrano molto interessanti.

Le origini della crisi sono abbastanza evidenti e sono legate agli squilibri che si sono manifestati nell'economia americana. Oggi si pone molto l'accento sugli squilibri di natura monetaria, ma in realtà il fattore fondamentale è che gli Stati Uniti, per un numero rilevante di anni, hanno avuto una domanda interna in eccesso rispetto alla produzione nazionale. Questo significa che consumano più di quello che producono e la differenza viene importata. Gli Stati Uniti quindi si indebitano nei confronti dell'estero e vengono finanziati dai paesi in surplus: la Cina, il Giappone, la Germania, che acquistano buoni del tesoro americano. Dietro al fenomeno finanziario, alla bolla immobiliare, ai mutui *subprime*, agli squilibri monetari, c'è uno squilibrio reale: il Paese più ricco del mondo consuma più di quello che produce. È chiaro che in questo modo non si garantisce l'equilibrio del mercato mondiale.

In secondo luogo, la crisi è figlia di una *deregulation* selvaggia per quanto riguarda sia il mercato interno, sia il mercato internazionale. La *deregulation* selvaggia per quanto riguarda il mercato interno ha consentito la creazione di questa massa di derivati che hanno inondato il mercato e che hanno poi provocato la crisi internazionale in quanto la globalizzazione è avanzata senza un governo che ne fissasse le regole: si è creato così un mercato internazionale in cui gli operatori agivano senza essere controllati da un'autorità sovranazionale.

Date queste due cause di fondo - da un lato la *deregulation* selvaggia, e dall'altro lato gli squilibri che esistono nell'economia americana - come si esce da questa crisi?

La tesi dominante è molto semplice: bisogna innanzitutto salvare le banche e uscire dalla crisi finanziaria, e, successivamente, sostenere la domanda in modo tale che vi sia una ripresa dell'attività economica. In particolare, occorre sostenere il consumo delle famiglie in modo tale che l'accresciuta domanda per le imprese consenta una ripresa della produzione e, quindi, dell'occupazione, avviando così un nuovo circolo virtuoso.

Non credo che queste considerazioni siano sufficienti per avviare la ripresa in quanto non si affrontano alla radice quelle che sono le cause di fondo della crisi e non si sradicano gli squilibri che si sono manifestati in passato e che permangono oggi. Nel mondo già industrializzato lo squili-

brio di fondo è quello tra domanda pubblica e domanda privata. E' cresciuta enormemente la domanda privata che viene soddisfatta da parte del mercato, ma sono invece insoddisfatti molti bisogni che richiedono l'intervento della mano pubblica. Per questo, come molti ormai osservano ed è stato recentemente evidenziato con grande chiarezza nel Rapporto della Commissione Stiglitz, la gente è sempre più ricca ed è sempre meno felice. Vive peggio invece che vivere meglio, perché i beni fondamentali di cui ha bisogno sono disponibili in quantità sempre minore. Questo è il primo squilibrio da affrontare.

Il secondo squilibrio è legato al fatto che durante il periodo della globalizzazione molti Paesi si sono avviati sulla strada dell'industrializzazione, ma rimane un'enorme parte del mondo (1 miliardo e cento milioni di persone) che vive in condizioni di estrema povertà. Il divario tra la parte ricca e sviluppata del mondo e la parte più arretrata, invece di ridursi, si è allargato in questi anni. Per uscire dalla crisi occorre affrontare entrambi questi squilibri di fondo. E questo richiede che occorre passare ad un nuovo modello di sviluppo.

Avviare un nuovo modello di sviluppo è una cosa molto semplice da enunciare, ma molto difficile da mettere in pratica perché esso richiede non più Stato, ma più domanda pubblica, che è una cosa diversa. Non è il dirigismo, di cui si parla molto oggi. Quello di cui abbiamo bisogno è nuova domanda pubblica perché ci sono un'enorme quantità di bisogni fondamentali della popolazione in un Paese civile e sviluppato che non vengono soddisfatte dal mercato, ma devono essere soddisfatte attraverso la domanda pubblica. Vorrei qui ricordare la frase di un grande economista liberale italiano, Luigi Einaudi, che diceva: «il mercato soddisfa le domande, non soddisfa i bisogni». È importante ricordarlo perché se ci sono bisogni che non sono accompagnati da un reddito, questi bisogni non diventano domanda effettiva e non vengono soddisfatti dal mercato. In realtà ciò di cui noi abbiamo più bisogno è l'aria pulita, l'acqua pura, una mobilità sostenibile, energia rinnovabile e via dicendo, ma se non c'è una domanda capace di pagare per questi beni, questi beni non vengono prodotti dal mercato. Nasce allora un divario tra una popolazione che è sempre più ricca, ma non vede soddisfatti i suoi bisogni fondamentali. Da un lato occorre quindi, in questo nuovo modello di sviluppo, trasferire risorse dal mercato alla domanda pubblica e, in secondo luogo, dai Paesi ricchi ai Paesi poveri riprendendo l'idea di Spinelli di un Piano Marshall per i Paesi in via di sviluppo.

Questi passaggi sono estremamente complicati. E sono estremamente complicati perché la domanda pubblica richiede qualcosa che è molto difficile da praticare in politica, cioè una redistribuzione delle risorse disponibili fra la soddisfazione dei bisogni privati e la soddisfazione dei bisogni pubblici. In sostanza, detto in modo abbastanza brutale, occorre aumentare il livello di tassazione. E perché le tasse sono così difficili da far accettare? Perché le tasse sono un argomento così tabù nel dibattito politico? La ragione è semplice: le tasse sono una limitazione della libertà personale nel senso che, mentre sul mio reddito disponibile decido io, sulle tasse la decisione è collettiva. Io posso influenzare l'utilizzo ottimale del gettito fiscale soltanto attraverso la politica, attraverso il canale della partecipazione politica. Quindi nella misura in cui occorre promuovere un maggiore prelievo fiscale per soddisfare la domanda pubblica e per trasferire risorse dai Paesi sviluppati ai Paesi del Terzo mondo, tutto questo limita nel campo economico la sfera della libertà individuale e richiede un modello politico di maggiore partecipazione, sia a livello interno che a livello internazionale.

Qualche considerazione ulteriore su questo punto. Per far ripartire l'economia europea occorre promuovere un piano destinato ad avviare il nuovo modello di sviluppo. Ma in Europa non c'è una politica economica unica, e il Trattato di Maastricht prevede soltanto il coordinamento delle politiche economiche nazionali. Ma questo coordinamento non esiste perché in Europa non c'è un potere capace di prendere le decisioni e di applicarle concretamente. In conseguenza, nelle riunioni europee ogni capo di Stato o di governo cerca di ottenere il massimo possibile nell'interesse del proprio paese. Questo è l'unico obiettivo, il che è corretto perché in una situazione in cui non c'è lo Stato federale europeo, le decisioni non vengono prese nell'interesse del popolo europeo in quanto la *constituency* politica è nazionale e ogni capo di Stato o di governo è responsabile verso la sua *constituency* politica, quindi deve dichiarare che ha portato a casa i soldi per i propri concittadini, non che ha fatto gli interessi dell'Europa. Ora questo cosa comporta? Non c'è una politica europea e, se oggi si vuole ripartire con una politica europea, occorre cambiare registro. Occorre fare una politica europea che non conta più sul sostegno della domanda privata, ma punta sugli investimenti per creare un nuovo modello di sviluppo. Il che significa: completare le reti – non solo le reti strutturali, ma anche le reti immateriali che si devono fare in Europa; investire nell'istruzione superiore se si vuole fare innovazione; investire nelle fonti di energia rinnovabili, nella mobilità sostenibile, nella tutela dei beni culturali e naturali, e via dicendo. Tutto

questo richiede una nuova politica a livello europeo, richiede maggiori risorse. A livello internazionale, poi, occorre redistribuire le risorse su scala mondiale per ridurre il divario tra Paesi ricchi e Paesi poveri.

In definitiva, tutto questo richiede un salto politico. Non è pensabile fare questa politica con le strutture istituzionali che l'Europa ha oggi e con il governo che ha oggi il mondo, perché l'Europa non è capace di fare una politica europea perché il governo dell'economia è fondato sul coordinamento e nel trattato di Maastricht l'unica indicazione che c'è per la politica economica è: gli Stati membri dell'Unione Europea considerano la politica economica un loro interesse comune e la coordinano nell'ambito del Consiglio. Tutto qui. Ma questo coordinamento non si realizza dato che non c'è un potere per imporre le decisioni agli Stati membri. In Europa occorre creare quindi un potere capace di prendere le decisioni e di imporre le decisioni su scala sopranazionale. Al contempo, a livello mondiale occorre creare una nuova *governance* del processo di globalizzazione perché se tutta la popolazione mondiale deve essere coinvolta, il governo del mondo deve essere un governo multipolare. Non è pensabile, neanche con la nuova amministrazione americana che sarà certamente diversa da quella precedente, di governare il mondo soltanto da Washington, quindi occorre passare da un governo unipolare del mondo ad un governo multipolare: Ma se questo è l'obiettivo da raggiungere, rimane più che mai d'attualità, specialmente per noi europei, l'indicazione che emerge dal Manifesto di Ventotene: «unirsi o perire!»

Global crisis and the European challenges*

Paolo Guerrieri**

* Lecture given at the Conference *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza University of Rome, Faculty of Economics, March 25, 2009.

** Sapienza University of Rome, Vice President of the Istituto Affari Internazionali (IAI).
Translation by Domenico Buonviaggio

CONTENTS: 1. *The high costs of the crisis in Europe*; 2. *Financial difficulties*; 3. *European weak response*; 4. *Stimulation of growth and integration in Europe*; 5. *Request of a new global governance*

1. The high costs of the crisis in Europe

I want to leave in this brief intervention by a central subject that is the explanation of why the European economy at this stage is paying a high price - in terms of recession – because of the ongoing global crisis, even higher than that of US economy – which has been and remains - the epicentre of the global crisis.

And this despite the entry into the crisis of Europe in much better condition than United States, with much more solid “basis”: just look at the state of public finances, balance of payments, private saving-leverage, the European financial system in mid-2007.

Basic conditions were so strong that at the beginning of crisis there was widespread belief in Europe that the crisis was an American business and marginally a European business.

But it is not the case. According to latest Reports of IMF, EIU and OECD Europe is facing a deep recession (-4,4% estimates for 2009) more serious than the US (-2,8%) and also his view that recovery will be weaker and uncertain.

One could cite many other data to be in the same direction. To confirm that this is the most serious recessive crisis of the last 50 years. It is becoming even more serious on the face of unemployment.

Why? The answers can be summarized like this: the why is that European growth is highly dependent on the outside, the world demand, and also in the fact that Europe is far less equipped than others to deal with a crisis such as, of current vertical drop in demand, because it has few communitarian tools, much less common European policies. In other words, Europe is not an actor and a unitary subject of economic policy. The ordinary policies (especially fiscal policy) and the emergency measures are all in the hands of individual Member States.

So when in the past months we decided to take action to tackle the crisis, on the one hand it has done little or with scarce resources in the complex, compared to the heavy reduction in demand compared to those in place and put in place by other countries, like the US and China; other interventions - beyond the statements facade and many of European summits organized - have been performed in any order and in a largely autonomous from individual countries, and therefore with a very low coordination at Europe level.

These are all congenital weaknesses and of long standing, but also born by the choices of governments in the last ten years, to re-nationalize the European economic policies and systematically weakening the space for Community action. In the last decade the pendulum of balance in Europe has shifted so sharply to the national governments and the European Commission has slipped into a position of clear subordination. And the crisis is even more accentuated this imbalance between the European Council and Commission.

In short there is more crises to us because there is little Europe. And the 'non-Europe' is causing huge cost in terms of internal imbalances which I shall return later.

2. Financial difficulties

Confirmation is evident from what is the key problem of the current crisis: the banking financial difficulties and imbalances in financial markets across the advanced regions.

It should be recognized that without an effective solution to these imbalances, there will not be a lasting recovery of the real economy. In other words, banks should be recapitalized and should return to make loans. The lesson is that the long Japanese stagnation that has affected it for a decade in the 90s was due precisely to the fact that it had not been able to address and solve the problems of the upheavals of its banks.

Regarding to Europe must be dispelled the myth that the problems of European banks would be less than American. Is not true and some recent data (IMF, EIU) is demonstrated amply.

What you need to do is clear: in the short-term solve the problem of activities called “toxic” still present in the budgets of many banks and re-capitalize them whenever necessary.

There are several ways to do it and here I will not get into technicalities of the various arguments for and against different types of intervention. Rest in favor of resolution of the so-called *good bank* and especially of the fact that we need in Europe some European action. Many European banks are too big to fail but also too big to be saved by a single country.

Over the medium term, there is the necessity of a reform that would rationalize the system of supervision and rescue at European level.

In reality, governments in Europe are progressing quite rapidly in these directions. Some even hoped that the problem can be solved by itself, someone else has constraints of political and/or economic type and effort to allocate funds for banks. But above all, no one is thinking at this time to a concerted and coordinated operation at European level.

This is serious primarily because the banking system has a central role in Europe, much more than what happens in the US.

Secondly, for the risks that Europe runs for its bank’s exposure in the East-Europe. Especially because the EU cannot and shouldn’t abandon this area and these countries, pain serious political and social crises therein.

3. European weak response

The other ground which demonstrates that there is an opportunity in the crisis that Europe could take it is in the support and revival policies that should be put in place to curb the fall and hope for a recovery.

Europe feels a recession heavier because it has acted too late, not much and badly. Especially in terms of tax policies. And as demonstrated in the

IMF report, the governments of Europe have been very cautious in this regard, to support aggregate demand. This has had negative effects in Europe, where signs of recovery are now very weak compared to other areas and on the global economy for the considerable weight of Europe's economy in the world.

In this regard, it is very important to remember two facts amply documented in the economic literature: in terms of fiscal policies the major real effect is achieved by increasing public investments; for growth in the medium-long term of the market economy what matters are private investments and productivity growth from the time that tax policy cannot have significant effects in the long term.

One could summarize these two points like this: it is certainly important to have a quick recovery in the economies that, thanks to expansionary policies put in place, is partially materializing and can consolidate it into next year (2010); but more important is to have a sustainable recovery in the medium term and thus able to rely on structural measures and resolution of imbalances. To return to our themes is therefore essential the answer that Europe is giving and will give to the crisis.

4. Stimulation of growth and integration in Europe

In this respect what we are seeing is very worrying, just at the light of previous reflection.

The EU is not only moving in a very cautious way with fiscal policy but appears ready to repeat - operating in stray order and with national solutions - the strategies of the last decade all based on the reduction of wages and costs to enhance competitiveness and exports. One could assert: the traditional export-led growth driven from outside. And the most striking example in this direction comes from Germany (the most important European county).

We already know the effects of such strategy that would end up penalizing the overall European domestic demand. It could certainly help some single European country, Germany itself, but when it was followed by almost all European countries the overall result would inevitably be a zero sum game. We would face to a classic problem of collective action.

All the more that there would not be any more American engine to ensure the growth of external world demand. At most we will have as global locomotive a new G2 duopoly composed by the USA and China, with little

capacity to pull Europe. Thus we are faced with a Europe dominated by single nations, intended to increase and count not much at world level in the new multipolar system that is being consolidated with the strengthening of emerging economies such as China, India and Brazil.

An alternative is: point to more Europe and to a revival of growth of European economies through the consolidation of European integration and domestic demand.

In this respect, Europe needs an intervention on aggregate demand but also and above on supply, to relaunch the new engines of growth. Would need in other words public investment also on a European scale. Investments to be financed, for example, through the European budget or with “Eurobonds” issue intended to developing supranational networks and infrastructure able to boost investments and domestic demand in Europe and also encourage the adoption of new technologies Information (ICT).

The current phase looks indeed like a golden opportunity to bond measures in the short (raise of demand) and long-term (investment and new engines of growth). In this perspective, the stimulation of growth could take place through the revival of the integration, complementing the European integration in some key dimensions, such as service markets and creation of a common space of research and education, without which the benefits of transition to a true knowledge and information economy (still potentially very high) will remain on paper. In this case there is also place for the revival of policies of income redistribution and new welfare policies.

5. Request of a new global governance

In addition to the stimulation of growth from the inside the EU should therefore also attend what happens outside of it, contributing to a new global governance capable of providing new international equilibrium (the integration of China, India and other emerging countries, the BRICS).

Serve in fact a new global governance. In the future of global economy the substitution of a powerful but unbalanced engine like the United States one with a group of motors, each less powerful, it must also provide for a strengthening of links between the new countries- centers of growth, supported by a coherent system of international governance. And that system could only be based on commercial multilateralism and on the opening of

markets. Otherwise would conclude with the achievement of an aggressive and mercantilist regionalism, if not an actual widespread protectionism. And it would have a negative influence on Europe given its high dependence on international overture and integration.

It follows that facing the new complex global picture Europe's strategy of growth, which since its startup has been based on successive waves of integration, must resolutely co-ordinate the internal integration with a policy of projection and external integration. This is why Europe must establish a economic policy suitable to his rank of global power and thus contribute to the governance of the international system.

Challenges are very difficult and challenging, certainly, even given the heterogeneity of the European actors-countries in the field. But if Europe does not want and/or will not be able to deal them, will must compulsory resigns to grow and to count less in the global economy of the twenty-first century.

La crisi globale e le sfide dell'Europa*

Paolo Guerrieri**

* Relazione tenuta al Convegno *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea. L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Economia, 25 marzo 2009.

** Sapienza Università di Roma, Vicepresidente dell'Istituto Affari Internazionali (IAI).

SOMMARIO: 1. Gli elevati costi della crisi in Europa; 2. Il dissesto finanziario; 3. La debole risposta dell'Europa; 4. Rilancio della crescita e integrazione in Europa; 5. La domanda di una nuova governance globale

1. Gli elevati costi della crisi in Europa

Vorrei partire in questo mio breve intervento da un tema centrale che è poi la spiegazione del perché l'economia europea stia pagando in questa fase un prezzo altissimo - in termini di recessione - a causa della crisi globale in corso, addirittura più alto di quello dell'economia americana- che è stato e rimane - l'epicentro della crisi globale.

E questo nonostante l'Europa sia entrata nella crisi in condizioni molto migliori degli Stati Uniti, con 'fondamentali' molto più solidi: basta guardare allo stato della finanza pubblica, alla bilancia dei pagamenti, al risparmio-indebitamento del settore privato, al sistema finanziario europeo a metà del 2007.

Erano condizioni di base così solide che all'inizio della crisi vi era in Europa la diffusa convinzione che la crisi fosse un fatto soprattutto americano e dovesse interessare l'area europea solo marginalmente.

Ma non è stato affatto così. Stando ai Rapporti più recenti del FMI, dell'EIU e dell'OCSE l'Europa sta fronteggiando una profonda recessione

(-4,4% la previsione per il 2009) più grave di quella degli USA (-2,8%) e in prospettiva anche la sua ripresa sarà più debole e incerta.

Si potrebbero citare molti altri dati che vanno nella stessa direzione. A conferma che si tratta della più grave crisi recessiva degli ultimi 50 anni. E sta diventando ancora più grave sul fronte della disoccupazione.

Perché? Le risposte si possono riassumere così: il perché sta sia nel fatto che la crescita dell'Europa è fortemente dipendente dall'esterno, dalla domanda mondiale, sia nel fatto che l'Europa è molto meno attrezzata di altri per affrontare una crisi come l'attuale, di caduta in verticale della domanda, in quanto ha pochi strumenti comunitari e, ancora meno, politiche comuni europee.

In altre parole l'Europa non è un attore e un soggetto unitario di politica economica. Le politiche ordinarie (in particolare le politiche fiscali) e le misure di emergenza sono tutte nelle mani dei singoli Stati membri.

Così quando nei mesi scorsi si è deciso di intervenire per fronteggiare la crisi, da un lato lo si è fatto poco, ovvero con risorse nel complesso esigue, rispetto alla pesante contrazione della domanda in atto e rispetto a quelle messe in campo da altri paesi, quali gli USA e la CINA; dall'altro gli interventi - al di là delle dichiarazioni di facciata e dei tanti vertici europei organizzati - sono stati effettuati in ordine sparso e in modo prevalentemente autonomo dai singoli paesi, e quindi con un bassissimo coordinamento a livello europeo.

Sono tutte debolezze congenite e di lunga data, ma che nascono anche dalle scelte dei governi in questi ultimi dieci anni, di rinazionalizzare le politiche economiche europee e sistematicamente indebolire lo spazio di intervento comunitario.

Nell'ultimo decennio il pendolo dell'equilibrio in Europa si è così spostato nettamente verso i governi nazionali e la Commissione europea è scivolata in una posizione di netta subordinazione. E la crisi sta accentuando ancor più questo squilibrio tra Consiglio Europeo e Commissione.

In poche parole c'è più crisi da noi perché c'è poca Europa. E la 'non Europa' sta provocando costi elevatissimi anche in termini di squilibri interni su cui tornerò più in là.

2. Il dissesto finanziario

Una conferma evidente viene da quello che è il problema chiave della crisi in corso: i dissesti delle banche e gli squilibri dei mercati finanziari di tutta l'area avanzata.

Al riguardo va riconosciuto che senza una efficace soluzione a questi squilibri non ci sarà una ripresa duratura dell'economia reale. In altre parole le banche vanno ricapitalizzate e devono tornare a fare prestiti. La lezione Giapponese è che la lunga stagnazione che l'ha interessata per un decennio negli anni '90 è da attribuire proprio al fatto di non aver saputo affrontare e risolvere i problemi dei dissesti delle sue banche.

Per quanto riguarda l'Europa va sfatato anche qui il mito che i problemi delle banche europee sarebbero minori di quelle americane. Non è vero e alcuni dati recenti (FMI, EIU) ce lo dimostrano ampiamente.

Cosa occorre fare è noto: a breve termine risolvere il problema delle attività cosiddette "tossiche" presenti ancora nei bilanci di molte banche e ricapitalizzare queste ultime ogni volta che è necessario.

Ci sono varie modalità per farlo e non voglio qui entrare nelle tecniche dei vari argomenti a favore e contro i diversi tipi di intervento. Resto favorevole alla soluzione della cosiddetta *good bank* e soprattutto al fatto che occorra in Europa un'azione su scala europea. Molte banche europee sono troppo grandi per fallire, ma anche troppo grandi per essere salvate da un solo paese.

Più a medio termine vi è la necessità di una riforma che razionalizzi su scala europea il sistema di vigilanza e salvataggio.

In realtà i governi in Europa non stanno procedendo affatto rapidamente in queste direzioni. Qualcuno addirittura spera che il problema si possa risolvere da solo, qualcun altro ha vincoli di tipo politico e/o economico e fatica a stanziare fondi per le banche. Ma soprattutto nessuno sta pensando in questo momento a un intervento concertato e coordinato a livello europeo.

Questo è grave innanzi tutto perchè il sistema bancario ha un ruolo centrale in Europa, molto di più di quanto avvenga negli USA.

In secondo luogo per i rischi che l'Europa corre per la sua esposizione bancaria nei paesi dell'Est. Tanto più che l'UE non può nè deve abbandonare questa area e questi paesi, pena gravi crisi politiche e sociali al loro interno.

3. La debole risposta dell'Europa

L'altro terreno che dimostra l'esistenza di una opportunità nella crisi che l'Europa potrebbe cogliere è proprio nelle politiche di sostegno e rilancio che occorre mettere in atto per frenare la caduta e sperare in una ripresa

L'Europa accusa una recessione più pesante perché si è mossa tardi, poco e male. Soprattutto sul piano delle politiche fiscali. E come si dimostra nel Rapporto del FMI i governi dell'Europa sono stati assai cauti a questo riguardo, nel sostegno alla domanda aggregata. Ciò ha avuto effetti negativi in Europa dove i segni di ripresa sono oggi debolissimi rispetto ad altre aree e sull'economia globale per il peso rilevante dell'economia europea nel mondo.

A questo riguardo è molto importante ricordare due fatti ampiamente documentati nella letteratura economica: in termini di politiche fiscali l'effetto reale maggiore si ottiene incrementando gli investimenti pubblici; ai fini della crescita a medio lungo termine delle economie di mercato ciò che conta sono gli investimenti privati e la crescita della produttività da momento che la politica fiscale non può avere effetti significativi nel lungo periodo.

Si potrebbero sintetizzare questi due punti così: è certo importante avere una ripresa a breve delle economie che grazie alle politiche espansive messe in campo si sta parzialmente concretizzando e si potrà consolidare nel prossimo anno (2010); ma ancor più importante è avere una ripresa sostenibile a medio termine e quindi poter contare su interventi strutturali e soluzione degli squilibri esistenti. Per tornare ai nostri temi è dunque fondamentale la risposta che sta dando e darà l'Europa alla crisi.

4. Rilancio della crescita e integrazione in Europa

A questo riguardo quello che stiamo vedendo è assai preoccupante, proprio alla luce delle riflessioni prima fatte.

L'UE non si sta solo muovendo in modo assai cauto con la politica fiscale ma sembra pronta a riproporre - muovendosi in ordine sparso e con soluzioni nazionali - le strategie dell'ultimo decennio tutte basate sulla riduzione dei salari e dei costi per rafforzare competitività e esportazioni. Si potrebbe affermare: la tradizionale crescita *export led* trainata dall'esterno. E l'esempio più eclatante in questa direzione viene proprio dal paese più importante di tutti in Europa, ovvero dalla Germania.

Già consociamo gli effetti di una tale strategia che finirebbe per penalizzare la domanda interna complessiva europea. Potrebbe favorire certamente qualche singolo paese europeo, la stessa Germania, ma nel momento che fosse seguita da pressoché tutti i paesi europei il risultato complessivo sarebbe inevitabilmente un gioco a somma zero. Saremmo di fronte in effetti a un classico problema dell'azione collettiva.

Tanto più che non ci sarebbe più il motore americano ad assicurare la crescita della domanda esterna mondiale. Al massimo avremo come locomotiva globale un nuovo duopolio G2 composto dagli USA e dalla CINA, con scarsa capacità di trainare l'Europa. Ci troveremmo così di fronte a un'Europa dominata dalle singole nazioni, destinata a crescere poco e a contare poco a livello mondiale nel nuovo sistema multipolare che si sta consolidando con il rafforzamento delle economie emergenti quali la Cina, l'India, il Brasile.

Un'alternativa c'è: puntare a più Europa e a un rilancio della crescita delle economie europee attraverso un rafforzamento della integrazione e della domanda interna europea.

A questo riguardo in Europa servirebbe un intervento sulla domanda aggregata ma anche e soprattutto sull'offerta, per rilanciare i nuovi motori della crescita. Servirebbero in altre parole investimenti pubblici anche su scala europea. Investimenti da finanziare, ad esempio, anche attraverso il bilancio europeo o con l'emissione di «*Eurobonds*» destinati a sviluppare reti e infrastrutture sovranazionali, in grado di rilanciare gli investimenti e la domanda interna in Europa, oltre favorire l'adozione delle nuove tecnologie dell'informazione (ICT).

La fase attuale si presenta in effetti come una occasione d'oro per legare misure a breve (rilancio della domanda) e lungo termine (investimenti e nuovi motori della crescita). In questa prospettiva il rilancio della crescita potrebbe avvenire attraverso il rilancio dell'integrazione, completando l'integrazione europea in alcune dimensioni essenziali, come i mercati dei servizi e la creazione di uno spazio comune della ricerca e della istruzione, senza i quali i benefici del passaggio a una vera e propria economia della conoscenza e dell'informazione (tutt'ora potenzialmente molto elevati) rimarranno sulla carta. In questo caso ci sarebbe anche spazio per il rilancio di politiche di redistribuzione del reddito e nuove politiche di *welfare*.

5. La domanda di una nuova governance globale

Oltre che al rilancio della crescita dall'interno l'UE dovrebbe dunque occuparsi anche di ciò che avviene al di fuori di essa, contribuendo ad una nuova *governance* mondiale capace di assicurare nuovi equilibri internazionali (l'integrazione di Cina e India e altri paesi emergenti, i BRICS).

Serve in effetti una nuova *governance* globale. Nel futuro dell'economia globale la sostituzione di un potente ma squilibrato motore come quello

americano con un gruppo di motori, ciascuno meno potente, deve prevedere anche un consolidamento dei legami tra i nuovi paesi-centri di crescita, sostenuto da un sistema coerente di *governance* internazionale. E tale sistema non potrebbe che essere basato sul multilateralismo commerciale e sulla apertura dei mercati. In caso contrario finirebbe per affermarsi un regionalismo aggressivo e mercantilista, se non un vero e proprio protezionismo diffuso. E sarebbe un sistema fortemente penalizzante per l'Europa vista la sua elevata dipendenza dall'apertura e dall'integrazione internazionale.

Ne consegue che di fronte al nuovo complesso quadro globale la strategia di crescita dell'Europa, che dal suo avvio si è basata su ondate successive di integrazione, deve in modo deciso affiancare all'integrazione interna una politica di proiezione e integrazione esterna. Per questo l'Europa deve definire una politica economica adeguata al suo rango di potenza globale e contribuire così alla *governance* del sistema internazionale.

Sono sfide davvero difficili e impegnative, certamente, anche considerata l'eterogeneità degli attori-paesi europei in campo. Ma se l'Europa non vorrà e/o non saprà affrontarle, dovrà giocoforza rassegnarsi a crescere e contare di meno nell'economia globale del XXI secolo.

European companies and Taxation: the matter of the economic integration*

Pietro Selicato

* Paper presented at the Conference *In memory of Altiero Spinelli. A development policy for the European Union. The urgency of the choices and the role of Italy*, Sapienza University of Rome, Faculty of Economics, March 25, 2009. Translation by Martina Falzetti.

CONTENTS: *1. Introduction; 2. Corporate income tax; 3. The prohibition of State tax aids; 4. The unanimity rule in tax matters.*

1. Introduction

The global financial crisis that we are facing right now requires a unified and coherent response from Europe and the taxation system represents without any doubt one of the major themes (obviously not the only one) on which is possible to base an action policy to support the recovery of the economy in Europe. There are different ways to encourage the development of the European production system and making it more efficient and ripe.

First of all, the economic trend emphasizes the need to remove the entire tax barrier to companies movements and aggregations in the European Union by accelerating the process started by the European Community with the aim of introduce into the Member States a corporate income tax system neutral as possible and coordinated.

Second, it seems so increasingly urgent to approve a coordinated plan of State aids, including tax, focused on shared targets between the Member States (such as, for example, the companies growth, the raising of their level of technological innovation and the energy autonomy of the productive structure) which is able to recognize the particularities of the national economic systems.

To achieve these aims, though, the system of the rules which control the decision-making processes of fiscal matters in the Community should put an end to the long lasting stalemate in which is found right now, (based on the criterion of unanimity), that if it was inadequate under normal conditions, it demonstrates to be even more inadequate facing the crisis with immediate and demanding actions applied throughout Europe.

2. Corporate income tax

The increasing integration of the European single market, achieved through the consolidation of the fundamental freedom of movement, makes possible for businesses, now more than ever, to operate throughout Europe. This situation request an urgent integration on the business income tax able to excludes or minimize the tax obstacles. As already Stated by The European Commission¹, we must «ensure that the tax consideration affects the less as possible the economic decision of the operators, to prevent that business has to incur to unnecessary costs and unduly high to comply with the legislation and to face tax obstacles to cross-border economic activities»².

Today there is a considerable diversity on the business tax burden in the different member States and in the way each country deals with investments to and from other countries. A diversity that is a prerogative of

¹ The first organic study in this direction can be traced to EUROPEAN COMMISSION, *Towards an Internal Market without tax obstacles. Strategy for the introduction of a consolidated tax base for EU-wide activities of companies*, COM (2001) 582 of 23 October 2001. Subsequently, on the same subject, EUROPEAN COMMISSION, *An Internal Market without obstacles on company taxation - achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, COM (2003) 726 of 24 November 2003. In this regard see also European Commission, *Implementing the Community Programme for improved growth and employment and improved business competitiveness*, COM (2007) 223 of May 2, 2007; ID, *Coordination of tax systems direct by Member States in the internal market*, COM (2006) 823 of 19 December 2006 (on which A. ZALASINSKI - F. ROCCATAGLIATA *Community action to facilitate coordination between Member States' tax systems. The Commission Communication on coordination of direct tax systems: a new stage in the strategy of cooperation between the European Commission and the Member States*, in Riv. dir. trib. int., 2007, n. 1, p. 203; ID, *Implementing the Community Lisbon Programme : Progress to date and future plans for a common consolidated tax base for companies (CCCTB)* COM (2006) 157, 5 April 2006.

² See EUROPEAN COMMISSION, *Towards an Internal Market without tax obstacles. Strategy for the introduction of a consolidated tax base for EU-wide activities of companies*, COM (2001) 582 of 23 October 2001.

which States makes an exclusive use because of their national sovereignty, and which the European Community cannot interfere. These differences can affect on the international competitiveness of companies based in member States different from the Union and they may represent an incentive to choose the locations for their investments in more favorable terms of taxation, location that could not be necessary the most efficient if it eschews down tax aspect.

As a result of the enlargement, the situation has worsened. In the adherent States still operates a tax system that impose level taxation and formal obligations extremely low, making them become desirable to firms from other member States which moreover, may be attracted to the deferment of the application of the pre-existing set of EU rules, also of extra fiscal character (so called *acquis comunitarie*), which adherent States are allowed to use.

In an article published few days ago³, Mario Monti made an appeal to the EU (and also to the G-8 and to the G-20) to create «a certain level of coordination» between the respective taxation wishing to a leveling of tax rates in order to eliminate the current system of tax competition between States⁴.

It should observe however that the level of tax burden does not depend only on the policy choices of the governments but it is a direct consequence of the necessity of the need coverage and, more generally, of the structure of the budget of each State. It would be improbable that a State able to keep a low taxation because the amount of its public expenditure *per capita* is lower can adhere to a proposal of tax burden increase to meet the needs of coordination of its partners. To some extent, these States might recognize the opportunity to increase their levels of welfare to achieve common standards. Or to reduce public debt in order to fall within the parameters set out by the international meeting. But hardly these States may allow to

³ M. MONTI, *The defenceless States (inequality and taxation)*, Il Corriere della Sera, March 22, 2009.

⁴ Remember that the concept of tax coordination was expressed for the first time in the “Monti Package” of 1996, which the Commission asked Member States to have a better understanding of national fiscal policies. See F. GALLO, *Internal Market and Taxation: legal aspects of tax coordination*, in Riv. dir. trib. int., 2000, No 2, p. 34 ff., F. ROCCATAGLIATA, *Community Tax Law*, in V. UCKMAR (coordinated by), *International Tax Law* (Cedam, Padova, 2005), p. 1203 et seq., Especially p. 1229, when it was noted that the “coordination” is located halfway between “unification” and “approximation”. In the same work, see also pp. 249 ff. On this particular concept, see also F. ROCCATAGLIATA, *The Community concept of permanent establishment: tax harmonization or coordination?*, In Riv. dir. trib. int., 2002, No 2, p. 37.

an increase of revenue that would generate budget surplus, because these availabilities could produce inefficiencies and waste.

Considering that the autonomy of States in determining tax rates is, at list actually, an insurmountable obstacle, the institution of European Community, with the aim to promote an action useful to overcome the crisis, has faced the question in the different prospective of harmonization of tax bases and of coordination of the tax provisions on cross borders activities of companies.

The tax issues related to the cross-border activities of firms in the single European market come to the attention of the Commission⁵ under the growing interest in issues related to the need to ensure the competitiveness of the domestic market. When some firms located in a Member State operates also in others States may incur tax obstacle affecting their right of establishment. The defense of the fundamental freedom, that is at the same time premise and guarantee of the competitive internal market, requires that the national tax law has to ensure a system of competition between firms which does not discriminate the operators for their national market, does not alter the operators economic decisions, reduces compliance costs, encourage cross-border actions of the business and excellent resource allocation.

The Court of Justice has intervened on several occasions to remove some of these obstacles in the field of permanent establishment⁶, rates⁷, losses⁸, abusive outsourcing⁹, by creating a new process defined as “negative integration¹⁰”. In these judgments the Court examined the national rules for taxation of corporate income tax in respect of the principle of non discrimination¹¹ and respect of the four fundamental freedoms of

⁵ see the reconstruction of F. FLORIS – F. VITALE, *The European Commission Communication on the common consolidated tax base for companies (CCCTB). Brief summary and some reflections on the allocation of consolidated tax base*, in Riv. dir. trib. int., 2006, no 2, p. 155.

⁶ ECJ, sent. 21 September 1999, C-307/97, *Saint Gobain*, in ECR, 1999, I - 6161, ECJ, sent. 8 March 2001, Joined Cases C-397/98 C-410/98, *Hoechst UK Ltd*, ECR 2001, I-1727.

⁷ ECJ, sent. December 12, 2002, C-324/000, *Lankhorst Hoborst*, in ECR, 2002, I - 11779

⁸ ECJ, 13 December 2005, C-446/03, *Marks & Spencer*, 2005 ECR I-0000. C. for comment C. ROMANO, *The cross-border loss deduction: Marks & Spencer and beyond*, in Riv. dir. trib.int., 2005, no 2-3, p. 173.

⁹ ECJ, 12 September 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, in Racc. 2006, I-0000.

¹⁰ Cfr. M. WATHELET, *Direct taxation and EU law: integration or disintegration?*, in EC Tax Review, 2004, p. 2 par. 2.

¹¹ For a systematic reconstruction of the contents of this principle see the fundamental contribution of F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Cedam, Padova,

movement of goods, persons, services and capital. In this contest the Court has outlined the principle of non restriction¹², based on the right of the economic operators to «freely move around to search better conditions for its services or assignation¹³» without face any obstacle from the State of origin, pointing out the illegality of any national policy aimed at stemming the flow of investment and the outsourcing of business operating in its territory.

However, the constant negative integration work presented to the Court, even if offering an important tribute to the interpretation of the Community Law and to its proper application within the single member States, given the continuous lack of legislative measure aiming to the harmonization of the tax system (positive integration), it creates fragmentations on the process of adoption of nationals rights to the Community Law and encourages the arbitrage on the allocative choices of firms. The negative integration is not able to ensure an organic harmonization of the national rules.

It should be recognized that the community has made and making appreciable efforts to face tax competition between member countries and to overcome all the obstacles created by the tax law at the moment of the completion of the internal market. In this respect we should consider the proposal in part already implemented and interconnected, which concerns the introduction:

- a) Of uniform rules for determining the taxable business rate according with the common accounting standards (ISA).
- b) Of tax system based on the determination of a common taxable base

1998. On this point also P. ADONNINO, *Il principio del divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in Dir Prat. Trib. No. 3/2003, p. 183.

¹² The principle of non-restriction has been drawn by art. 29 (ex Art. 34) of the EC Treaty prohibits quantitative restrictions on exports and all measures having equivalent effect. Being a functional standard for effective implementation of Community objectives as regards freedom of movement, the Court of Justice has considered in the light of a principle which must be interpreted in the four fundamental freedoms. It follows that the principle in question are contrary to Community law, all such limitations laid down by national rules liable to affect the movements and transactions from the States to the outside.

¹³ So A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, Report to Congress Study on models of taxation in the enlarged Community, University of Bologna, Faculty of Law, 24-25 September 2004 www.giuri.unibo.it/, p. 3 Note 3. On this point also G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in Rass. trib., 2000, 1151.

for groups of firms compounded by companies resident in different member States (the common consolidated corporate tax base CCCTB).

About the proposal of taxation of corporate groups operating in several EU countries, the Commission considers that in this context would be possible to exploit the potentials of the single market by promoting the growth of multinational productive grouping of SME's, encouraging the creation of a firm network that can be considered as an "European sample" out of the logic of the clash between "national samples which so far has dominated the relations between the member States, aimed to defend the interest of one part instead to put an effort to the overall growth of the "Europe System".

The draft of CCCTB which was supposed to be launched by October 31, 2008¹⁴, presents it-self some complex computational problems in order to *formulary apportionment*¹⁵, and rises - at list in Italy - delicate issues of compatibility with the national constitutional order because, whatever would be the method chosen for the allocation of the consolidated tax base, it should ensure the attribution to each State of a taxable share equivalent (more or less) to the ability to pay of that State¹⁶.

Both these proposal would solve many of the problems of efficiency in the corporate taxation in the European Community, without interfering with the measurement of rates charged by the individual member States and so it would be appropriate their adoption.

¹⁴ On the reasons of missing the deadline of October 31, see L. KOVACS, *Keynote speech at the Congress of the International Fiscal Association*, Brussels, 31 August 2008, Riv. dir. trib. int., 2008, n. 3, p. 263. For more references are allowed to refer to P. SELICATO, *The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB) between need for harmonization of corporate profiles and compatibility with national laws*, in Riv. dir. trib. int., 2009, No. 1-2, p. 161

¹⁵ See M. ABBRUZZO - M. T. MONTEDURO, *The effects of introducing a single consolidated tax base for groups of companies operating in the EU: the application of different formulas of apportionment for Italy*, in Riv. dir. trib. int., 2008, n. 3, p. 99 and F. FLORIS - F. VITALE, *The second European Commission Communication on the common consolidated tax base for companies (CCCTB). Brief summary and further reflections on the allocation of consolidated tax base*, ibid, 2007, No 2, p. 225. For a systematic discussion on the subject see S. MAYER, *Formulary apportionment for the Internal Market*, IBFD, Amsterdam, 2009, esp. in Chapter 3, p.63 ff., where a comparative analysis of existing systems of apportionment.

¹⁶ This need seems unavoidable, since the nature of "superiority" of our ability to pay principle, which, represent, the criterion of apportionment of public office, a measure of distributive justice, a means of achieving substantive equality and parameter for reconnaissance of the individuals attitude affiliated to the economic solidarity, social and political. Cfr. L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e tutela del contribuente*, Giuffrè, Milan, 1996.

3. The prohibition of State tax aids

Another important topic after the explosion of the crisis is the one about the ban of tax incentives to business, set by articles 87 and subsequent of the treaty establishing the European Community in order to protect the competition on the single market. The concept of “incentive” codified in the treaty has a wide sense. According to the authoritative doctrine this concept includes all economically significant advantage given to a corporate by a public intervention, an advantage that otherwise would not have been realized¹⁷. Regard to the subjective profile the practice of the Court of Justice States that the term “State” mean any local authority both public or private entity which performs public functions¹⁸.

The current Community guideline of States tax incentives probably suffers of an excessive rigidity and does not consider the strong differences (both quantitative and qualitative) on the structural conditions of the productive systems of the various regions of the member States. We should wonder then, since there is such a strong need to create new incentives to the economic growth (in the sector of the SME’s in particular) and to complete with the aggressive economic systems of third States, which maybe it could be appropriate to modified the criteria under which the tax national measures are considered in contrast with the competition rules.

Article 87 of the Treaty recognizes the legitimacy of the tax incentives of a State only if they:

- a) Promote the economic development of areas where the standard of living is abnormally low or where there is serious unemployment;
- b) Promote the realization of an important project of a common European interest or to end disturbance in the economy of member State;

¹⁷ G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, CEDAM, Padua 2005, p. 779-780.

¹⁸ A notion of State so different from that traditionally understood allowed to affirm the ‘peaceful inapplicability of the prohibition of State aid to the assumptions of symmetric autonomy “allowing the differentiation between areas of the same country where” the national tax system provides for a taxation model articulated according to specific local decisions, and thus is missing a reference standard level of taxation. In this sense, D. ARDOLINO, *From the Court of Justice first indications on the issue of territorial selectivity of State aid*, comment to the Court of Justice of European Communities - Grand Chamber - Judgment of 6 September 2006, Case C-88/03, *Portuguese Republic v EC Commission*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2007, No. 2, p. 169. On this point cf. also M. BARBERO, *Decentramento fiscale e vincoli comunitari: in particolare, la questione della fiscalità di vantaggio alla luce del divieto di aiuti di Stato*, Riv. com. Dir. pubbl. com., 2007, No. 5, p. 393.

- c) Facilitate the development of certain activities or some economic areas, unless it would not affect trading conditions to an extent contrary to the common interest;
- d) Promote the culture and the heritage conservation, when it does not affect the conditions of trades and competition in the Community in a the way against the common interest;
- e) For other categories of incentives, specified by a decision of a Council, acting by a qualified majority after the proposal of the Commission.

Specific exception are also contained in article 73 (coordination of transport or refund of certain obligation inherent to the concept of public service) and in article 86 (service of general economic interest are subject to the rules of the treaty in the limit as the application of these rules does not obstruct in law and in fact, of their particular task).

The framework appear to allow to a development policy that could stimulate the growth and direct it to those forms of sustainability based on innovation and technological research, which are able to ensure an industrial future to Europe and at the same time to balance the differential action of manufacturing in various geographical areas of the community.

But the control of the legality of national measures containing State tax incentives, including negative incentives (tax concession, contributions, credit, etc...) is delegated to the European Commission which has broad discretion in its assessments¹⁹. Moreover, to allow an *ex ante* control, the treaty requires that the Commission has to be obligatory informed about the incentives that the member States intended to establish or modify and a ban of execution of it before the adoption of a decision of authorization of the Commission (called “stand still”).

To the European Commission is also committed the charge to proceed at the permanent exam of the existing incentives. The control is based on a system of annual reports by the member States and on the Commission’s monitoring. The Commission control is also based on complaints or reports sent by companies that believe that they have been disadvantaged by incentives given to their competitors. Obviously it is always possible the action of the State interested to the Court of Justice.

¹⁹ See D. ARDOLINO, *La forza e valore delle decisioni della Commissione CE tra efficacia diretta e riserva di legge*, cit., p. 203. N. DI MASSA – A. REMONDELLI – S. GIGLIO – M. VALENZANO, *Le fonti comunitarie in tema di aiuti di Stato*, in G. TESAURO – M. INGROSSO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, cit., p. 97.

We must say that an incentive can be considered illegal when the national measure is “selective”, and is able to favor certain companies or certain kind of products²⁰. According to the practice of the Court of Justice of the European Community, it is possible to integrate the case matter of the State aid, besides with tax benefits, also with tax of scope (taxes tide-up) or with income so called parafiscal²¹(transfers of wealth that have their legal reason on the request or on the benefit, in act, of a loan from the public sector, that is presumably divisible)²².

Actually, it seems to be very difficult to discern the *ratio* of a tax benefit because we have to value if the diversification is really due to a facilitated will or it depends only on the individuation of a different attitude to the contribution of the facilitated subjects. The decision of a fiscal benefit of some productions often derives from the desire to encourage or discourage the behavior of the addresses of the measure disposition and not of the intention of favor only some productive sectors²³.

For these reasons it would be correct that the notion of generality of a public intervention would be resolved by being designated to the reach of a logic of development of the economic system rather than being *erga omnes*.

About the scope or parafiscal levies, are involved political issues. The differences between the anti-competitive measure and the measure decided are hardly identifiable, for example, referring to the Italian case, «to remove economic and social obstacles». That subject so rich in political discretion is an exclusive competence of the Commission represent a *vulnus* to the weak level of democracy on the community decisions.

Because the inadequacy of the actual institutional assets of the European Union, to ensure the reliability of a competitive market according to classical liberal theories that informed the drafting of the treaties of '57,

²⁰ For a thorough discussion of the views expressed on this point by the Court of Justice see M.T. SOLER ROCH, *Selective tax measures in accordance with the Court of Justice on State aid*, in Riv. dir. trib. int., 2006, no 1, p. 19

²¹ On this concept, see R. BRACCINI, *Parafiscalità*, in Digesto, Disc. priv., Sez. Comm., Vol. X, UTET, Torino, 1994, p. 447.

²² See P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato. I poteri del giudice nazionale*, Riv. com. Dir. pubbl. com., 2004, No. 1, p. 225

²³ In this direction deserve attention the reasons of the Court of First Instance, Case T-233/04 of 10 April 2008 which hold as admissible tax incentives to companies introduced to encourage an eco-friendly conduct. See considerations about criticism, especially compared to the ‘broad discretion of the EU Commission’, performed by F. AMATUCCI *Environmental tax benefits, aids and Community incompatibility*, Riv. dir. trib. int., 2005, no 1, p. 81.

and given the considerable structural differences of the national economic systems, specially of the countries of recent entry, we should wonder if it is not appropriate to consider that State measures that are suspected to be illegal in relation to the community discipline on the State aid, considering the principles less mercantilist (progress economic and social, balanced and sustainable development, high level of employment) that are found in the UE Treaty and too much often wasted in favor to the perfect competition. It would be appropriate, considering the actual condition of the economy, to work for the draft of a “Pact” between the UE States in order to loosen the strict discipline of the Treaty in the field of aids (fiscals) of the States to the companies operating in particular areas, identified by a mutual agreement having regard to the potential competitive on the global market and under appropriate sustainability standards.

With this, we do not want to favor the abolition of the comunitary system of control and prefer a sort of anarchism of the Member State on the management of the aids (also fiscal). But we want to point out the need of a national autonomy on the management of the fiscal matters in order to an economic development in a coordinate European framework.

On the other hand, if this does not happen, it would be normal to expect a reaction from the member States aimed to develop a kind of “do it by your self tax”, that is aligned to the idea of Europe that Altiero Spinelli had imagined.

4. The unanimity rule in tax matters

By now, lots of people talks about a real structural crisis of the European institutions. The misunderstood of the treaty for the European constitution (2004) and the delay for the approval of its “reduced version” included in the Treaty of Lisbon (2007) slowed down the process of European integration, due to a strong gap between the will of the national governments and the will of their populations (manifested in the referendum against the approval of the treaty of Lisbon).

Tax is subject to the unanimity rule, unlike the competition rule which instead follows the qualified majority rule. The predication of the unanimity of the vote in the Council on fiscal issues can be considered as a defensive wall of the national prerogatives that in the actual experience has proved to be insurmountable.

As the Commission asserts (2000)²⁴ such situation is not longer bearable and it become even less after the enlargement²⁵, since any decision on tax matters are subject to the *veto* of each member State. Also within of an institutional model of the type “contract” and not jet “federal” as the one actually in force in Europe, it would be necessary to introduce a system of qualified majority system voting in a list of a small number of cases that more that others represents an obstacles to the freedom of movement.

Alternatively, it would be proper to allow the creation of enhanced areas of cooperation between the member States which is possible the adoption of decisions that does not involve other States.

More in detail, the Commission²⁶, in order «to ensure the proper functioning of the internal market and the full exercise of the freedoms guaranteed by the treaty», has pointed out the need of a qualified majority voting system for:

- The adoption of coordination measures aimed to remote an obstacle that directly interpose to the exercise of the four freedoms, and in particular aimed to prevent the discrimination and the double taxation;
- The measures that upgrade and simplify the existing community rules in the tax field in order to eliminate distortions of competition;
- Measure that ensure the uniform application, simple and transparent of the rules in force on indirect taxes;
- The tax measures that has as principal purpose the protection of the environment and that has a significant effect on the environment;
- The adoption of rules that can discipline directly the tax compliance and that are able to prevent fraud, tax evasion and avoidance, to eliminate cases of double taxation in the cross-border situation and to prevent the avoidance of the existing provisions, in particular on the area of VAT.

²⁴ EUROPEAN COMMISSION, *Commission's additional contribution to the Intergovernmental Conference on Institutional Reforms. Qualified majority voting for issues relating to the single market in the areas of taxation and social security*, COM (2000) 114 final. The intention to submit a contribution on the extension of Qualified Majority Vote (QMV) in the areas of taxation and social security was expressed in the opinion *Institutional reform in function of the enlargement* - Commission opinion under Article 48 of the Treaty on European Union for the meeting of a conference of representatives of the Governments of Member States to amend the Treaties, Jan. 26, 2000, regarding cf. M. BENIGNA, *European Union Enlargement and the mechanisms of decision on tax*, Riv. dir. trib. int., 2000, No 3, p. 281.

²⁵ A. AMATUCCI, *Tax aspects of EU enlargement*, Riv. dir. trib. int., 2004, n. 1, p. 7.

²⁶ See the communications in nt. 24.

Those proposal have not found the favor of the States: the Treaty of Lisbon introduces no news on it, and so did the Treaty for the adoption of a Constitution for Europe - as we know never ratified - although the majority of the member of the Convention had expressed regret for the failure of the extension of the qualified majority voting system in the tax area in more than one document.

Since there are no other political decisions at a community level that are able to shift the indicator of the integration process towards the federalism, than the tax harmonization has to move on the track of the Commission soft law²⁷ and especially on the Court of Justice practice.

So, the only effective solution seems to be to organize the European Union in a truly “federal” sense, realizing so the dream of the Ulysses of Ventotene. Only by merging the different national identities in a federation of States, in which the parliament, fully legitimated by the popular vote, is the only holder of the legislative function and has the power to appoint the European Government following on its decisional process the normal rules of any elective assembly, first of all the one of the majority (perhaps qualified).

Indeed, in the today institutional framework, the action of the Commission is moving toward the main purpose, to give to the Union more effective instruments to ensure the functioning of the internal market and the exercise of the fundamental economic freedoms, ignoring tradition solidaristic redistributive which characterizes, in different ways, the notional orders of the different European statutes.

On the other hand, it only lead to discouragement the fact that in tax matters, historically tip of the balance for the recognition of the criterion of legitimacy of each democratic State²⁸, is the exclusive prerogative of the Commission and the Council, institutions that can barely called represen-

²⁷ According to C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in V. UCKMAR (coordinated by), *International Tax Law*, cit., P. 47, «the term ‘soft law’ shall indicate the facts and records (including principles and social norms, ethics, etc..) Which relate to international relations and which are not considered sources of law as defined in Article. 38 of the Statute of the International Court of Justice»(p. 52). The concept of soft law as a non binding interpretation of Community law, see. also M.J. GRAETZ - B. C. WARREN, JR., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, in Riv. dir. trib. int., 2007, No. 1, p. 57 et seq., part. p. 97, where further references.

²⁸ Which has its synthesis in the motto “no taxation without representation” was adopted by American independence to stigmatize their political separation from the British Crown during the revolution that led to the birth of the United States of America.

tative of the will of the people of Europe. And, also the practice of soft law - which is essential tool in this deadlock situation of the decision making process of the institutions. It may reappear a further threat to tax sovereignty of member States, that is even more serious because only remotely justified by the popular will.

Altiero Spinelli was at the begin against the Treaties of Rome because they represent a compromise its idea of federalism. Than - and we remember it today- he recognized the important results achieved by the European Economic Community, and he continued his federalist struggle as European Commissioner for industrial affair, research and technological development, his last fight was in Strasbourg. Piero Graglia, who had recently published a biography of Spinelli²⁹, reminds that in a earlier meeting organized by the national Committee for celebrate the centenary anniversary of the birth of Altiero Spinelli³⁰ a good story with which the promoter of the European federalist Movement were used to answer to who noticed his incongruence on his political strategies.

Ulysses knew cleary where he should land – but he was aware that he had to get on the tram on the railway, except to understand when it was the time to get off. Here, perhaps the tram of the functionalist method had finished its run. To avert the danger of the growing disaffection of the European towards the unification challenge, proved by the failure of the popular *referenda* on the Treaty of Rome of 2004 (only recovered to ‘re-take’ the Lisbon Treaty) and the steady decline of participation in European elections, we need a cultural battle that shows the need of an evolution in a federal Union. The critical on tax purposes mentioned in this posting demonstrate it widely.

²⁹ P. GRAGLIA, *Altiero Spinelli*, Il Mulino, Bologna 2008.

³⁰ P. GRAGLIA, *Ascoltando Altiero Spinelli Nelle parole di un Padre dell'Europa la prosa di un classico del Novecento*, Biblioteca Europea in Rome, Wednesday, March 18, 2009. video recording is available on [http://www.altierospinelli.it/audiovisivi/2009/1820marzo/graglia/index.php%](http://www.altierospinelli.it/audiovisivi/2009/1820marzo/graglia/index.php%20)

Impresa europea e fisco: il nodo dell'integrazione*

Pietro Selicato

* Relazione tenuta al Convegno *Nel ricordo di Altiero Spinelli. Una politica di sviluppo per l'Unione Europea, L'urgenza delle scelte e il ruolo dell'Italia*, Sapienza Università di Roma, Facoltà di Economia, 25 marzo 2009.

SOMMARIO: 1. *Premessa*; 2. *L'imposizione sui redditi delle società*; 3. *Il divieto di aiuti fiscali statali*; 4. *La regola dell'unanimità in materia fiscale*.

1. Premessa

La crisi economica globale che stiamo attraversando richiede all'Europa una risposta unitaria e coerente e la fiscalità costituisce senza dubbio uno dei temi forti su cui basare una politica di intervento a favore della ripresa dell'economia in Europa. Per incentivare con misure fiscali lo sviluppo del sistema produttivo europeo, rendendolo più efficiente e maturo, si potrebbe agire su diversi fronti.

Da un lato, la congiuntura economica ha accentuato l'esigenza di rimuovere gli ostacoli di carattere fiscale alla circolazione ed alla aggregazione delle imprese sul territorio dell'Unione europea accelerando il processo avviato dalla Comunità europea al fine di introdurre all'interno degli Stati membri sistemi di imposizione sui redditi delle società il più possibile neutrali e coordinati.

Dall'altro, appare sempre più urgente approvare un piano coordinato di aiuti di Stato, anche fiscali, mirato su obiettivi condivisi tra gli Stati membri (quali, ad esempio, la crescita dimensionale delle imprese, l'innalzamento del loro livello di innovazione tecnologica e l'autonomia energetica dell'apparato produttivo) che consenta di tener conto delle peculiarità dei sistemi economici nazionali.

Per raggiungere questi obiettivi, però, si dovrebbe uscire dalla fase di stallo in cui versa da tempo il sistema di norme che regola i processi decisionali della Comunità nella materia fiscale, (basato sul criterio dell'unanimità), che se si è dimostrato inadeguato in condizioni normali lo è divenuto ancor più di fronte alla necessità di fronteggiare la crisi in atto con interventi immediati e impegnativi aventi applicazione sull'intero territorio europeo.

2. L'imposizione sui redditi delle società

La sempre maggiore integrazione del mercato unico europeo, realizzata attraverso il consolidamento delle libertà fondamentali di circolazione, rende possibile alle imprese, più che nel passato, di operare sull'intero territorio dell'Unione. Questa situazione rende indifferibile un'integrazione nell'imposizione sui redditi delle società che escluda o minimizzi gli ostacoli fiscali. Come ripetutamente affermato dalla Commissione europea¹ occorre «garantire che le considerazioni fiscali alterino il meno possibile le decisioni economiche degli operatori; evitare che le imprese debbano sostenere costi non necessari e indebitamente elevati per conformarsi alla legislazione e affrontare ostacoli fiscali per svolgere attività economiche transfrontaliere»².

¹ Il primo studio organico in questa direzione può farsi risalire a COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali. Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società* COM (2001) 582 del 23 ottobre 2001. Successivamente, sulla stessa materia, COMMISSIONE EUROPEA, *Un mercato interno senza ostacoli inerenti alla tassazione delle società – risultati, iniziative in corso e problemi ancora da risolvere*, COM (2003) 726 del 24 novembre 2003. In tal senso si veda anche COMMISSIONE EUROPEA, *Attuazione del programma comunitario per l'aumento della crescita e dell'occupazione e il miglioramento della competitività delle imprese europee*, COM (2007) 223 del 2 maggio 2007; ID, *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno*, COM (2006) 823 del 19 dicembre 2006, sulla quale A. ZALASINSKI – F. ROCCATAGLIATA, *Un'azione comunitaria per agevolare il coordinamento tra gli ordinamenti fiscali degli Stati membri. La Comunicazione della Commissione sul coordinamento dei sistemi d'imposizione diretta: una nuova tappa nella strategia di cooperazione tra la Commissione europea e gli Stati membri*, in Riv. dir. trib. int., 2007, n. 1, p. 203; ID, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: Progressi ottenuti finora e programma futuro per una base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB)*, COM (2006) 157 del 5 aprile 2006.

² Per il passo virgolettato cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali. Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società*, COM (2001)582, del 23 ottobre 2001.

Oggi vi è una notevole diversità nell'onere fiscale che le imprese devono sostenere nei vari Stati membri e nel modo in cui ciascun Paese tratta gli investimenti verso e da altri Paesi. Diversità che rientra nelle prerogative di cui gli Stati fanno uso esclusivo in ragione della loro sovranità nazionale, sulla quale la Comunità europea non ha alcun potere di interferire. Queste differenze possono incidere sulla competitività internazionale delle società insediate in Stati membri diversi dell'Unione e possono rappresentare un incentivo a scegliere per i loro investimenti le localizzazioni più favorevoli sotto il profilo fiscale, localizzazioni che non sarebbero necessariamente le più efficienti se si prescindesse dall'aspetto fiscale.

Per effetto dell'allargamento la situazione si è ulteriormente aggravata. Negli Stati aderenti, infatti, operano ancora sistemi fiscali che impongono livelli di tassazione ed obblighi formali estremamente ridotti, rendendoli appetibili alle imprese degli altri Stati membri che, per di più, possono essere attratte dal differimento nell'applicazione del preesistente complesso di regole comunitarie, anche di carattere extrafiscale (il cosiddetto *acquis communautaire*), di cui gli Stati aderenti sono ammessi ad usufruire.

In un articolo pubblicato su un quotidiano di pochi giorni fa³, Mario Monti ha rivolto alla UE (ma anche al G-8 e al G-20) l'appello a realizzare "un certo grado di coordinamento" tra le rispettive fiscalità auspicando un livellamento (ma verso l'alto) delle aliquote d'imposta, al fine di eliminare l'attuale sistema di concorrenza fiscale tra gli Stati⁴.

Va però osservato che il livello della pressione fiscale non dipende soltanto dalle scelte politiche dei governi ma è diretta conseguenza delle necessità di copertura del fabbisogno e, più in generale, della struttura del bilancio di ogni Stato. Sarà improbabile che uno Stato in grado di mantenere una bassa fiscalità a causa dell'ammontare più basso della sua spesa pubblica *pro-capite* possa aderire ad una proposta di innalzamento

³ M. MONTI, *Gli Stati disarmati (disuguaglianze e fiscalità)*, Il Corriere della Sera, 22 marzo 2009.

⁴ Va ricordato che il concetto di coordinamento fiscale fu espresso per la prima volta nel "Pacchetto Monti" del 1996, con il quale la Commissione chiese agli Stati membri di avere una migliore comprensione delle politiche fiscali nazionali. In argomento F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in Riv. dir. trib. int., 2000, n. 2, p. 34 e segg.; F. ROCCATAGLIATA, *Diritto tributario comunitario*, in V. UCKMAR (coordinato da), *Diritto tributario internazionale* (Cedam, Padova, 2005), p. 1203 ss., in particolare p. 1229, ove è stato notato che il "coordinamento" è posto a metà strada tra "unificazione" e "approssimazione". Nella medesima opera, si veda anche a pp. 249 ss.. Su questo specifico concetto, si veda anche F. ROCCATAGLIATA, *Il concetto comunitario di stabile organizzazione: armonizzazione fiscale o coordinamento?*, in Riv. dir. trib. int., 2002, n. 2, p. 37.

del carico fiscale per andare incontro alle esigenze di coordinamento dei suoi *partner*. In una certa misura questi Stati potrebbero ravvisare l'opportunità di incrementare i propri livelli di *welfare* fino al raggiungimento di standard comuni, o di ridurre il debito pubblico per rientrare nei parametri stabiliti in sede internazionale. Ma difficilmente questi stessi Stati potrebbero consentire un incremento delle entrate che generasse un avanzo di bilancio, poiché queste maggiori disponibilità potrebbero produrre inefficienze e sprechi.

Tenuto conto del fatto che l'autonomia degli Stati nella determinazione delle aliquote d'imposta è, almeno attualmente, un ostacolo insormontabile, le istituzioni della Comunità Europea, allo scopo di promuovere le azioni necessarie ad uscire dalla crisi, hanno affrontato il problema nella diversa prospettiva dell'armonizzazione delle basi imponibili e del coordinamento delle disposizioni fiscali sulle attività transfrontaliere delle società.

Le problematiche fiscali inerenti le attività transfrontaliere delle imprese operanti nel mercato unico europeo sono giunte all'attenzione della Commissione⁵ nell'ambito del crescente interesse alle questioni collegate all'esigenza di garantire la competitività del mercato interno. Quando alcune imprese che hanno sede in uno Stato membro esercitano le loro attività anche in altri Stati membri possono sorgere ostacoli fiscali che incidono sul loro diritto di stabilimento. La difesa delle libertà economiche fondamentali, al tempo stesso premessa e garanzia di un mercato interno concorrenziale, impone che le legislazioni fiscali nazionali garantiscano un sistema di competitività tra le imprese che non discrimini gli operatori a seconda del mercato nazionale di provenienza, non alteri le decisioni economiche degli operatori, riduca i costi di conformità, favorisca l'azione transfrontaliera delle imprese e l'ottima allocazione delle risorse.

La Corte di Giustizia è intervenuta in ripetute occasioni per rimuovere alcuni di questi ostacoli in materia di stabili organizzazioni⁶, interessi⁷, perdite⁸,

⁵ Se ne veda la ricostruzione di F. FLORIS. - F. VITALE, *La comunicazione della Commissione europea relativa alla base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB). Breve sintesi ed alcune riflessioni sulla ripartizione della base imponibile consolidata*, in Riv. dir. trib. int., 2006, n. 2, p. 155.

⁶ CGCE, sent. 21 settembre 1999, C-307/97, *Saint Gobain*, in Racc., 1999, I – 6161; CGCE, sent. 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 C-410/98, *Hoechst UK Ltd*, in Racc. 2001, I-1727.

⁷ CGCE, sent. 12 dicembre 2002, C-324/000, *Lankhorst Hobbors*, in Racc., 2002, I – 11779.

⁸ CGCE, 13 dicembre 2005, C-446/03 *Marks & Spencer*, in Racc. 2005, I-0000. Per un commento C. ROMANO, *La deduzione transfrontaliera delle perdite: Marks & Spencer e oltre*, in Riv. dir. trib. int., 2005, n. 2-3, p. 173.

delocalizzazioni abusive⁹ dando vita ad un processo definito di “integrazione negativa”¹⁰. In queste sentenze la Corte ha valutato le norme nazionali in materia di imposizione sul reddito delle società in relazione al principio di non discriminazione¹¹ ed al rispetto delle quattro libertà fondamentali di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. In questo ambito, la Corte ha enucleato il principio di non restrizione¹², basato sul diritto degli operatori economici di «muoversi liberamente alla ricerca delle migliori condizioni economiche per le proprie prestazioni di servizi o cessioni di beni»¹³ senza incontrare ostacoli da parte dello Stato d'origine, sottolineando l'illegittimità di qualsiasi politica nazionale tesa ad arginare il deflusso di investimenti e la delocalizzazione delle imprese operanti sul proprio territorio.

Tuttavia, la costante opera di *negative integration* portata avanti dalla Corte, pur offrendo un importante contributo all'interpretazione del diritto comunitario ed alla sua corretta applicazione all'interno dei singoli Stati membri, data la perdurante assenza di misure normative tendenti all'armonizzazione dei sistemi fiscali (integrazione positiva), genera frammentazioni nel processo di adattamento dei diritti nazionali al diritto comunitario e favorisce gli arbitraggi nelle scelte allocative delle imprese. L'integrazione negativa non è quindi in grado di assicurare un'armonizzazione organica delle norme nazionali.

⁹ CGCE, 12 settembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes*, in Racc. 2006, I-0000.

¹⁰ Cfr. M. WATHELET, *Direct taxation and EU law: integration or disintegration?*, in *EC Tax Review*, 2004, p. 2 par. 2.

¹¹ Per una ricostruzione sistematica dei contenuti di questo principio si veda il fondamentale contributo di F. AMATUCCI *Il principio di non discriminazione fiscale*, Cedam, Padova, 1998. Sul punto anche P. ADONNINO *Il principio del divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale* in *Dir. prat. trib.*, n. 3/2003, p. 183.

¹² Il principio di non restrizione è stato ricavato dall'art. 29 (ex art. 34) del Trattato CE che sancisce il divieto di restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente. Trattandosi di una norma funzionale alla realizzazione effettiva degli obiettivi comunitari in materia di libertà di circolazione, la Corte di Giustizia lo ha considerato come un principio alla luce del quale debbono essere interpretate le quattro libertà fondamentali. Da ciò deriva che in base al principio in esame sono contrarie al diritto comunitario tutte quelle limitazioni previste dalle norme nazionali suscettibili di condizionare i movimenti e le transazioni dall'interno degli Stati verso l'esterno.

¹³ Così A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la “negative integration” nell'epoca dell'allargamento*, relazione al Convegno di Studio su *I modelli impositivi comunitari nell'Europa allargata*, Università di Bologna, Facoltà di Giurisprudenza, 24-25 settembre 2004, in www.giuri.unibo.it/, p. 3 nota 3. Sul punto anche G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, in *Rass. trib.*, 2000, 1151.

Va comunque riconosciuto che la Comunità ha compiuto e sta compiendo sforzi apprezzabili per fronteggiare la concorrenza fiscale tra Paesi membri e superare gli ostacoli posti dalle norme tributarie al completamento del mercato interno. Sotto questo profilo vanno accolte con favore le proposte, in parte già recepite e tra loro collegate, che hanno ad oggetto l'introduzione:

- a) di regole uniformi di determinazione delle basi imponibili dell'imposta sulle società sulla base di principi contabili comuni (IAS);
- b) di un sistema di tassazione basato sulla determinazione di una base imponibile comune per i gruppi di imprese formati da società residenti in diversi Stati membri (la cosiddetta *Common Consolidated Corporate Tax Base* - CCTB).

Quanto alla proposta di tassazione dei gruppi di società operanti in più Paesi dell'Unione, la Commissione ritiene che in questo contesto sarebbe possibile sfruttare pienamente le potenzialità del mercato unico favorendo la crescita di aggregazioni produttive multinazionali policentriche di PMI, favorendo la nascita di una rete di imprese che possano costituire dei "campioni europei" uscendo dalla logica dello scontro tra "campioni nazionali" che, fino ad ora, ha dominato la scena dei rapporti tra gli Stati membri, protesi a difendere interessi di parte anziché approfondire le loro energie in un impegno rivolto alla crescita complessiva del "Sistema Europa".

Il progetto di CCTB, che doveva essere varato entro il 31 ottobre 2008¹⁴, oltre ad aver aperto complicati problemi di calcolo in ordine al *formulary apportionment*¹⁵, fa sorgere – almeno per l'Italia – delicate questioni di compatibilità con l'ordinamento costituzionale nazionale poiché, quale che sia il metodo prescelto per la ripartizione della base imponibile con-

¹⁴ Sulle ragioni del mancato rispetto del termine del 31 ottobre si veda L. KOVÁCS, *Keynote speech at the Congress of the International Fiscal Association*, Bruxelles, 31 August 2008, in Riv. dir. trib. int., 2008, n. 3, p. 263. Per ulteriori riferimenti sia consentito rinviare a P. SELICATO, *La Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB) tra esigenze di armonizzazione dell'imposta sulle società e profili di compatibilità con gli ordinamenti nazionali*, in Riv. dir. trib. int., 2009, n. 1-2, p. 161.

¹⁵ Cfr. M. D'ABRUZZO – M. T. MONTEDURO, *Gli effetti dell'introduzione di una base imponibile unica consolidata per gruppi di imprese operanti nell'UE: l'applicazione di diverse formule di apportionment per l'Italia*, in Riv. dir. trib. int., 2008, n. 3, p. 99 nonché F. FLORIS – F. VITALE, *La seconda comunicazione della Commissione europea relativa alla base imponibile consolidata comune per le società (CCCTB). Breve sintesi ed ulteriori riflessioni sulla ripartizione della base imponibile consolidata*, ivi, 2007, n. 2, p. 225. Per una sistematica disamina sull'argomento si veda S. MAYER, *Formulary apportionment for the Internal Market*, IBFD, Amsterdam, 2009, in part. al Cap. 3, p. 63 ss., ove una analisi comparata dei sistemi di *apportionment* attualmente in vigore.

solidata, esso dovrà garantire l'attribuzione a ciascuno Stato di una quota di imponibile corrispondente (né più né meno) alla capacità contributiva prodotta all'interno del territorio dello Stato stesso¹⁶.

Entrambe queste proposte potrebbero risolvere molti dei problemi di efficienza nella tassazione delle imprese che operano nella Comunità europea, senza interferire sulla misura delle aliquote applicate dai singoli Stati membri e sarebbe pertanto opportuna una loro rapida approvazione.

3. Il divieto di aiuti fiscali statali

Altro tema caldo dopo l'esplosione della crisi è quello del divieto di aiuti fiscali statali alle imprese, disposto dagli articoli 87 e seguenti del Trattato istitutivo della Comunità europea in funzione della tutela della concorrenza nel mercato unico. La nozione di "aiuto" codificata nel Trattato viene intesa in un'accezione molto ampia. Secondo autorevole dottrina «essa include ogni vantaggio economicamente apprezzabile accordato ad un'impresa attraverso un intervento pubblico, vantaggio che altrimenti non si sarebbe realizzato»¹⁷. Con riferimento al profilo soggettivo, inoltre, la giurisprudenza della Corte di giustizia precisa che con il termine "Stato" si vuole intendere qualunque ente territoriale o anche un ente pubblico o privato che svolge funzioni pubbliche¹⁸.

¹⁶ Questa esigenza appare imprescindibile, data la natura "superiore" del nostro principio di capacità contributiva, che rappresenta, insieme, criterio di riparto dei carichi pubblici, misura di giustizia distributiva, strumento di realizzazione dell'uguaglianza sostanziale e parametro per la ricognizione dell'attitudine dei singoli consociati alla solidarietà economica, politica e sociale. Al riguardo cfr. L. ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e tutela del contribuente*, Giuffrè, Milano, 1996.

¹⁷ Così G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, CEDAM, Padova 2005, p. 779-780. Per una ricostruzione completa ed aggiornata nei suoi diversi aspetti della problematica degli aiuti fiscali degli Stati membri dell'UE si veda G. INGROSSO – G. TESAURO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, Jovene, Napoli, 2009.

¹⁸ Una nozione di Stato così differente da quella tradizionalmente intesa ha permesso di affermare la «pacifica inapplicabilità del divieto di aiuti di stato alle ipotesi di autonomia simmetrica» permettendo le differenziazioni tra aree dello stesso Paese laddove «il sistema tributario nazionale contempla un modello di tassazione articolato secondo le specifiche decisioni locali e, quindi, viene a mancare un livello di tassazione normale di riferimento». In questo senso D. ARDOLINO, *Dalla Corte di Giustizia prime indicazioni sulla questione della selettività territoriale degli aiuti di Stato*, commento a Corte di Giustizia delle Comunità Europee - Grande Sezione - Sentenza 6 Settembre 2006, Causa C-88/03, *Repubblica Portoghese /Commissione Ce*, in Riv. dir. trib. int., 2007, n. 2, p. 169. Sul punto cfr. anche

L'attuale disciplina comunitaria degli aiuti fiscali degli Stati soffre probabilmente di eccessiva rigidità e non tiene conto a sufficienza delle diversità, a volte molto profonde (dal punto di vista qualitativo e quantitativo), nelle condizioni strutturali dei sistemi produttivi delle varie regioni dei singoli Stati membri. Vi è da chiedersi, allora, se, alla luce di una così forte esigenza di creare nuovi stimoli alla crescita economica (specie nel settore delle PMI) e di competere con gli aggressivi sistemi economici degli Stati terzi, non sia il caso di modificare i criteri in base ai quali le misure fiscali nazionali sono considerate in contrasto con la disciplina della concorrenza.

L'art. 87 del Trattato riconosce la legittimità degli aiuti di Stato soltanto quando essi sono:

- a) destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione;
- b) destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro;
- c) destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse;
- d) destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune;
- e) per le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione.

Specifiche deroghe sono poi contenute nell'articolo 73 (coordinamento dei trasporti o rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio) e nell'articolo 86 (i servizi d'interesse economico generale soggiacciono alle regole del Trattato nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata).

Il quadro sembra consentire una politica di sviluppo che possa stimolare la crescita e indirizzarla verso quelle forme di sostenibilità basate sull'innovazione e la ricerca tecnologica, le sole che possono garantire un futuro

M. BARBERO, *Decentramento fiscale e vincoli comunitari: in particolare, la questione della fiscalità di vantaggio alla luce del divieto di aiuti di Stato*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2007, n. 5, pag. 393.

industriale all'Europa e, al contempo un'azione perequatrice dei differenziali di produzione registrati nelle diverse aree geografiche della Comunità.

Tuttavia, il controllo della legittimità delle disposizioni nazionali contenenti aiuti di Stato, comprese quelle che introducono aiuti "negativi" (agevolazioni fiscali, contributive, creditizie, ecc.) è demandato alla Commissione Europea che gode di ampia discrezionalità nelle sue valutazioni¹⁹. Per di più, al fine di permettere un controllo *ex ante*, il trattato prevede un obbligo di notifica alla Commissione degli aiuti che gli Stati membri intendono istituire o modificare ed un divieto di darne esecuzione prima dell'adozione di una decisione di autorizzazione della Commissione (c.d. clausola "stand still").

Alla Commissione europea è anche affidato il compito di procedere all'esame permanente degli aiuti esistenti. Il controllo si basa su di un sistema di relazioni annuali a cui sono tenuti gli Stati membri e sul monitoraggio della Commissione. Il controllo della Commissione si basa anche sulle denunce o segnalazioni inviate dalle imprese che ritengono di essere state svantaggiate da aiuti concessi a loro concorrenti. Naturalmente è sempre possibile il ricorso dello Stato interessato alla Corte di Giustizia.

C'è da dire che per essere in presenza di un aiuto illecito è necessario che la misura nazionale sia "selettiva", sia in grado, cioè, di avvantaggiare alcune imprese o talune produzioni²⁰. Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, possono integrare la fattispecie dell'aiuto di Stato, oltre alle agevolazioni fiscali, anche i tributi di scopo (tributi a destinazione vincolata) o le entrate c.d. "parafiscali"²¹, ovvero quei trasferimenti coattivi di ricchezza che hanno la loro causa giuridica nella richiesta o nel godimento, in atto, di una prestazione dell'ente pubblico, e che ne presuppongono la divisibilità²².

¹⁹ Cfr. D. ARDOLINO, *La forza e valore delle decisioni della Commissione CE tra efficacia diretta e riserva di legge*, cit., p. 203. N. DI MASSA – A. REMONDELLI – S. GIGLIO – M. VALENZANO, *Le fonti comunitarie in tema di aiuti di Stato*, in G. TESAURO – M. INGROSSO (a cura di), *Agevolazioni fiscali e aiuti di Stato*, cit., p. 97 ss.

²⁰ Per una approfondita disamina degli orientamenti espressi su questo punto dalla Corte di Giustizia si veda M.T. SOLER ROCH, *Le misure fiscali selettive secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia sugli aiuti di stato*, in Riv. dir. trib. int., 2006, n. 1, p. 19.

²¹ Su questa nozione cfr., per tutti, R. BRACCINI, *Parafiscalità*, in Digesto, Disc. priv., Sez. Comm., Vol. X, UTET, Torino, 1994, p. 447.

²² A questo riguardo cfr. P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato. I poteri del giudice nazionale*, Riv. it. dir. pubbl. com., 2004, n. 1, p. 225.

In concreto, risulta molto difficile discernere la *ratio* di un'agevolazione fiscale perché è necessario valutare attentamente se la differenziazione sia dovuta realmente ad una volontà agevolativa o dipenda dall'individuazione di una differente attitudine alla contribuzione dei soggetti agevolati. Non solo, ma la decisione di agevolare fiscalmente determinate produzioni spesso risponde alla volontà di incentivare o disincentivare comportamenti dei destinatari della misura e non all'intenzione di favorire determinati settori produttivi²³.

Per queste considerazioni sarebbe corretto ritenere che la generalità di un intervento pubblico si risolva nel fatto di essere destinata al perseguimento di una logica di sviluppo del sistema economico nel suo insieme piuttosto che nell'essere rivolta *erga omnes*. Quanto ai tributi di scopo o parafiscali, anche qui entrano in causa delicate questioni attinenti all'indirizzo politico. Il *discrimine* tra misura anticoncorrenziale e misura introdotta, per esempio (riferendosi al caso italiano), "per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale" è di difficile e delicata individuazione. Che una materia così ricca di discrezionalità politica sia di esclusiva competenza della Commissione rappresenta un *vulnus* al già precario livello di democraticità delle decisioni comunitarie.

Stante l'inadeguatezza degli attuali assetti istituzionali dell'Unione europea a garantire pienamente la realizzabilità di un mercato concorrenziale secondo le teorie liberali classiche che informarono la stesura dei Trattati del '57, e considerate le notevoli differenze strutturali dei sistemi economici nazionali, specie dei Paesi di recente ingresso, c'è da domandarsi se non sia il caso di vagliare le misure statali sospettate di illegittimità rispetto alla disciplina comunitaria sugli aiuti di Stato alla luce di quei principi meno mercantilistici (progresso economico e sociale, sviluppo equilibrato e sostenibile, elevato livello di occupazione) presenti nel Trattato UE e troppo spesso sacrificati sull'altare della concorrenza perfetta. Sarebbe forse opportuno, tenuto conto delle attuali condizioni dell'economia, lavorare per la conclusione di un "Patto" tra gli Stati UE per allentare le "maglie" della disciplina del Trattato in materia di aiuti (fiscali) degli Stati alle imprese operanti in particolari settori, individuati di comune accordo avendo riguardo alle potenzialità competitive sul mercato globale e secondo adeguati *standard* di sostenibilità.

²³ In questa direzione meritano attenzioni le motivazioni della sentenza del Tribunale di Primo Grado, Causa T-233/04 del 10 aprile 2008 che ha ritenuto ammissibili aiuti fiscali alle imprese introdotti per incentivare comportamenti ecocompatibili. Si vedano al riguardo le considerazioni critiche, specie rispetto all'«ampio potere discrezionale della Commissione UE», svolte da F. AMATUCCI in *Agevolazioni fiscali ambientali, aiuti di Stato e incompatibilità comunitaria*, Riv. dir. trib. int., 2005, n. 1, p. 81.

Con ciò non si vuole certo propendere per l'abolizione del sistema comunitario di controllo e per il passaggio ad una sorta di anarchia degli Stati membri nella gestione degli aiuti. Anzi, si intende sottolineare la necessità di inserire la maggiore autonomia nazionale nella gestione della leva fiscale a fini di sviluppo economico in un quadro coordinato a livello europeo.

D'altra parte, se ciò non accadesse, sarebbe normale aspettarsi una reazione dei singoli Stati membri tesa a sviluppare una sorta di "fai-da-te" fiscale foriero di disarmonie, discriminazioni e fonte di controversie, tale da porre il quadro del sistema degli aiuti di Stato decisamente in contrasto con l'idea di Europa che Altiero Spinelli aveva immaginato.

4. La regola dell'unanimità in materia fiscale

Non sono pochi, ormai, coloro che parlano di una vera e propria crisi strutturale delle istituzioni europee. Il mancato recepimento del trattato di Costituzione per l'Europa (2004) ed il lungo ritardo nell'approvazione della sua "versione ridotta" inserita nel Trattato di Lisbona (2007) hanno rallentato non poco il processo di integrazione europea, a causa di un forte distacco tra il volere dei governanti nazionali e quello delle loro popolazioni (manifestatosi nei referendum contrari all'approvazione del Trattato di Lisbona).

La materia fiscale è soggetta alla regola dell'unanimità, diversamente da quella della concorrenza che invece segue la regola della maggioranza qualificata. La previsione dell'unanimità del voto del Consiglio nella materia fiscale costituisce una cinta difensiva delle prerogative nazionali che nella concreta esperienza si è dimostrata pressoché invalicabile.

Come da tempo sostiene la Commissione²⁴ tale situazione non è più sostenibile e lo è divenuta ancor meno dopo l'allargamento²⁵, poiché qual-

²⁴ COMMISSIONE EUROPEA, *Contributo supplementare della Commissione per la Conferenza intergovernativa sulle riforme istituzionali. Il voto a maggioranza qualificata per gli aspetti inerenti al mercato unico nei settori dell'imposizione fiscale e della sicurezza sociale*, COM (2000) 114 definitivo. L'intenzione di presentare un contributo riguardante l'estensione del voto a maggioranza qualificata nei settori dell'imposizione fiscale e della sicurezza sociale era stata espressa nel parere *La riforma istituzionale al servizio dell'allargamento - Parere della Commissione ai sensi dell'articolo 48 del Trattato sull'Unione europea per la riunione di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri per una modifica dei Trattati*, 26 gennaio 2000; in tema cfr. M. BENIGNA, *L'allargamento dell'Unione Europea ed i meccanismi di decisione in materia fiscale*, Riv. dir. trib. int., 2000, n. 3, p. 281.

²⁵ A. AMATUCCI, *Aspetti tributari dell'allargamento dell'Unione europea*, Riv. dir. trib. int.,

siasi decisione in materia fiscale è sottoposta al diritto di veto di un singolo Stato membro. Anche all'interno di un modello istituzionale di tipo "contrattuale" e non (ancora) "federale" quale è quello attualmente vigente in Europa, sarebbe necessario addivenire quanto prima all'introduzione di un sistema di decisioni a maggioranza qualificata almeno in un ristretto numero di casi che più di altri implicano un ostacolo alla libertà di circolazione. In alternativa, sarebbe opportuno almeno consentire la creazione di aree di cooperazione rafforzata tra una parte degli Stati membri, nelle quali sia possibile l'adozione di decisioni che non coinvolgono gli altri Stati.

Scendendo più in dettaglio, la Commissione²⁶, al fine di «assicurare l'adeguato funzionamento del mercato interno e il pieno esercizio delle libertà garantite dal trattato», ha più volte sottolineato la necessità del voto a maggioranza qualificata per:

- l'adozione di disposizioni di coordinamento intese a eliminare un ostacolo che si frapponga direttamente all'esercizio delle quattro libertà, e in particolare a prevenire la discriminazione e la doppia imposizione fiscale;
- le misure che aggiornano e semplificano le norme comunitarie vigenti nel settore fiscale, allo scopo di eliminare le distorsioni di concorrenza;
- le misure che assicurano l'applicazione uniforme, semplice e trasparente delle norme vigenti in materia di imposte indirette;
- le misure fiscali aventi come obiettivo principale la salvaguardia dell'ambiente e comportanti un effetto diretto e significativo sull'ambiente;
- l'adozione di disposizioni che disciplinino direttamente la riscossione fiscale e abbiano lo scopo di prevenire la frode, l'evasione e l'elusione fiscali, così da eliminare i casi di doppia assenza d'imposizione fiscale nelle situazioni transfrontaliere e di prevenire l'elusione delle disposizioni vigenti, in particolare nel settore dell'iva.

Le proposte in tal senso non hanno trovato il favore degli Stati: il Trattato di Lisbona non introduce novità in merito così come novità non erano previste nel Trattato per l'adozione di una Costituzione per l'Europa – come noto mai ratificato – anche se la maggioranza dei membri della Convenzione

2004, n. 1, p. 7.

²⁶ Si vedano le comunicazioni citate in nt. 24.

aveva espresso il rammarico per la mancata previsione dell'estensione del voto a maggioranza qualificata nel settore fiscale in più di un documento.

Non essendo all'orizzonte decisioni politiche a livello comunitario che spostino l'indicatore del processo di integrazione verso il federalismo, l'armonizzazione fiscale si muove sulle gambe (corte) della *soft law*²⁷ della Commissione e soprattutto sull'operato della Corte di Giustizia.

A ben vedere, al punto in cui siamo giunti l'unica soluzione efficace sarebbe quella di organizzare l'Unione europea in senso realmente "federale", realizzando pienamente il sogno dell'Ulisse di Ventotene. Soltanto facendo confluire le diverse identità nazionali in una federazione di Stati, il cui Parlamento, pienamente legittimato dal voto popolare sia il detentore esclusivo della funzione legislativa ed abbia il potere di nominare il Governo europeo seguendo nei propri processi decisionali le normali regole di ogni consesso elettivo, in primo luogo quella della maggioranza (magari qualificata).

In effetti, nell'odierno quadro istituzionale l'azione della Commissione muove verso l'obiettivo principale, se non esclusivo, di dotare l'Unione di strumenti più efficaci per assicurare il funzionamento del mercato interno e l'esercizio delle libertà economiche fondamentali, ignorando le tradizioni solidaristico-redistributive che caratterizzano, pur con diverse sfumature, gli ordinamenti nazionali dei diversi Stati europei.

D'altra parte, non può che generare sconcerto il fatto che la materia della fiscalità, che rappresenta da sempre l'ago della bilancia per la ricognizione della legittimazione di ogni Stato democratico²⁸, sia appannaggio esclusivo della Commissione e del Consiglio, istituzioni che solo lontanamente possono dirsi rappresentative della volontà del popolo europeo. E, in fin dei conti, anche la pratica ormai diffusa della *soft law* – che pure è uno strumento essenziale in questa situazione di stallo del processo decisionale delle istitu-

²⁷ Secondo C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in V. UCKMAR (coordinato da), *Diritto tributario internazionale*, cit., p. 47, «con il termine *soft law* si indicano fatti ed atti (nonché principi e norme sociali, etiche, ecc.) che hanno ad oggetto relazioni internazionali e che non sono considerate fonti del diritto secondo la definizione contenuta nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia» (ivi, p. 52). Sul concetto di *soft law* come interpretazione non vincolante del diritto comunitario cfr. altresì M.J. GRAETZ – A.C. WARREN, JR., *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe*, in Riv. dir. trib. int., 2007, n. 1, p. 57 e segg., spec. p. 97, ove ulteriori rinvii.

²⁸ Che ha la sua sintesi nel motto "*no taxation without representation*", adottato dagli indipendentisti americani per stigmatizzare il loro distacco politico dalla Corona britannica durante la rivoluzione che portò alla nascita degli Stati Uniti d'America.

zioni comunitarie – può rappresentare una ulteriore minaccia alla concreta attuazione del principio democratico all'interno dell'Unione Europea.

Altiero Spinelli fu prima ostile ai Trattati di Roma perché costituenti un compromesso rispetto al suo ideale federalista. In seguito – e lo ricordiamo oggi – riconobbe gli importanti risultati conseguiti dalla Comunità economica europea e continuò la sua battaglia federalista prima come Commissario europeo per gli affari industriali, la ricerca e lo sviluppo tecnologico, poi come protagonista nell'aula di Strasburgo. Piero Graglia, che su Spinelli ha recentemente pubblicato una esaustiva biografia per Il Mulino²⁹, ha ricordato in un precedente incontro organizzato dal Comitato Nazionale per le celebrazioni del centesimo anniversario della nascita di Altiero Spinelli³⁰ un aneddoto con cui il fondatore del Movimento Federalista Europeo era solito rispondere a chi gli faceva notare presunte incongruenze nelle sue strategie politiche. Ulisse aveva ben chiaro dove si dovesse approdare – la federazione europea – ma era anche consapevole che si dovesse “prendere il tram in transito”, salvo capire per tempo quando fosse giunto il momento di scendere.

Ecco, forse il tram del metodo funzionalista ha finito la sua corsa. Per scongiurare il pericolo della crescente disaffezione del popolo europeo verso la sfida dell'unificazione, testimoniata dal fallimento dei referendum popolari sul trattato di Roma del 2004 (recuperato soltanto all' “esame di riparazione” per il trattato di Lisbona), nonché dal calo costante di partecipazione alle elezioni politiche europee, è necessaria una battaglia culturale che mostri la necessità di un'evoluzione in senso federale dell'Unione. Le criticità sul piano fiscale accennate in questo intervento lo dimostrano ampiamente.

²⁹ P. GRAGLIA, *Altiero Spinelli*, Il Mulino, Bologna 2008.

³⁰ P. GRAGLIA, *Ascoltando Altiero Spinelli Nelle parole di un Padre dell'Europa la prosa di un classico del Novecento* Biblioteca Europea di Roma, mercoledì, 18 marzo 2009. la registrazione video è disponibile all'indirizzo di rete: <http://www.altierospinelli.it/audiovisivi/2009/18%20marzo/graglia/index.p>.

Chile Tax Treaty Network*

Cristián Gárate

* Edited in English by the Author

CONTENTS: *1. Starting Point; 2. Most Tax Treaty Partners; 3. Personal Scope of Recently Concluded Tax Treaties; 4. Substantive Scope of Recently Concluded Tax Treaties; 5. Distributive Rules of Recently Concluded Tax Treaties; 6. Methods to Avoid Double Taxation in Recently Concluded Tax Treaties; 7. Non-Discrimination Articles in Recently Concluded Tax treaties; 8. Exchange of Information and Mutual Assistance in Collection of Taxes; 9. Mutual Agreement Procedures; 10. Conclusions.*

1. Starting Point

The first income tax treaty negotiated and concluded by Chile with Argentina entered into force on March 7, 1986, according to its publication in the Official Gazette. This tax treaty was negotiated using the Andean Pact Model, despite the fact that Chile was not a member of the Andean Pact. From 1998 Chilean authorities started an aggressive tax treaty campaign with negotiations that have included different nations around the world. These tax treaty negotiations have followed the OECD Model, with some deviations that reinforce the right of taxation at source following particular UN Model clauses. At present, the most important official source of deviations from the OECD Model can be obtained from the Chilean positions included in the 2008 OECD Update to the OECD Model Tax Convention, hereinafter 2008 OECD Model Update¹.

¹ See OECD, *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention*, 18 July 2008, positions of Non-Member Countries, pp. 377.

The following Table provides an overview of the current status of the Chilean tax treaty network. As shown in the Table, Chile has negotiated and ratified 20 tax treaties; Chilean authorities have signed 5 new tax treaties and are negotiating other 15 tax treaties².

Table

In Force	Signed – Negotiation Concluded	Negotiation
Argentina	Belgium	Austria
Brazil	Colombia	China
South Korea	Russia	Cuba
Croatia	Thailand	Finland
Denmark	Switzerland	Holland
Equator	South Africa	Hungary
Spain	Australia	India
France	United States	Italy
Ireland		Kuwait
Malaysia		Check Republic
Mexico		Uruguay
Norway		Venezuela
New Zealand		
Paraguay		
Peru		
Poland		
Portugal		
United Kingdom		
Sweden		

² Official information as of December 2008 on the web site of the Chilean Internal Revenue Service: www.sii.cl

2. Most Recent Tax Treaty Partners

During the last 10 years Chile has negotiated tax treaties with important commercial partners from South and North America, Europe, Asia and one Middle Eastern country. In some cases, tax treaty negotiations seem to be correlated with the conclusion of a Free Trade Agreement³. Also, it seems that partners from the APEC have had a special importance for tax treaty negotiations.

In particular, from the 1990s the stability and strength of the Chilean economy compared to other Latin American countries helped to increase commercial exchanges and fostered private investment flows from Chile to Equator and Peru, which gave Chilean authorities the incentive to conclude treaties with these South American countries. In addition, increasing investments coming from Brazil, Canada, Mexico, Norway and Spain helped to further conclusion of tax treaties with these other important commercial partners. Further, relevant commercial exchanges have been crucial to the conclusion of treaties with Croatia, South Korea, the United Kingdom and France. At present, negotiations are on course with the US, China and India.

Countries have been preferred as tax treaty partners based on the volume of commercial exchanges and the relevant flows of investment (inbound and outbound). Also, it seems that authorities take into consideration a balance between technical, diplomatic and political factors of integration⁴.

Until 1997 Chile had negotiated one income tax treaty with Argentina. A change in the tax treaty approach started when Chilean authorities left behind their stand-still position and began the negotiation of new tax treaties using the OECD Model as main instrument.

During the past 10 years some treaties have been renegotiated as a result of internal tax adjustments in the legislation of tax treaty partners and also in order to reinterpret the terms of some original tax treaty clauses. As a result of these renegotiations 2 relevant protocols have been signed with Argentina and Peru.

³ Chile has concluded bilateral trade agreements and regional trade agreements, i.e. with Australia, Canada, China, People's Republic of China, Costa Rica, India, South Korea, Panama, Japan, Mexico, Singapore, the United States, New Zealand, the European Free Trade Association, the EU and the Mercosur.

⁴ Internal Revenue Service Foreign Investors Portal: «In 1997, Chile began to negotiate bilateral double taxation agreements. Chile has negotiated agreements of this type with different countries, based on a number of previously established criteria: the existence of a free trade agreement, a substantial flow of capital and technological exchange to or from Chile, the attractiveness of an economy to both Chileans and foreigners for business development, and strategic interest in the region.»

In the case of Argentina a special protocol modified Article 19 of the Double Tax Avoidance Convention in order to clarify the interpretation with regards to taxation of quotas in partnerships or shares in the capital or patrimony of a company, which may be taxed only in the Contracting State where the quota-holder or shareholder is domiciled. The other elements of patrimony can be taxed in the Contracting State where the patrimony is located.

In the case of Peru, a special protocol modified the provisions contained in Articles 6 and 13 of the Income Tax Treaty with respect to the taxation of real estate profits or capital gains obtained from real estate located in the other Contracting State, which may be taxed in the other Contracting State.

No tax treaties have been terminated.

3. Personal Scope of Recently Concluded Tax Treaties

Tax treaties concluded by Chile within the last 10 years follow Article 1 of the OECD Model with no deviations.

With respect to Article 4 of the OECD Model tax treaties concluded by Chile present minor deviations. As regards paragraph 1, most tax treaties contain one or more of the connecting factors of domicile, residence or place of management. In some tax treaties the definition of the term “resident of a Contracting State” includes other additional criteria such as: a) citizenship, in the tax treaty with the United States; and b) the place of incorporation and/or the place of main or head office, in the tax treaty with South Korea. As regards paragraph 2, in most tax treaties the main tie-breaker rules of letters a) to d) are followed. An important deviation is found in paragraph 3, which in some tax treaties includes a mutual agreement between the competent authorities, as present for example in the treaty with New Zealand. In other tax treaties, for example in the case of Mexico and Canada, paragraph 3 restates the criteria for deeming the company resident only of the State of which it is a national. Further, in most tax treaties an additional clause provides that in absence of a mutual agreement by the competent authorities, the person shall not be entitled to claim any relief or exemption from tax provided by the tax convention. These rules, with similar variations, may be observed in the treaties in force with Poland, Spain, France, Norway, Australia and the United States.

A notable deviation is incorporated in the tax treaty in force with the United Kingdom, which in the absence of mutual agreement provides that the person shall not be entitled to the benefits of the treaty, with the ex-

ception of the rules regarding the tax treaty credit for the avoidance of double taxation. A variation to the aforementioned deviation is found in the tax treaties with South Korea, Australia and the United States, in which the rule applies with the exception of the non-discrimination and/or the mutual agreement procedure clauses. Also, another particular deviation is present in the tax treaty with Malaysia, according to which in case the contracting parties are not able to reach an agreement to settle the question of dual residence, each Contracting State may apply its domestic law.

Finally, a special mention deserves the rule contained in Article 4, present in some treaties signed with continental law countries, which applies to special investment vehicles, foreign investment funds and pension funds. By the same token, in the conventions with common law countries other special rules refer to entities such as trusts and fiscally transparent persons. Examples of these cases may be found in the tax treaties with France (continental) and New Zealand (common law) respectively.

At present, most tax treaties in force do not contain a Limitation on Benefit (LOB) clause. Nonetheless, recently concluded tax treaties with Australia, Colombia, New Zealand, Russia, and the United States contain a LOB clause. The normal type of LOB clause adopted in most of these treaties has followed the OECD Model Commentaries. Thus, a general subject-to-tax provision is adopted in a typical conduit situation. Also, in accordance with the OECD Model, these LOB clauses contain a general bona fide provision.

The recent tax treaty with the United States contains an extended LOB clause with specific conditions regarding: a) residents, defined as qualified persons in paragraph 2; b) items of income, defined as an active conduct of a trade or business in paragraph 3; c) an exception to the denial of benefits in non tax treaty shopping situations in paragraph 4; d) limits for the application of tax treaty benefits in permanent establishment (PE) triangular situations;

There is no clear fact or reason in order to explain the inclusion of these clauses in these particular tax treaties. It is also not clear on whose initiative these clauses have been included.

With respect to the personal scope, Chile has not systematically included a general anti-abuse provision in its recently concluded tax treaties. In some tax treaties a particular anti-abuse clause has been included to cover conduit situations with respect to Articles 10, 11, and 12. This clause is found for example in Article 24 of the tax treaty with Croatia or in the Protocol of the tax treaty with Switzerland. Other specific anti-abuse provisions are dealt in the respective analysis of the distribution rules 6 to 22 below.

4. Substantive Scope of Recently Concluded Tax Treaties

The tax treaties concluded by Chile within the last ten years follow Article 2 of the OECD Model. According to the 2008 OECD Model Update, Chile has reserved its position on the part of paragraph 1 which states that the Convention should apply to taxes of political subdivisions or local authorities.

Taxes covered in the tax treaties recently concluded by Chile are those that are regulated in the Chilean Income Tax Law. This law includes the personal and corporate income tax; the capital gain tax; the tax on gains from the alienation of movable (tangible and intangible) and immovable property; the tax on wages paid by enterprises; the exit tax on winding up of a business; and various categories of withholding taxes applicable on gains derived from activities performed or used in Chile and remitted abroad.

Inheritance and gift taxes are not included in the tax treaties concluded by Chile during the last 10 years. There are no separate tax treaties to cover these taxes. Other levies such as stamp tax and municipal tax are not included in recently concluded tax treaties; neither are they covered in separate or special tax conventions.

Chile has concluded special treaties on International Transportation with Colombia (air and marine), France (air), Germany (air and marine) Panama (air), Paraguay (air and terrestrial), Singapore (marine), Uruguay (air), USA (air) and Venezuela (air and marine). These treaties regulate income derived from transportation activity on a reciprocity basis.

5. Distributive Rules of Recently Concluded Tax Treaties

5.1. Deviation Typology

For the most part, the tax treaties negotiated by Chile follow the structure and content of the allocation rules contained in Articles 6 to 22 of the OECD Model. Notwithstanding this, multiple deviations may be observed with respect to the specific provisions that conform to the distributive rules, according to the following taxonomy:

- a) Some specific provisions are not incorporated into the tax treaty article, so that the allocation rule is not complete in comparison with the OECD Model.

- b) Some specific articles or provisions that have been deleted from the OECD Model are maintained in the tax treaty. In this category it is worth mentioning the several deviations in relation to the OECD Model deletion of Article 14 on independent personal services, which determines, among other things, special references in Articles 10,11,12,13 and 17 of the tax treaty.
- c) Some specific provisions have been amended, so that the tax treaty containing the allocation rule has made adjustments in comparison to the original OECD Model. In some cases, recent tax treaties have been negotiated following the amendments to the current version of the OECD Commentaries. However, in most cases it seems that the adjustments procure an enhancement to source taxation in a way that mirrors the UN Model.
- d) Some specific provisions have been added to the tax treaty in order to complement the original allocation rule in comparison with the OECD Model. Some interesting examples to be mentioned are the additional anti-abuse provisions contained in Articles 10, 11 and 12 of the tax treaty.
- e) Some specific provisions contained in the tax treaty follow the original OECD Model, but have been modified via changes found in the respective tax treaty protocol.
- f) Finally, some deviations may be correlated to the official position of Chile or the official position of the respective tax treaty partner as contained in the 2008 OECD Model Update.

Overall, most expansions or reductions in the tax treaty rules with respect to the OECD Model and UN Model presumably originate as a direct or indirect result of the Chilean IRS internal consultations. Particular deviations may be the result of the accumulated experience gained in each tax treaty negotiation, depending on the tax treaty partner.

5.2. Specific Analysis.

A thorough analysis of each distributive rule found in the Chilean tax treaties in comparison with the OECD Model and UN Model would fall outside of the scope of the present chapter. Notwithstanding this, an overview can be presented in order to analyze some of the striking deviations found

in the distributive rules contained in tax treaties negotiated by Chile in the last 10 years. The examples are not exhaustive and only intend to characterize some of the tax treaties in order to validate the presence of a specific deviation from the OECD Model or UN Model as benchmark normative provisions.

Article 6

The treatment of income from immovable property contained in Article 6, paragraphs 1, 2 and 3 of Chilean tax treaties almost consistently follows the OECD Model. A particular deviation is found in Article 6, paragraph 4, in which the provisions are made applicable to income from immovable property used for the performance of independent personal services. This deviation can be found for example in the tax treaties with Canada, Mexico, Brazil, South Korea and Croatia. A special deviation is found in paragraphs 2, 3, 4 and 5 of the tax treaty with Australia, which refers to the treatment of special types of income from immovable property; also the tax treaty extends the wording to clarify the situation of profits of immovable property which are attributable to a permanent establishment.

Article 7

The treatment of business profits contained in Article 7, paragraphs 1, 2 and 3 of Chilean tax treaties almost consistently follows the OECD Model. In some tax treaties specific modifications have been included in paragraph 3 imposing a limitation on the deductions incurred by way of royalties, commissions and interest, similar to the UN Model; this feature can be found for example in the tax treaties with Canada, Mexico and Poland. Some tax treaties contain paragraph 4, such as the tax treaties concluded with France, Ireland and Portugal; conversely, for example, in the tax treaties concluded with Brazil and Spain this clause is not present. In other cases, tax treaties contain a modified paragraph 4, such as the case of the tax treaty with Malaysia, in which the rule contemplates the possibility of application of internal law by the state in order to determine the tax liability of the permanent establishment by exercise of the discretion or the making of an estimation by the competent authority. In most treaties, paragraphs 5, 6 and 7 are present with no alterations. A remarkable deviation is found in the tax treaties with Australia and the United States containing a new distributive rule regarding premiums in respect of

insurance policies, in order to avoid generating a potential situation of double non taxation to the benefit of insurance companies as provided in previous tax treaties⁵. In addition, it must be noted that Chile has recently made various substantial reservations as contained in the 2008 OECD Model Update.

Article 8

The treatment of income from shipping, inland waterways transport, air transport contained in Article 8, paragraphs 1 and 2 of Chilean tax treaties contains modifications to the OECD Model. In paragraph 1 an important deviation does not include the place of effective management as the main criterion. Besides, as regards paragraph 2 some tax treaties contain a definition in order to include a wide array of principal and accessory profits arising from the operation of ships or aircraft. These modifications can be found for example in the tax treaties with Brazil, Spain, New Zealand and the United Kingdom. An exception is found in the tax treaty with South Korea, which contains no definition in paragraph 2. A special distributive rule, which allows the other Contracting State to tax under certain circumstances, is found in the tax treaties with Thailand and Australia. Chile has also presented observations to Article 8 according to the 2008 OECD Model Update.

Article 9

The treatment of associated enterprises contained in Article 9 of most Chilean tax treaties follows paragraphs 1 and 2 of the OECD Model without major modifications. Some deviations are found in cases where Article 9 does not contain paragraph 2, for example in the tax treaty with Brazil. In other cases, the convention contains an additional paragraph 3, to deny the application after the statute of limitations. Also, in some tax treaties some UN Model concepts are included in an additional paragraph 4, which denies the application in the case of fraud, wilful default or neglect. These features can be found in the tax treaties with Mexico and Canada.

⁵ IRS Letter Rulings. Reinsurance Oficio N° 1.745, de 19.05.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Técnica Tributaria; Reinsurance Oficio N° 1.746, de 20.05.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Normas Internacionales; Reinsurance Oficio N° 2.176, de 26.04.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Normas Internacionales; Capital Gain on State Bonus Oficio N° 660, de 08.04.2008 Subdirección Normativa Departamento de Normas Internacionales.

Article 10

The treatment of dividends contained in Article 10 of most Chilean tax treaties follows the OECD Model without substantial alterations. In some tax treaties some additional paragraphs have been added in order to conform to the income taxation system existing in Chile, as well as the necessary adjustments to the taxation system of the relevant treaty partner; for example, in the case of the tax treaties with France and Spain. These deviations are in line with the position of Chile to the 2008 OECD Model Update, where it has been stated that in view of its particular taxation system Chile retains its freedom of action with regard to the provisions in the convention relating to the rate and form of distribution of profits by permanent establishments and to the rate and form of distribution of profits by companies. In other tax treaties a new paragraph or sub-article has been added in order to regulate the application of a branch tax, such as in the case of Brazil or Canada. Finally, in some tax treaties a special anti-abuse clause has been incorporated in paragraph 6 or added as a special provision in the tax treaty protocol, in order to prevent the creation or assignment of the shares or other rights in respect of which a dividend is paid. This provision is contained for example in the tax treaties with Thailand, United Kingdom and Ireland and in the tax treaty protocol with Spain.

Article 11

The treatment of interest contained in Article 11 of most Chilean tax treaties follows the OECD Model without substantial deviations. In some tax treaties the distributive rule of paragraph 2 has been extended to include a cap in favor of different types of beneficial owner of the interest, such as in the tax treaties with France and the United Kingdom. In some cases an additional anti-abuse clause is incorporated in order to prevent tax treaty advantages derived from the creation or assignment of a debt-claim in respect of which the interest is paid. This provision is contained for example in the tax treaties with Mexico, Sweden and United Kingdom. Otherwise, a similar anti-abuse clause is contained in the tax treaty protocol, for example in the case of Spain. Also, some notable deviations are contained in the tax treaty with the United States with respect to new paragraphs incorporated and extended wordings for paragraphs 2 and paragraph 6. Chile has made some reservations to this paragraph in the 2008 OECD Model Update.

Article 12

The treatment of royalties contained in Article 12 of most Chilean tax treaties follows the OECD Model with some important deviations. Chile has made some reservations to this paragraph in the 2008 OECD Model Update.

As regards paragraph 1 two important modifications may be noted, namely: a) instead of referring to the OECD Model terminology “royalties beneficially owned by a resident”, tax treaties use the expression “royalties paid to a resident”; b) the distributive rule contains the terms “may be taxed”, following the UN Model, instead of the original OECD Model terms based on a “shall be taxed” allocation. These deviations are included for example in the tax treaties with Spain, the United Kingdom and Mexico.

As regards paragraph 2 most tax treaties contain an alternative provision that limits the rate of the withholding imposed on the gross amount of royalties paid to a beneficial owner resident in the other Contracting State. The wording of the provision refers in some treaties only to a maximum rate of withholding tax, like in the tax treaty with Canada and Brazil. In other cases, such as in the tax treaties with France, Sweden and United States, a distinction is made between two different rates applied to different types of activities, for example: (a) 5 or 2 per cent of the gross amount of the royalties for the use of, or the right to use, industrial, commercial or scientific equipment; (b) 15 or 10 per cent of the gross amount of the royalties in all other cases⁶.

With respect to paragraph 3 the definition of royalties in most tax treaties is given a similar scope as the original paragraph 2 of the OECD Model. A deviation example is found in the tax treaty with the United Kingdom which includes consideration for the use of, or the right to use computer software and cinematographic films. Another example of deviation is contained in the tax treaties with Brazil and Malaysia, which include concepts from the UN Model definition of royalties. Besides, several tax treaties concluded by Chile have specific interpretative rules for Article 12 contained in their respective tax treaty protocols. For example, in the tax treaty protocol with France a concept of know-how is clarified; in the tax treaty protocol with Brazil the concepts of technical services and technical assistances are included.

⁶ The rates negotiated for some categories of royalties have decreased uniformly as a consequence of the application of Most Favoured Nation (MFN) clauses in benefit of tax treaties negotiated with OECD Countries. The impact for the collection tax revenue has not been so far quantified by the Chilean Ministry of Finances.

With respect to paragraph 4 most Chilean tax treaties contain a clause similar to the original provision of paragraph 3 of the OECD Model. Further, most tax treaties, such as the tax treaty with Portugal, Croatia and New Zealand, contain the arm's length provision included in paragraph 4 of the OECD Model, in order to prevent the manipulation of royalty amounts to be paid between related parties. Some tax treaties, for example with Ireland and Malaysia, contain an additional anti-abuse provision in order to deny the benefits of the article in the case of creation or assignment of the rights in respect to which the royalties are paid. Otherwise, this same provision may be included in the tax treaty protocol, such as in the case of the tax treaty with Spain.

Article 13

The treatment of income from capital contained in Article 13 of most Chilean tax treaties follows the provisions contained in the OECD Model. Chile has made some reservations to this paragraph in the 2008 OECD Model Update.

Most tax treaties contain paragraph 1 referring to immovable property with no deviations. As regards paragraph 2 referring to movable property, some tax treaties include the gains from the alienation of movable property pertaining to a fixed base available to a resident of a contracting state in the other Contracting State for the purpose of performing independent personal services. This deviation can be observed in the tax treaties with Poland, Brazil, South Korea and Australia. With respect to paragraph 3, an important change in the rule is given by the use of the residence criteria, as determined in the OECD Commentary to paragraph 3, such as in the case of the tax treaties with Spain, the United Kingdom and Norway.

As regards paragraph 4, some tax treaties include certain conditions for the allocation rule depending on the level of participation in the capital of the company, the holding period and the volume of the gains. Additionally, tax treaties contain a cap to the amount of gain imposed by the other State. These deviations can be found in the tax conventions with the United Kingdom, United States and France and in the tax treaty protocol of Spain. Also, a particular rule for gains derived by a pension fund resident in a Contracting State from the alienation of shares or other rights representing the capital of a company that is a resident of the other Contracting State allocates taxation to the first-mentioned Contracting State; this rule is found for example in the tax treaties with the United Kingdom and Ireland.

With respect to paragraph 5, the OECD Model is mostly followed, for example in the tax treaties with Thailand and South Korea. In other tax treaties paragraph 5 is replaced by an all-inclusive final paragraph that allocates taxing rights to both States; this is the case for the tax treaties with Mexico and Brazil.

In some tax treaties, like in the case of the United Kingdom and Ireland, an additional paragraph 6 is added in connection with paragraph 5 to allow a Contracting State to levy a tax on gains from the alienation of any property derived by an individual who is a resident of the other Contracting State and who has been a resident of the first-mentioned State at any time during a fixed period of years immediately preceding the alienation of the property.

Finally, in the tax treaties negotiated with Australia and the United States a special closing clause is contained, which grants an option to the individuals who cease to be residents in one of the Contracting States.

Article 14

The treatment of income from independent personal services, which was deleted from the OECD Model and brought under the scope of Article 7, is correspondingly not contained in some Chilean tax treaties; for example, in the tax treaties with Ireland, Spain and the United Kingdom. Nonetheless, it is present in other tax treaties with features that are comparable to those previously existing in the 2000 OECD Model and currently contained in the UN Model.

As regards paragraph 1, letters a) and b) are included in some tax treaties with no modifications, for example, in the tax treaties with Croatia, Thailand and South Korea. A particular draft is included in the tax treaties with Canada and Mexico, in which paragraph 1 includes a provision with a cap of 10 per cent of the gross amount of the income. The tax treaty with Brazil includes a letter c) referring to the concept of habitual use of the fixed base for the rendering of services or activities. With respect to paragraph 2 it is included in tax treaties without fundamental modifications to the features contained in the OECD and UN Model as mentioned above.

Finally, special mention goes to the deviation example found in the tax treaty with Malaysia, in which Article 14 contains a particular provision on fees for technical services. This provision is further expanded in the respective tax treaty protocol to include consultancy services.

Article 15

The treatment of income from employment contained in Article 15 of most Chilean tax treaties follows the provisions contained in the OECD Model. With respect to paragraph 1 and 2, letters a), b), c) most Chilean tax treaties follow the OECD Model principles reflected in the OECD Model Commentary. In some tax treaties letter c) contains an adjustment in order to include the concept of permanent establishment and fixed base. This deviation is present in the tax treaties with Croatia, Canada, Brazil and Mexico. In paragraph 3 an important deviation is found in tax treaties that do not consider the place of effective management for the distribution rule, but take the alternative provision contained in the OECD Model Commentary that gives the right to tax the remunerations to the State of the enterprise. For example, while in the tax treaty with Thailand paragraph 3 contains an attribution under the OECD Model following the “shall be taxed” distributive rule; in the tax treaty with Malaysia a UN Model “may be taxed” attribution rule has been adopted. In both cases, the original OECD Model criterion of place of effective management of the enterprise is not adhered. Finally, another deviation example is found in the tax treaty with Australia where special paragraphs are added to clarify the taxable rights attributable to fringe benefits.

Article 16

The treatment of directors’ fees contained in Article 16 of most Chilean tax treaties follows the provisions contained in the OECD Model. In some tax treaties, for example with Poland and Ireland, a wider definition is contained to include a similar organ or body for the management of the company where directors’ fees are obtained. This option is in line with the OECD Commentary.

Article 17

The treatment of income from artistes and sportsmen contained in Article 17 of most Chilean tax treaties follows the clauses contained in the OECD Model. In most tax treaties paragraph 1 and 2 are present with minor modifications, for example, in the treaties with France and the United Kingdom. In some tax treaties, paragraph 1 contains a second sentence, for example in the case of Sweden, New Zealand and Thailand. In case of the tax treaty

with USA paragraph 1 contains a special distributive rule with an exception to the taxation at source depending on minimum income amount.

Other deviations are present such as in the case of the tax treaties with Canada and Switzerland in which paragraph 3 contains an exclusion to paragraph 2 to be applied in cases where the gains or profits are not directly or indirectly attributable to the sportsman or entertainer. This is in line with the reservations made by these countries to the OECD Commentary.

Article 18

The treatment of pensions contained in Article 18 of Chilean tax treaties shows deviations with respect to the OECD. As regards paragraph 1, in some cases the provision follows the “shall be taxed” distribution rule contained in the OECD Model based on residence taxation, for example in the tax treaty with New Zealand and Australia. In other cases the rule follows the “shall be taxed” distribution rule based on source taxation, such as in the tax treaty with South Korea; or the tax treaty with Sweden, according to its reservation found in the OECD Commentary. In other cases, paragraph 1 contains the UN Model alternative clause with a “may be taxed” distribution rule, such as in the tax treaty with France. In some tax treaties the “may be taxed” distribution rule is complemented with a tax rate cap, for example in the case of Ireland, Malaysia and the United States, calculated upon the gross amount of the pension. In some other tax treaties the article contains a complex provision in order to balance the rules applicable to pensions paid in respect of private employment under a private pension scheme and pensions paid under a public pension scheme or social security system; for example, in the case of tax treaties with the United Kingdom and Ireland, respectively.

Paragraph 2 it is not found in some tax treaties, for example in the treaty with South Korea. In some tax treaties paragraph 2 refers to public pension funds following the UN Model, for example in the tax treaty with Malaysia. In other tax treaties paragraph 2 contains an additional distribution rule based on residence taxation for alimony and maintenance payments, such as in the tax treaty with Croatia. As a special tax treatment agreed with Poland, alimony and maintenance payments are exempt from tax in both countries. In some tax treaties alimony payments are contained in an additional paragraph 3 with a distribution rule based on residence taxation, such as in the tax treaty with Canada. In the tax treaty with the

United States special attribution rules are established in paragraph 2 to paragraph 6 with respect to pension, social security, alimony and child support. In most cases tax treaties contain special definitions or interpretative rules in their respective tax treaty protocols.

Article 19

The treatment of government service contained in Article 19 of most Chilean tax treaties includes one major deviation with respect to the structure of the OECD Model. Tax treaties do not contain paragraph 2, maintaining paragraphs 1 and 3 in the original wording.

Article 20

The treatment of income from students contained in Article 20 of most Chilean tax treaties does not include major deviations from the OECD Model “shall not be taxed in that State attribution rule. As particular example of a deviation, the tax treaty with the United States applies a time threshold to an apprentice or business trainee. Also, the tax treaty with New Zealand reserves the right but limited to students, as expressed in its reservation contained in the OECD Commentary. Further, as an example of a deviation one can mention that an additional second paragraph with a non-discrimination rule is included in the tax treaty with Brazil.

Article 21

The treatment of other income contained in Article 21 of most Chilean tax treaties contains deviations with respect to the wording used in the OECD Model. Chile has made one reservation to this article in the 2008 OECD Model Update in order to maintain the right to tax income arising from sources in its own country.

As regards paragraph 1, most tax treaties maintain the attribution rule: “shall be taxable only in the resident State”. In the case of the tax treaty with New Zealand a distributive rule applicable to the residence and to the source state is contained. In other tax treaties such as Croatia and Portugal, paragraph 1 contains only one rule that applies in similar terms as the OECD Model. With respect to paragraph 2, the rule is found in some tax treaties with no substantial modification, such as in the tax treaties with Spain and Malaysia. The treaty with Canada contains a special rule for trusts, contained in paragraph 2.

In some tax treaties an additional paragraph 3 includes the right of the source state to tax other income that arises in the source state, such as in the case of Spain, Thailand and Australia. In the case of the respective Article 21 included in the tax treaty with the United Kingdom an additional anti-abuse clause has been incorporated. Finally, in the treaty with Switzerland Article 21 is not included.

Article 22

The treatment of taxation of capital included in Article 22 of Chilean tax treaties contains some deviations with respect to the wording used in the OECD Model. First, in many treaties the article is not found; for example, in case of the tax treaties with Croatia, Brazil, Ireland, Malaysia, New Zealand, Portugal, United Kingdom and the United States. Second, in most tax treaties, paragraph 1 does not refer to Article 6, like in the treaties with Poland, Spain and France. In other tax treaties paragraph 2 is modified to include movable property pertaining to a fixed base present in the other State. Third, in some treaties paragraph 3 does not refer to the criteria of the place of effective management, which is changed in favour of the criteria of residence, such as in the treaties with Poland, Spain, France and Australia. In some treaties neither paragraph 3 nor paragraph 4 are present, such as in the treaty with Mexico. Finally, tax treaties contain provisions in line with country reservations, such as in the case of New Zealand, Portugal and Sweden.

6. Methods to Avoid Double Taxation in Recently Concluded Tax Treaties

In its recently concluded tax treaties Chile uses the tax credit method to avoid double taxation. The underlying reason seems to be that by using this method the country would ensure a tax neutrality for inbound and outbound transactions. Foreign investors also benefit in Chile from a comparatively low internal corporate tax rate. The only tax treaty that contains an exemption method is the one in force with Argentina.

Chilean tax treaties do not distinguish between different types of income in the application of different methods to avoid double taxation.

Further, reciprocity does not play a role in the sense of modifying the credit method applicable to residents when the other Contracting State applies a different method to their own residents.

The wording of the article about methods to avoid double taxation included in Chilean tax treaties contains some differences from the OECD Model. These deviations reflect the peculiarities of the tax treaty credit applicable in Chile according to the income tax law. Nevertheless, the principal features of the OECD Model Convention are present in Chilean tax treaties.

Chile does not apply the credit method established in its tax treaties directly. There are domestic rules in order to effectively incorporate the tax treaty credit method based on the OECD Model. The tax treaty credit method must be integrated to the Chilean Income Tax Law, which in its turn contains a first-tier corporate tax, which is imputable as a credit against a second-tier tax applied on dividend or profits distributed or remitted to domiciled and non-resident owners. The domestic rules are established in Article 41 C of the Chilean Income Tax Law. These rules refer to the qualitative and quantitative conditions required by the tax treaty credit in order to recognize the creditable taxes paid abroad for Chilean income tax purposes.

In broad terms, the rules establish that domiciled or resident persons who obtain profits subject to income tax in Chile, derived from countries with which Chile has concluded a tax treaty, are granted a credit for the taxes included in the tax treaties and paid abroad. The credit recognized is the lesser amount between taxes effectively paid abroad; or 30 per cent of an amount that, after subtracting the same 30 per cent, is equivalent to the net amount received. The Chilean Income Tax Law also provides unilateral domestic rules to grant a tax credit for the taxes paid abroad in countries that have not concluded a tax treaty with Chile.

7. Non-Discrimination Articles in Recently Concluded Tax treaties

The treatment of the non-discrimination clause provided in the OECD Model is used in Chilean tax treaties with some modifications.

First, deviations derive from the position taken by the authorities contained in the 2008 OECD Model Update. Accordingly, the second sentence of paragraph 1 of the OECD Model is not found in some Chilean tax treaties. In addition, most Chilean treaties do not contain paragraph 2 of the OECD

Model. Further, the Chilean authorities have reserved the right to restrict the scope of the article to the taxes covered by the convention. Second, a brief account of the tax treaties in force results in some deviations with respect to the wording used in the OECD non-discrimination clauses included in the conventions of Chile. In particular in some treaties paragraph 3 is split into 2 different paragraphs, for example in the United Kingdom and Ireland tax treaties. In other tax treaties paragraph 4 is not included, for example in case of the tax treaty with Canada or New Zealand. Finally, a special non discrimination carve out clause is contained in the tax treaty with Australia with respect to tax avoidance, tax incentives and other agreed cases.

No recent case law can be reported.

8. Exchange of Information and Mutual Assistance in Collection of Taxes

Chilean tax treaties contain similar provisions on exchange of information as the ones provided in the OECD Model. In particular, several tax treaties include paragraphs 1, 2 and 3 with a similar text as provided by the OECD until its 2003 Model version. In addition, some treaties concluded after 2003 include paragraphs 4 and 5, as found in the OECD 2005 Model version or with some particular deviations. In some tax treaties an additional clause is contained which refers to the provision of specific information, such as depositions of witnesses and copies of documents including books, papers, statements, records, accounts and writings that must be provided to the same extent that such information can be obtained under the laws and administrative practice of the other State, such as in the tax treaties with Canada and the United Kingdom. A very special case is the treaty with Switzerland in which paragraph 5 contains a special qualification applicable to the case of tax fraud, which is further clarified in the respective Protocol.

In its 2008 OECD Model Update the authorities have clarified that Chile may generally supply information held by banks and other financial institutions, but reserves the right not to supply certain information, such as regarding transfer of funds, transactions carried out on checking accounts and account balances under the conditions of confidentiality provided in Chilean law.

The article concerning mutual assistance in the collection of taxes has not been included in Chilean tax treaties. A mention of mutual assistance in the collection of taxes exists in the protocol to the tax treaty with Colombia.

9. Mutual Agreement Procedures

Some Chilean tax treaties contain Article 25 of the OECD Model including paragraphs 1 to 4. In particular, while paragraph 1 is used with no deviations; paragraph 2 is used without the inclusion of the second sentence. This is in accordance with the reservation made by Chile to the 2008 OECD Model Update, considering that the implementation of reliefs and refunds following a mutual agreement ought to remain linked to time-limits prescribed by its domestic laws.

Some Chilean tax treaties contain a special arbitration clause in the case of difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the treaty. According to the arbitration clauses found for example in the tax treaties with Poland, Mexico and Canada, the procedures must be agreed and established between the Contracting States.

There is no case law on Mutual Agreements.

10. Conclusions

Following the initial stand-still position taken by the Chilean tax authorities after the conclusion of the tax treaty with Argentina based on the Andean Pact Model, a period of cascading negotiation of tax treaties, based on the OECD Model, has succeeded. This approach is based on the powerful idea of integrating Chile with the rest of the world and upgrading its fiscal policies in a way that the result is legally and economically comparable to other member countries of the OECD, where Chile aspires to be included as official member by 2010.

The stability of the Chilean political system, together with sound economic measures, has created the possibility of entering into and concluding negotiations with most of its relevant commercial partners, which has led to the enforcement of an unprecedented quantity of tax treaties in a relative brief period of time. Nonetheless, this recent position has been furthered without a formal discussion among Chilean lawyers, economists, accountants and scholars considering a balance between the positive and negative consequences entailed. Despite the fact that in the short term the direction adopted may be considered strategically positive in the context of Latin America, the pursuit of an aggressive tax treaty policy ought to be followed by a more transparent

assessment and discussion in terms of the legal, economic and social impact in the long term. This is noticeable in the fact that from the examination of the multiple deviations found in the tax treaties, in comparison with the OECD Model and the UN Model, it results difficult to conclude a clear underlying international tax treaty policy rationale. This is all the more so, considering that well-settled national tax targets, reinforced with quantitative and qualitative international tax treaty targets, may have better effects, if effectively translated through well-structured fiscal instruments to foster developing countries.

On the one hand, in order to achieve clauses that secure tax revenue for the Chilean treasury, simultaneous negotiations with various jurisdictions, for example, in the taxation of royalties, interest and dividends, must be analyzed from the perspective of a country that needs a fine tax-tuning to balance the intensity of non-tax treaty versus tax treaty withholdings, as core tax incentive instruments to increase international financing targeted to investments in Science & Technology together with qualified Human Resources.

On the other hand, special attention should be directed to provisions included in tax treaties which may produce impacts in the collection of tax revenue with counter effects for the fiscal budget. Some examples pointed in international literature are: a) the use of MFN clauses⁷; and b) the use of restrictive provisions that affect the scope of application and/or diminish the tax rates applicable of royalties, interest and dividends⁸. Also, the lack of a discussion in order to incorporate systematic provisions in tax treaties, such as: c) a tax sparring clause⁹; d) a double non-taxation proviso; e)

⁷ A. BAISTROCCHI, EDUARDO, *The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications* (September 24, 2008). *British Tax Review*, No. 4, 2008, p. 359: «Three major assumptions are made in this article: (1) developing countries are habitually engaged in international tax competition within a compatible standard (rather than between incompatible standards). The current compatible standard is the OECD model, which channels international tax competition into areas that are not regulated by the OECD model, such as the inclusion of clauses like most-favored nation in asymmetric tax treaties³⁵;»

⁸ As a consequence of MFN clauses incorporated in double tax treaties many concessions on withholding tax rates have to be offered to other countries. As an importer of capital specially from OECD member countries Chile tends to be more reliant on withholding taxes. Thus, a material reduction on withholding tax rates applicable i.e. to royalties and interests, has a broader fiscal impact that needs to be diligently assessed. At present, no economic studies have been published in order to compare the fiscal effect ex ante and ex post in terms of tax revenue variation caused by the negotiation of double tax treaties and the later adjustment of tax treaty withholding rates, as consequence of the enforcement of MFN clauses. See Chilean IRS Instructions: Circular N°08, January 26, 2005; Circular N°33, June 30, 2005; Circular N°62, November 24, 2005.

⁹ C. AZEMAR, R. DESBORDES, J. L. MUCCHIELLI, *Do tax sparing agreements contribute to the attraction of FDI in developing countries?* Springer, 2006, Online. The article shows evidence that

an appropriate reservation for situations in which the application of a tax treaty provision may lead to non-taxation of income arising from sources in the country¹⁰; and f) the lack of a systematic normative methodology in order to prevent treaty shopping and the use of conduit arrangements¹¹.

a tax sparing provision influences positively the location of FDI.

¹⁰ IRS Letter Rulings. Reinsurance Oficio N° 1.745, de 19.05.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Técnica Tributaria; Reinsurance Oficio N° 1.746, de 20.05.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Normas Internacionales; Reinsurance Oficio N° 2.176, de 26.04.2009, Subdirección Normativa, Dpto. de Normas Internacionales; Capital Gain on State Bonus Oficio N° 660, de 08.04.2008 Subdirección Normativa Departamento de Normas Internacionales. The IRS should conduct economic studies in order to compare the fiscal effect in terms of variation of tax revenue arising from application of tax treaty withholding taxes with OECD countries.

¹¹ IRS Instructions N 57, 16 October 2009, Beneficiary Owner and Anti-abuse Provisions contained in Double Tax Conventions have been classified under the beneficiary owner and exclusion of benefits clauses which are scattered in Chilean Double Tax Conventions. See Table

Tax Treaty	Anti-Abuse Provision
Brasil	Art. 11(8) Interests and Art. 12(7) Royalties.
Canada	Art. 11(7) Interests y Art. 12(7) Royalties.
South Corea	Art. 11(7) Interests y Art. 12(7) Royalties.
Croacia	Art. 24 (5) Mutual Agreement Procedure applicable to Articles 10 (Dividends), 11 (Interests) and 12 (Royalties).
Denmark	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests y 12(7) Royalties.
Equator	Art. 11(7) Interests and 12(7) Royalties.
Spain	Protocol IX applicable to Artículos 10 (Dividends), 11 (Interests) and 12 (Regalías).
France	Art. 27(6) Provision applicable to Article 10 (Dividendos), 11 (Interests), 12 (Regalías) y 20 (Otras Rentas).
Irland	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests and 12(7) Royalties.
Malasya	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests and 12(7) Royalties.
México	Art. 11(7) Interests and Art. 12(7) Royalties.
Norway	Art. 11(7) Interests and Art. 12(7) Royalties.
New Zeland	Artículo 22(2) Limitation on Benefits applicable to Artículos (Dividends), 11 (Interests) y 12 (Royalties).
Paraguay	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests y 12(7) Royalties.
Peru	Art. 11(7) Interests y 12(7) Royalties.
Poland	Art. 11(7) Interests y 12(7) Royalties
Portugal	Protocol 6 applicable to Article 10 Dividends, 11 Interests y 12 Royalties
United Kingdom	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests y 12(7) Royalties.
Sweden	Art. 10(6) Dividends, 11(7) Interests y 12(7) Royalties.

All of the aforementioned tax treaty aspects may have a considerable negative impact on Chilean tax revenue. Hence, treaty negotiation policies and precise double taxation instruments should be discussed having a good knowledge of the particularities of the Chilean tax legal system, given the relatively small volume of the economy, compared to the OECD countries and the relevant investment and commercial interchanges covered by the tax treaties¹².

Additional thought should be given with respect to the economic importance of certain regions, sector or activities that need to be either protected by or fostered through fiscal incentive measures, in coordination with tax treaty provisions that are in harmony with the structure of the Chilean tax system. For example, tax treaty policy considerations should focus on the scope of the international tax treaty provisions contained in Article 5 of the OECD and UN Models with respect to the concept of permanent establishment, which could be used with an incentive approach, in coordination with preexistent or subsequent fiscal incentive provisions that are knowingly adequate to the structure of the Chilean tax system; for example: a) direct or indirect fiscal incentives; b) vertical or horizontal fiscal incentives; c) regional, sector or activity fiscal incentives.

Besides, due to the fact that Chile is a country constantly being hit by natural disasters, a thorough analysis of fiscal policy targets at a macroeconomic level, should include a quantitative assessment of the revenue effects produced by former clauses negotiated and future clauses to be incorporated in tax treaties, in order to better secure and collect taxes for public spending in construction and reconstruction programs after catastrophic events¹³.

In the future, an interesting trend existent in other Latin American countries to be explored in Chile could entail the discussion of a Chilean Tax Treaty Model. This legal framework should establish a permanent normative structure for the strategic direction of the international tax treaty policy sound with national tax targets. At the same time, such a Model could allow

¹² T. RIXEN, *The institutional Design of international double Taxation Avoidance*, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), 2008, MPRA Paper No. 8322, p. 16. Online at <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/8322>: The author explains graphically the bargain space in a conflict situation between asymmetric countries, with net capital exporters in favor of low and net capital importers in favor of high source taxes; the outcome of which should be higher source taxes than in the case of symmetric countries.

¹³ Early estimates indicate that the damages caused by the 27.2.10 Earthquake and Tsunami in Chile could cost Chile about US\$30 billion, the equivalent of 15% of its GDP.

a better comparison with respect to the legal, economic and welfare impact derived from the use of certain features contained in the OECD Model versus the provisions of the UN Model and the clauses currently in force in the tax treaties, in order to maximize the resources of Chile.

La rete dei trattati fiscali stipulati dal Cile (abstract*)

Cristián Gárate

* A cura della Redazione.

L'Autore analizza le convenzioni contro le doppie imposizioni cilene analizzandone le differenze con il modello OCSE¹.

Come evidenziato dalla tabella, il Cile ha negoziato e ratificato 20 trattati, 4 sono stati firmati e altri 15 sono in fase di negoziazione.

Tabella

In vigore	Firmati	In negoziazione
Argentina	Belgio	Austria
Brasile	Colombia	Cina
Sud Corea	Russia	Cuba
Croazia	Tailandia	Finlandia
Danimarca	Svizzera	Olanda
Ecuador	Sud Africa	Ungheria
Spagna	Australia	India
Francia	Stati Uniti	Italia
Irlanda		Kuwait
Malaysia		Repubblica Ceca
Messico		Uruguay
Norvegia		Venezuela
Nuova Zelanda		
Paraguay		
Peru		
Polonia		
Portogallo		
Regno Unito		
Svezia		

¹ Il primo trattato negoziato e ratificato dal Cile con l'Argentina, entrato in vigore il 7 marzo 1986, fu negoziato seguendo l'*Andean Pact Model*. Dal 1998 le Autorità cilene seguirono il modello OCSE.

Durante gli ultimi 10 anni il Cile ha negoziato trattati con i partner commerciali più importanti, specialmente in coincidenza con la conclusione di un Accordo di libero scambio².

Fino al 1997 il Cile aveva negoziato un solo trattato sulla doppia imposizione con l'Argentina. Un cambiamento di approccio si è avuto con l'adozione del modello OCSE. Nel corso di questi dieci anni sono stati anche emendati i trattati con Argentina e Perù.

I trattati firmati dal Cile negli ultimi 10 anni adottano l'Articolo 1 del Modello OCSE. In alcuni trattati la definizione del termine *resident of a Contracting State* include altri criteri aggiuntivi come: a) *citizenship* – trattato con gli Stati Uniti; e b) *the place of incorporation and/or the place of main or head office*, - trattato con la Corea del Sud. Attualmente la maggior parte dei trattati non contengono una *LoB clause*. Il recente trattato con gli Stati Uniti contiene una estesa *LoB clause* con specifiche condizioni. Il Cile non ha incluso sistematicamente una disposizione anti abuso generale.

Le imposte considerate sono le stesse del Modello OCSE. Le imposte sulle successioni e le donazioni non sono incluse nei trattati contro la doppia imposizione conclusi dal Cile negli ultimi dieci anni.

Per la maggior parte, i trattati conclusi dal Cile seguono la struttura e il contenuto delle regole di distribuzione contenute negli articoli dal 6 al 22 del Modello OCSE. Ciononostante ricorrono alcune differenze analizzate articolo per articolo dall'Autore. Si segnalano di seguito alcune della particolarità più rilevanti:

Articolo 6: disposizioni applicabili ai redditi dei beni immobili utilizzati per l'esercizio di una professione indipendente differenti dal Modello OCSE;

Articolo 7: in alcuni trattati fiscali specifiche modifiche sono state inserite nel paragrafo 3, che impone una limitazione alla deduzione delle spese sostenute a titolo di *royalties*, commissioni e interessi, simile al modello delle Nazioni Unite. Inoltre, si deve rilevare che il Cile ha recentemente poste diverse riserve al modello OCSE 2008;

Articolo 8: Il trattamento dei redditi dei trasporti marittimi, navigazione interna, il trasporto aereo di cui all'articolo 8, commi 1 e 2 dei trattati fiscali cileni contiene modifiche al Modello OCSE. Inoltre, Il Cile ha presentato osservazioni alla all'articolo 8, secondo il modello OCSE 2008 *Update*;

² Il Cile ha concluso accordi commerciali bilaterali e regionali con Australia, Canada, Cina, Taiwan, Costa Rica, India, Corea del sud, Panama, Giappone, Messico, Singapore, Stati Uniti, Nuova Zelanda, Comunità Economica Europea e Mercosur.

Articolo 9: Il trattamento riservato alle imprese associate di cui all'articolo 9 della maggior parte dei trattati fiscali cileni adotta i paragrafi 1 e 2 del modello OCSE senza grandi modifiche;

Articolo 10: In alcuni trattati, come quello con il Brasile o il Canada, è stata prevista una *branch tax*;

Articolo 11: Il trattamento degli interessi segue l'articolo 11 del Modello OCSE senza sostanziali alterazioni;

Articolo 12: Alcune importanti riserve sono state poste dal Cile all'articolo 12 nel *2008 OECD Model Update*.

Per quanto concerne il paragrafo 1:

- a) invece della terminologia OCSE "*royalties beneficially owned by a resident*", i trattati cileni utilizzano la dizione "*royalties paid to a resident*";
- b) la norma distributiva utilizza il termine, proprio del modello UN, "*may be taxed*", piuttosto che l'espressione OCSE "*shall be taxed*".

Per quanto concerne il paragrafo 2, le aliquote applicate alle ritenute variano a seconda della tipologia di canoni pagati.

Alcune definizioni più specifiche del concetto di *royalties* o di alcune tipologie di canoni sono contenute in taluni trattati (per esempio Regno Unito) e in alcuni protocolli (per esempio Francia);

Articolo 13: il Cile ha posto alcune riserve al *2008 OECD Model Update*. Alcune differenze da rimarcare sono: l'utilizzo del criterio della residenza nel caso del paragrafo 3 (Polonia, Brasile, Australia per esempio), di regole distributive basate sul livello di partecipazione nel capitale della società, il periodo di detenzione, il volume degli utili nel paragrafo 4 o l'individuazione di un tetto agli utili imponibili dall'altro Stato (per esempio Regno Unito, Stati Uniti, Francia), norme particolari per gli utili dei fondi pensione (per esempio Irlanda).

Quanto al paragrafo 5, in alcuni trattati la disposizione del modello OCSE è sostituita interamente da un paragrafo *all-inclusive* che assegna ad entrambi gli Stati il diritto di imposizione (per esempio Messico e Brasile);

Articolo 14: l'articolo, cancellato dal modello OCSE, non è contenuto in una buona parte dei trattati cileni (vedi Irlanda, Spagna, Regno Unito);

Articolo 15: in alcuni trattati la lettera c) contiene una modifica al fine di includere il concetto di stabile organizzazione e basa fissa (Croazia, Canada, Brasile, Messico). Nel paragrafo 3 in alcuni trattati non è preso in considerazione il concetto di *place of effective management* quale norma distributiva ma la disposizione alternativa prevista nel Commentario che attribuisce il diritto di imposizione allo Stato di residenza dell'impresa;

Articolo 16: in alcuni trattati è inclusa una definizione più ampia di *directors' fees* in linea con il Commentario OCSE;

Articolo 17: sono presenti degli scostamenti dal Modello OCSE dovute all'accettazione di riserve espresse dall'altra parte contraente;

Articolo 18: sulle pensioni sono presenti nei vari trattati differenti espressioni da "*shall be taxed*" basata sul criterio OCSE della residenza, "*shall be taxed*", basata sul criterio della fonte come nel caso del trattato con la Svezia secondo la sua riserva al commentario, "*may be taxed*" UN Model;

Articolo 19: I trattati cileni non includono il paragrafo 2 del Modello OCSE;

Articolo 20: non ci sono grandi differenze rispetto al Modello OCSE;

Articolo 21: il Cile ha posto una riserva nel 2008 *OECD Model Update* al fine di mantenere il diritto di imporre il reddito prodotto nei suoi confini;

Articolo 22: in molti trattati non è presente (Croazia, Brasile, Irlanda, Malaysia, Nuova Zelanda, Portogallo, Regno Unito, Stati Uniti), in altri non fa riferimento al criterio del *place of effective management* a favore del criterio della residenza (Polonia, Spagna, Francia, Australia).

Nei trattati conclusi recentemente il Cile utilizza il metodo del credito d'imposta per eliminare la doppia imposizione. L'unico trattato che contiene un metodo di esenzione è quello in vigore con l'Argentina.

I trattati cileni non distinguono le differenti tipologie di reddito ai fini dell'applicazione del metodo per evitare la doppia imposizione. Il testo dell'articolo sui metodi per evitare la doppia imposizione incluso in tali trattati contiene alcune differenze rispetto al Modello OCSE che riflettono le peculiarità del credito d'imposta previsto dal diritto tributario cileno. Il Cile non applica il credito d'imposta stabilito nei trattati direttamente. Ci sono norme domestiche che recepiscono il credito d'imposta sancito dai trattati basati sul modello OCSE. Sono previste anche norme domestiche unilaterali per concedere crediti per le imposte assolute all'estero in Paesi con cui non è stato concluso un trattato.

Alcune modifiche sono previste anche al concetto di non discriminazione.

Rispetto alla mutua assistenza, nell'*update* 2008 il Cile ha chiarito che può in generale fornire informazioni detenute da banche e altri istituti finanziari, ma si riserva il diritto di non fornire determinate informazioni, come ad esempio in materia di trasferimento di fondi, le operazioni effettuate su conti correnti e sui saldi dei conti secondo le norme di riservatezza previste dalla legge cilena. L'articolo concernente l'assistenza reciproca nella riscossione delle imposte non è stato incluso nelle convenzioni fiscali cilene.

Conclusioni

L'analisi proposta dall'Autore mostra come il Cile stia cercando di conciliare la propria politica fiscale con quella proposta dall'OCSE, cui aspira a far parte dal 2010.

Tuttavia la comparazione delle disposizioni dei trattati con il Modello OCSE e il modello UN mostra come sia difficile parlare di una chiara strategia politica sottostante i trattati internazionali conclusi in materia fiscale. Le politiche di negoziazione del trattato e gli strumenti per superare la doppia imposizione dovrebbero essere discussi avendo ben chiare le peculiarità del sistema tributario cileno, dato il volume ridotto degli scambi commerciali e della tipologia degli stessi rispetto ai Paesi OCSE.

**International Tax Competition.
Trends and solutions from an Italian-German
perspective.
Some reflections on the outcomes of the
Joint Seminar organized by the Bank of Italy
in cooperation with the Freie Universität of
Freiburg, Villa Hüffer – Banca d'Italia
Rome, October 9th 2009**

Andrea Catasti*

* Edited in English by the Author

CONTENTS: 1. Methods followed by Italy and Germany to comply with IAS/IFRS; 1.1. Introduction: IFRS principles in general; 1.2. IAS/IFRS: the Italian experience; 1.3. IAS/IFRS: the German experience; 1.4. IAS/IFRS and international tax competition; 2. Measures taken by the Italian and German governments to cope with international tax competition; 2.1. Introduction: features of international tax competition between countries and possible remedies; 2.2. What Germany and Italy did to cope with international tax competition in general; 2.3. Interest-barrier rule in Italy and Germany: a comparison; 2.4. The CFC rule in Italy and Germany: a comparison; 3. The tax treatment of financial household income in Italy and Germany; 3.1. The Italian pattern; 3.2. The German pattern; 4. Tax obstacles for the European cross-boarder groups and the EU Commission's initiatives; 4.1. The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB); 4.2. Open issues on CCTB

1. Methods followed by Italy and Germany to comply with principles IAS/IFRS

1.1 Introduction: IFRS principles in general

The first issue of the day to be examined was the way the legislations of two prominent European countries - Italy and Germany - have been dealing with the EC Regulation n. 1606/2002¹, which requires companies listed in European markets to adopt international accounting and financial reporting standards (IFRS/IAS) for the preparation of their consolidated financial statements as of January 1, 2005.

Outright adoption or convergence with IFRS (International Financial Reported Standards, formerly known as International Accounting Standards – IAS) is nowadays a global phenomenon that is rapidly gaining pace. The EU, along with many other countries all over the world, are gradually converging towards an internationally harmonized accounting.

The IAS/IFRS consist of a set of international accounting principles, the adoption of which aims at establishing clear rules within the EU to draw up comparable and transparent annual reports and financial statements.

1.2. IAS/IFRS: the Italian experience

The introduction of IAS/IFRS within the Italian legal system implied a gradual process of change with regards to the net income determination process.

Indeed, at the beginning of the present decade (2000), Italy's legislation featured a link between tax and accounting provisions, most importantly with regards to deductible expenses, which can actually only be deducted if they were accounted for in the profits & loss account.

¹ This Regulation (integrated and modified by, ex multis, EC Regulations n. 1725/2003, n. 1126/2008 and n.1165/2009) has been followed by the 2003/51/EC Directive of the EU Parliament and Council, aimed at modifying previous Directives on accountancy matters, harmonizing accounting principles which apply to legal entities not subject to the Reg. 1606/2002 and making IAS/IFRS principles optionally applicable to enterprises that keep on following the previous Accounting Directives rules.

Hence, this regime showed how the truthfulness of the financial statements in corporate budgets was particularly affected, whereas tax deductions were allowed only if in compliance with accounting law – (Civil Code, par. 2425, 2426) (the so-called “reversed dependency”)².

However, in 2004, the Italian legislator “broke” this improper link through the corporation law reform³, which provided for the possibility to deduct expenses by reporting them in the *profits&loss account* as well as in the income tax return, thus eliminating tax interferences in financial statements.

Although this regime greatly improved the transparency of financial statements, it nevertheless led to an increase in compliance cost for taxpayers – forced to adopt a “double-deck” accounting - . Basically, this was implied by the Legislative Decree no. 344/2003 – Tax system Reform –, modified the Italian Income Tax Act (D.P.R 917/86, I.T.A.) by introducing the art. 109, par. 4, lett. b) and provided for the possibility of tax-relevant negative components to be deductible without being registered in the *profit&loss account*.

This still scarcely effective regime for the determination of the business tax income brought about the introduction in Italy of IFRS principles in 2005 (Decree February 28th no. 38)⁴ .

By introducing the IFRS in the internal legal system, Italy’ legislator implemented no. 1602/2002EC and 1725/2003EC Regulations which aimed at harmonizing accounting principles among the Member States and allowed the Member States to either authorize or oblige national and resident companies to adopt and comply with those principles.

Moreover, by implementing the above-mentioned Regulation, Italy chose to make the IFRS applicable to every listed corporation’s account, regardless if it comes to a standalone financial statement or a consolidated one⁵.

² See previously in force artt. 2425 and 2426 c.c..

³ Legislative Decree 17 of January 2003, n.6, modified and integrated by the Legislative Decrees 37/2004, 310/2004 and 262/2005.

⁴ In Italy, the law no. 306/2003, issued by Italian legislators, delegated the Government to adopt one or more legislative decrees implementing the requirements of the EU Regulation within one year of the law coming into force. The Italian Government approved the legislative decree 58/2005 to implement the options allowed by the EU Regulation no. 1606/2002, which made it optional for quoted companies to adopt IAS/IFRS for their 2005 financial year but mandatory as from the 2006 financial year.

⁵ Through this Decree, so Italy complied with the EU law by exercising the option provided

However, Italy's financial administration kept on exercising control over accounting principles solely for non-IFRS companies, thus losing control over accounting principles for corporations adopting IFRS principles.

With regards to the link between accounting and tax law, in this case Italy's tax legislator opted for a "dependency-neutrality" approach to IFRS, on one hand, by providing for the tax base to be calculated always starting from the financial statement result and, on the other hand, by avoiding differences in tax base between IFRS taxpayers and non-IFRS taxpayers.

Furthermore, it is worth mentioning that the same Decree 38/2005, art. 11, the Italian legislator modified the national tax system with regards to the criteria to determine the Corporate Income Tax Base. This, in order to coordinating the Corporate Income taxation discipline with the recently-introduced IAS/IFRS principles. However, the Financial Bill for the year 2008⁶, the legislator not only modified the no. 38/2005 Decree but also postponed the entry into force of the IFRS coordination rules until the next fiscal year and provided for them to be made effective through a special Ministerial Decree⁷.

This legislative manoeuvre, on the one hand, eliminated the double-deck accounting system, so reducing noticeably compliance costs for enterprises. Nevertheless, on the other hand, the legislative process enacted over the years implied again the financial statement criteria to be "dependent" on fiscal rules.

Finally, the 2008 tax legislation reform may be summarized in 3 main points:

- it has been introduced the "substance over form" principle in tax legislations⁸
- tax niches have been provided for IFRS taxpayers⁹
- the introduction of the "fair value" principle¹⁰

for by the art. 5 of the same Regulation. In fact, the EU Act itself left EU countries free to choose either to oblige or merely to authorize national or resident enterprises to adopt the IAS/IFRS principles so as to make sure their financial statements would abide by to the Regulation's prescriptions.

⁶ See art. 1, from par. 58 to 62, 244/2007 Act (Financial Bill for the year 2008).

⁷ See D.M. 48/2009. But also, D.M. July 30th 2009.

⁸ See art. 5, Legislative Decree 38/2005.

⁹ See art. 7 Legislative Decree 38/2005.

¹⁰ See art. 6, par. 1, lett. a) and b); art. 7, par. 2 and 6, Legislative Decree 38/2005.

1.3. IAS/IFRS: the German experience

Looking at the German experience in the IFRS introduction process shows many similarities compared to the Italian one. In fact, before any step was made in reforming the accounting system by introducing IFRS principles, the link between accounting principles (GAAP¹¹) and tax accounting featured a direct dependency of the latter on the former, except for some cases where a reversed conformity was required.

In fact, financial accounting principles had to be adopted in the tax accounts. As a result, financial statements valuations provided basis for taxation¹².

As of the year 2002, the German legislator adopted IAS/IFRS in order to comply with the 2001/65/EC Directive, providing for compulsory application of IAS/IFRS in drawing up consolidated financial statements of publicly traded companies. Nevertheless, entities whose equity was not traded in the financial market were allowed to opt for the German GAAP.

The so-called “book-tax” conformity within the German legal system showed different Pros and Cons.

In fact, if in one hand, direct dependency of tax basis determination process on the accounting principles was appropriate whereas reduced compliance costs, promoted reporting, implied minor tax avoidance, on the other hand, it created distortion of the information value of financial accounts, highlighting the divergence objectives of financial and tax accounting.

On March 26 2009 the most extensive reform of Accounting law received its approval by the German Parliament. The TaxBilMoG (German Accounting Law Modernisation Act) gives German companies a more cost-effective and simple alternative to the wide-ranging and complex International Financial Reporting Standards. Indeed, this reform was chiefly aimed at the simplification, deregulation and modernisation of the German Accounting system by furthering the convergence of commercial and tax balance sheets, introducing IFRS-comparable regulations to increase information value without upsetting the basic accounting principles provided for by the German legislation. In particular, the principal changes of the reform can briefly be summarized in four, main points:

¹¹ Generally Accepted Accounting Principles.

¹² Art. 5 German Income Tax Act (Einkommensteuergesetz).

1. Elimination of reverse linkage: this permits taxpayers to exercise tax elections without corresponding modification of the commercial account treatment, so that the tax and commercial balance sheets can henceforth differ. This should alleviate the problem of a tax-biased financial accounting
2. Changes in commercial accounting capitalization and valuation rules: the elimination of capitalization and valuation is intended to bring German GAAP moderately closer to IFRS. In fact, the fair value criterion has been introduced for the first time in the German accounting system, even if it applies only to financial instruments acquired for trading purposes by banks and financial service providers¹³.
3. Changes in the scope of consolidation: the consolidated financial statement has to be carried out, when the company is required to prepare it, primarily under IFRS. Thus, an unprecedented innovation in tax regulation is introduced as IFRS consolidated financial statements become relevant to tax accounting. In addition, a capping-rule (art. 4 German Income Tax (introduced in 2008) limits the deductible business expenses for interest payments, even though this limitation does not apply if the operating unit does not belong to a group or if it passes an "equity-ratio" test (so called "Escape Clause"). Nevertheless, this innovation has been criticized because of the complexity of the "escape clause" and associated rules which might seriously hinder the practicability of the interest-capping rule¹⁴.

1.4. IAS/IFRS and International Tax Competition

Outlined the IFRS introduction's effects within Italy and Germany, IFRS principles are regarded as an important instrument to give way to the Com-

¹³ In fact, the "fair-value" criterion has first been introduced into the German Accounting system through the 2009 TaxBilMoG reform. However, unlike the Italian system, the German "fair-value" criterion only applies to financial instruments whose acquisition, on behalf of banks and/or financial brokers, is aimed at reallocating them into the market.

¹⁴ Seemingly, through this innovation the new IFRS-based accounting system may be deemed as actually introduced into the German system. Through the 2009 reform, the German legislator overhauled the accounting system by introducing discrete criteria to determine profit&loss account and the Corporate Tax base. Nonetheless, the results of consolidated balances drawn up according to IAS/IFRS are significant to determine the Corporate Tax base.

mon Consolidated Corporate Tax Base (CCTB) project. In fact, it is common belief that IFRS' adoption within EU would enable each member state to figure out how and to what extent the other member's governments act in matter of direct income taxes. Nevertheless, the adoption of the IAS/IFRS principles are likely to collide with the derivation principle as a criterion commonly used by EU member states to determine corporate income for tax purposes. In fact, it has been pointed out that if the IAS/IFRS introduction, on one hand, would enable Member states to understand how the others behave in matter of direct income taxes, on the other hand, it might leave unsolved the problem with tax competition.

2. Measures taken by the Italian and German governments to cope with international tax competition

2.1. Introduction: features of the international tax competition between countries and possible remedies

Nowadays, international tax competition is becoming an ever more relevant topic in academic and political debates. As a consequence, it has been thoroughly treated during the Seminar through three, different lectures which gave an exhaustive overview of such problem under the economical and legal point of view. In fact, tax competition is generally taken as a "natural" corollary of economic globalisation. Indeed, the latter economic phenomenon – which origins from enterprises moving their activities abroad, favoring international economy - is likely to induce countries to act mostly unilaterally to cope with tax competition as taxing is still conceived by governments as a strategic instrument of sovereignty for making policies and therefore to be preserved.

First of all, it has been highlighted how countries can follow two different path to cope with international competition. The first is to engage directly in the tax competition game either by reducing tax rates – e.g. CIT rates – or establishing privileged regimes becoming a tax haven or, still, loosing International Anti-Avoidance Rules (IAAR¹⁵). The second alternative is to undertake defensive measures by introducing or tightening (IAAR).

¹⁵ This acronym stands for International Anti-Avoidance Rules, a set of non-codified, widely-

The latter remedy for tackling international tax competition is mostly used by high-tax countries to reinforce anti-avoidance rules in order to counter the erosion of national tax basis.

During the G20 Summit held in London last April, Governments agreed to take actions against tax havens, including economic sanctions.

2.2. What Germany and Italy did to cope with international tax competition in general

With regards to provisions against tax avoidance, Italy and Germany adopted several “international anti-avoidance rules” regarding in particular the field of income taxes that provide for a different tax treatment where there is a connection between the taxable income or the taxpayer and a low-tax jurisdiction.

These provisions include the Controlled Foreign Companies (CFC) legislation as well as the Presumption of Tax Residence in Italy for foreign-resident individuals. Moreover, Italy introduced rules limiting Tax Deductibility of Expenses paid to foreign suppliers and ruled tax treatment of outbound and inbound financial proceeds (interest, dividends and capital gains). Like most high-tax countries, Italy opted for introducing anti-avoidance rules on international transactions, given that tax arbitrage and tax avoidance are more easily pursued through jurisdictions that do not allow an effective exchange of information for tax purposes.

The same did Germany by introducing a similar CFC rule, limiting tax deductibility of passive interest and adopting anti-Tax Evasion and anti-Treaty Shopping rules.

2.3. Interest Barrier Rule in Italy and Germany: a comparison

As of 2008, Germany replaced the thin-capitalization rules – sec. 8a of the German Corporate Income Tax Act – by the so-called general interest barrier (*Zinsschranke*) applicable for income as well as trade tax purposes. In contrast to the thin capitalization rule, the interest barrier now applies in

abided-by principles by countries to tackle tax avoidance. IAAR must be distinguished from GAAR principles (General Anti-Avoidance Rules), for the latter are principles provided for by International Treaties and national legislations. Example of codified Anti-Avoidance Rules at a national level are the CFC rule, Thin-capitalization Rule and Exit Tax Rule.

principle to all debt financing and not only to shareholder loans. According to the interest barrier system, the tax effective interest deduction is limited to the amount of interests received in the same fiscal years plus 30% of the relevant business EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*). Under this new interest barrier rule, excess interest expense will not be treated as constructive dividend distribution but will be carried forward and can potentially be deducted as interest expense in the following fiscal years subject to the source restrictions.

Nevertheless, the Interest Barrier Rule features three, different exemptions, which allow the taxpayer to an unlimited deduction of the interest expenses and can be shown as follows:

- *De Minimis rule*: the amount of interest expenses exceeding the interest income of the relevant year is less than Euro 1 million -
- *Single business exception*: the relevant business can not be fully consolidated in a group of companies pursuant to German HGB, IAS/IFRS or US GAAP, so its finance and business policy can not be managed jointly with one or several other businesses. Moreover, the shareholder loans do not exceed a certain level.
- *Group exception*: the relevant business is part of a group and its the equity/asset ratio as reported in its audited financial statements under IFRS for the previous fiscal year is not lower than for the entire group and the shareholder loan does not exceed a certain level.

Although Italy's Tax Legislator introduced a similar deductibility of interests system as of January 2008, remarkable differences must be considered between the two regimes.

First of all, the two systems feature a different scope: Italy's Interest Barrier rule, by contrast to the German's, do not apply to individual enterprises and partnerships and no exemptions are provided for to the rule.

With regard to the carry-forward rule, Italy's regime¹⁶ allows the deductibility of net passive interests within the limit of 30% of EBITDA, pursuant to par. 2, art. 96 I.T.A.. Furthermore, the Italian tax regime allows the taxpayer to carry-forward the nondeductible part of the passive interests – or rather the exceeding passive interests with respect to the 30% limit – in the following years - without time limits – if their total amount falls within the 30% of the relevant year.

¹⁶ See art. 96 del Presidential Decree 22 December 1986, no. 917, (I.T.A.), as modified by art. 1, par. 33, lett. i), 24 December 2007, n. 244 Act (2008 Italian Finance Bill).

Hence, this implies that exceeding passive interests are only temporarily nondeductible.

However, the carry-forward Italian regime features a more remarkable difference with regards to the German one. In fact, according to the Italian regime, it is possible for the taxpayer to carry-forward exceeding passive interest as well as the remainder of the 30% of the “unused” EBITDA.

Not less importantly, Italy’s legislation allows interest carry forward in the following years in case of mergers or divisions whereas German’s does not do the same¹⁷.

Third, Italy’s Interest barrier rule adopted a “Fiscal Unity” criterion which provided for non-resident entities’ EBITDA to be taken into account. Indeed, according to the Italian rule, the excess of EBITDA of one member can be transferred to another member of the group and used to deduct that member’s net payable interest. By contrast, the German Interest Barrier rule does not allow cross-boarder profits and losses consolidation.

2.4. The CFC Rule in Italy and Germany: a comparison

With regards to the CFC rule existing within the Italian Tax system, the art. 167 of I.T.A. (Income Tax Act)¹⁸, if an Italian resident person (individual, corporation or other entity) that controls, directly or indirectly, the foreign enterprise which is resident in a country or territory listed in the black list (currently Ministerial Decree 21/11/2001), profits earned by this foreign controlled enterprise are deemed to be profits of the Italian resident and, as a result, taxed in the hands of the Italian resident, regardless of their distribution.

This treatment may be avoided by the Italian taxpayer only if he is able to prove that the foreign entity carries on an actual economic activity¹⁹ within the territory it is located in – and this rule can not be invoked if its profits derive either from passive income or intra-group services – and the 75% of its global income is taxed in a non-tax-heaven country.

¹⁷ However, the German legislator has provided for an unrestricted carry-forward of the unused percentage of EBITDA as of January 2011.

¹⁸ By the introduction of art. 168 Italian I.T.A., the CFC Rule also applies to “linked” companies as well. However, unlike the CFC discipline provided for by art. 167, the provisions of art. 168 do not apply to incomes generated by Permanent Establishments of non-resident “linked” companies.

¹⁹ Art. 167, comma 5, lett. a), I.T.A.. More detailed information about the actual economic activity requirement see ECJ Ruling C-196/04 – *Cadbury-Schweppes*, 12/09/2006.

As of July 1st 2009, the Italian CFC legislation's has broadened its scope as it now applies to all foreign countries (blacklisted or not) whose proceeds derive mostly from passive income or intra-group services and their effective tax burden in the country of residence is less than 50% of what the tax burden would have been if the CFC were to be taxed in Italy.

As well as Italy's, the German legislator approach has pursued the objective of countering international tax avoidance by adding CFC profits to the German resident's global income.

Pursuant artt. 7-14 AStG (Taxation of foreign source income Act – *Hinzurechnungsbesteuerung*) CFC German rule may apply to a resident shareholder who owns more than 50% of the intermediary company – in case of passive investment income, 1% - of an intermediary company who realizes passive income subject to “low-tax” at a rate of less than 25% and the passive income exceeds a certain absolute and relative threshold.

With regards to the legal consequences, the CFC rule leads to, the Italian rule opted for a separated taxation featuring its own taxpayers' average rate, which must not be under 27%²⁰, whereas Germany's CFC rule opted for adding the foreign income to the taxpayer's income and the national accounting and tax legislation apply in both countries.

If the German legislation could seem softer than the Italian one with regards to the assumption criteria to determine a CFC profit, more strict it appears as to the exemption regime. In fact, Italy CFC rule requires only the compliance of the above mentioned “safe-harbour” rules – genuine economic activity and no income localization in tax havens - , whereas the German CFC rule limits its exemption regime for EU/EEA countries , providing for an exemption to be considered only if a genuine economic activity is carried on within the EU/EEA territory along with the implementation of EC directive on Mutual Assistance or the existence of a similar agreement between Germany and the CFC country of residence.

3. The tax treatment of financial household income in Italy and Germany

The growing integration of the financial market has increased both tax authorities and financial intermediaries' interest for taxation of capital in-

²⁰ See art. 167, par. 6, first sentence, I.T.A..

come earned by individuals. In the latest years, many tax systems have been experiencing a shift from the traditional model of comprehensive and progressive personal taxes toward the flat taxes and withholding taxes models.

With regards to the development of an efficient system of taxation of financial household incomes, Italy and Germany have followed different paths even though both of them eventually achieved similar results.

3.1. The Italian pattern

Originally, Italy's tax legislation provided for a separate flat-rate taxation for capital income - dividends excluded - nevertheless to be included in the Personal Income Tax Base along with a Capital Gain Exemption.

During the late 1990's, Italy experienced an overall reform of capital income taxation – , aimed at improving neutrality and efficiency in taxing financial proceeds earned by individuals.

The reform was mainly aimed at streamlining taxation procedures to reduce issuers' costs of financing - Legislative Decree no. 239/96 - and taxing all financial proceeds – Legislative Decree no. 461/97 - .

The former point introduced the switch from Withholding taxes to Substitute Tax. This implied that:

- Bond prices no more affected by taxes - “gross” quotations
- Reductions of firms' tax credit and non-resident general exemption

At the beginning of the present decade, retrospective taxation on accrual was repealed and the Corporate Tax Reform – Leg. Decree 344/03 – influenced the taxation of financial household income through:

- the abolition of dividend tax credit
- dividends and capital gains on qualified shareholdings in the Personal Income Tax Base with partial exemption
- introducing a Withholding Tax for portfolio dividends

Therefore, this reform has affected the taxation of capital income whereas it involved the abolition of the tax credit on dividends - the dividend withholding tax, operated by the company, acting as withholding agent was, indeed, a deposit of the income tax paid by shareholder -; a partial exemption has been provided for dividends and capital gains related to “qualified” participations²¹.

²¹ Pursuant to Art. 67 of I.T.A. shall be considered qualified investments those which, alternatively, represent a percentage higher than 20% of the voting rights exercisable in ordinary convention of unlisted companies; a percentage higher than 2% of the voting

In fact, the taxable amount of that income for the individual member is equal to 49.72% and the relevant tax rate applies; for “non-qualified” participations owned by shareholders in S.r.l or S.p.A. the withholding tax is now mandatory – whereas previously was only optional – and no possibility is provided for of including such income within the income tax return. Indeed, financial income from “non-qualified” shareholdings is entirely taxed in Italy through a substitute tax - now 12.5% - and, for matters relating to savings, the manner and timing of collection vary according to the saving scheme chosen, which may be ordinary, administered or managed -.

Currently, therefore, the tax treatment of financial income of households in Italy looks like a comprehensive taxation admitting a partial exemption only.

Furthermore, the different types of investment not only fixes the rate applicable to income derived therefrom, but also affects the time of assessment, taxation procedures as well as the tax rate and the tax base.

3.2. The German pattern

As to Germany’s financial-household-income tax system, this latter has seen a recent up-to-date process through the introduction of a flat-withholding tax regime²² during 2009.

With regards to the modalities of the fiscal withdrawal, unlike the existent Italian regime, the recent overhaul of the German system has provided for the flat-withholding tax for every type of capital income. According to the German legislator, this withdrawal modality would be intended to avoid discriminations among the fiscal treatment of different types of investment and, nonetheless, make tax arbitrage economically less attractive.

As well as the Italian one, the German legislator has identified two, different financial income categories²³: Current payments - wherein, as well as in Italy, interests²⁴, dividends and similar profits are included - and Sales

rights at the ordinary convention of listed companies; a percentage higher than 25% of the corporation stock in unlisted companies; not more than the 5% of the corporation stock in listed companies. Are intended as “non-qualified” participations those consisting of an equal or inferior percentage in the corporation stock.

²² In German *Abgeltungsteuer*.

²³ Sect. 20 Para. I and II of the German Income Tax Act (in German *Einkommensteuergesetz*)

²⁴ The Sect. 20 of the German I.T.A. also includes into this financial income category insurance-products proceeds.

Proceeds – or rather any other financial proceed incoming from capital transactions – e.g. capital gain or proceeds deriving from financial instruments negotiations²⁵.

With regards to the tax base, the new German financial household fiscal system features some limitations to expenses deduction and/or investment losses, whereas the previous regime provided for the tax base to be determined accordingly to every expense or loss generated without temporal limitations.

A first limitation rests on the fact that the recently-reformed German legislation grounds on the cash-flow principle. As a result, any loss that may derive from a financial instrument's negotiation can not be carry-forwarded if it has been generated before the profit or the contractual deadline within the same fiscal year. This restriction concerns particularly *swap* and *options* contracts. However, the deductibility of the costs borne for these latter is still debated within the German Financial Administration.

The 2009 reform's German legislator, moreover, has not only addressed temporal limitations for financial losses' carry-forward. In fact, by means of the 2009 reform, a qualitative limitation for deductibility, carry-forward and offsetting of losses has been introduced (*ringfencing* method²⁶). At the present time, indeed, the German legislation states that financial losses are allowed to be deducted only against profits whereby they share the same financial nature. However, the tax base for financial income determined by such a method is currently suspected being in contrast with the German *Grundgesetz*.

With regards to the fiscal treatment of financial income sourced abroad, the German legislator opted for a special arithmetic formula to be applied to such incomes (*flat-tax formula*). This implies, as a consequence, that the tax credit deriving from the double taxation may be used against the whole household financial income liable for taxation as it results from the personal income tax return²⁷.

²⁵ Art. 20, Para II, German I.T.A..

²⁶ This method, supposedly intended to contain financial speculation, features a four-fold articulation: a) the tax base, initially, is determined with the deduction of losses in general and losses deriving from the conveyance of participations. Special exemptions are provided for low-income individuals or householders b) the residual positive income is allowed to be offset with losses generated under the previous regime (possible until 2013); c) the tax base so determined is allowed to be deducted with the expenses generated over the previous years although, except for some cases provided for by the law, this income will be treated under the *Abgeltungsteuer* system; d) further no-deductible losses may be carry-forward within the next year.

²⁷ The reason for such a treatment is that the German legislator no longer allows tax credit

By contrast, the taxation of profits deriving from currency transactions remains subject to the traditional progressive-taxation system, even though is still controversial which fiscal treatment should be applied to this type of profits whereas they source from financial instruments' negotiations.

The German *Abgeltungsteuer* system is likely to appear, to some extent, a definitive-taxation-based system.

This because every allowed deduction and/or offsetting, except for some, specific cases, is governed by the payer agent. Nevertheless, in some cases²⁸, the German legislation provides for the progressive taxation to be applied to financial income without any limitations with regards to losses' carry-forward (*ring-fencing*) and expenses deductibility. Seemingly, these exceptions have been considered as a defense against fiscal arbitrage. In fact, tax arbitrage is likely to be achieved by deducting financial investment expenses in the personal income tax return whereas the financial income remains subject to the flat-withholding-tax provided for household financial income²⁹.

At this stage, one may wonder whether the German *Abgeltungsteuer* system generally provided for the taxation of household financial income is likely to be an efficient template and, therefore, to be imitated by other European countries. Widely considered as an efficient model for financial household taxation at home, the *Abgeltungsteuer* has not been considered likely to work the same on an international level. Firstly, it has been said that such a regime would be very complex to be implemented within EU. In fact, the flat-withholding-tax regime, considered its high impact on individual's liquidity, would require a strong commitment by every European country to adapt their own tax regimes for it to work properly³⁰.

This argument might be confirmed by the Savings Directive of the European Council³¹ that adopted the exchange of information between Member States as a means to overcome the double taxation on household financial income.

refund and the deductibility of the expenses undergone for it to be yielded either.

²⁸ Sect. 32-d, Para. II, German I.T.A..

²⁹ For instance, according to the German tax legislation, any income deriving from a silent partnership is liable for taxation according to the progressive-based income taxation. This happens when the income recipient and the paying agent are legally bound or merely related through a third person or trust indenture.

³⁰ For this reason, it has been said that the exchange of information technique has been regarded preferable on an international level.

³¹ Directive of the Council 2003/48/CE, entered into force on July 1st 2005.

4. Tax obstacles for the European cross-boarder groups and the EU Commission's initiatives

It was on October 23th 2001 when the European Commission, through the adoption of the Communication COM(2001) 582³², highlighted the main tax obstacles the European groups were faced with. Generally speaking, the report referred to five, main obstacles :

- transfer pricing within EU;
- cross-boarder loss relief ;
- imputation systems for domestic shareholders;
- withholdings on interest, dividends and royalties;
- cross-boarder restructuring; compliance costs and tax risks.

Specifically, some tax obstacles have been regarded for their capability to hinder the set-up of a European Company (also in the form of a *Societas Europae*):

- Carry-forward of cross-boarder losses
- Reorganizations (merge and acquisitions)
- Exit taxes

In addition, further types of obstacles have been regarded as to their capability to hinder the functioning of a European Company:

- Transfer pricing
- Cross-border loss relief
- VAT in cross-boarder operations

The above-mentioned Communication also set the stage to provide companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities, this latter thought of as the only systematic way to address the underlying tax obstacles which exist for companies operating in more than one Member State in the Internal Market.

4.1. The Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB)

From a general point of view, under the CCTB rule European groups would follow the same rules for calculating the tax base for all their EU-wide activities.

³² European Commission: *Towards an Internal Market without tax obstacles - A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their eu-wide activities*. This Communication was later followed up by the Communication of the European Committee COM(2003) 726 of 24/11/2003, which substantially confirmed the previous one.

The CCTB system would imply that:

- the taxable income is determined by each group member on the basis of a common set of rules
- incomes of individual members are consolidated at group level
- the consolidated tax base is apportioned to group members according to a formula
- each member state applies its own tax rate

The CCTB may be suitable to bring about several advantages, in particular because it might contribute noticeably to the still unachieved reduction/elimination of several tax obstacles to cross-boarder EU-wide activities. However, it has been said that the CCTB may contribute to overcome tax obstacles within the Internal Market to different extents, depending on the degree of mutual co-operation among the Member States.

In fact, it has been noticed³³ that in order to fully eliminate tax obstacles to cross-boarder EU-wide activities, the CCTB rule would require the following degree of co-operation among the Member States:

- an harmonized tax base throughout the EU with one set of tax accounting principles
- a consolidated determination of taxable profits, with elimination of inter-company profits
- an allocation of the consolidated tax base

The CCTB system combined with such a level of co-operation would:

- eliminate compliance costs
- allow cross-boarder loss relief
- substitute transfer pricing with a “formula apportionment”
- solve the problem with the taxation of cross-boarder restructuring operations, but only if the tax treatment of reorganization is harmonized
- eliminate double-taxation

4.2. Open Issues on CCTB

The CCTB rule as a comprehensive solution to tax obstacles faced by companies in the Internal Market will have to deal with anti-avoidance

³³ W. SCHON, U. SCHREIBER, C. SPENGLER, *A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe*, Workpaper by the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law, Springer-Verlag Berlin-Heidelberg, 28-30.

rules concerning particularly cross-boarder business re-organisation. This means that CCTB rule will also have to be shaped according to the needs country have to counter tax avoidance. These latter will arise wherever there is a boundary between what is taxable/allowable and not taxable/allowable. In particular, if the structure of th tax discriminates between debt and equity finance, what is recognised as debt, and what as equity finance, will need to be controlled and transactions not necessarily accounted for to their legal form. This will need to be dealt with explicitly in the Directive³⁴

As to the need manifested by Member States for preserving their own sovereignty over taxation, the Commission on May 2007³⁵ has stressed that the aim is not to harmonise the tax rates applied by member states. As a result, countries would retain full sovereignty over their tax revenues. In fact, Taxation Commissioner László Kovács said that he would not deny member states the possibility of applying a certain number of tax exemptions and incentives in order, for example, to encourage R&D or climate-friendly activities.

CCTB regime also needs radical tax reforms for it to function properly. The reason for that rests on that CCTB rule is chiefly aimed at promoting simplicity, reducing compliance costs and ensuring a streamlined and common application of its basic principles. So, such a regime call the Commission for adopting precise rule concerning the administrative framework the CCTB would work in. Indeed, it is crucial that the administrative framework evolves around the “one-stop-shop” concept, meaning a single compliance, audit and apportionment procedure in relation to a one single Member State, acting as agent for the CCTB country group.

³⁴ See CCTB\WP\028\doc\en Para. 17.

³⁵ IP/07/593, Mat 2nd 2007, Company taxation/Common Consolidated Corporate Tax Base: *The European Commission presents a progress report on the preparatory work made before finalising its proposal due in 2008*. Indeed, following a first progress report in 2006 (IP/06/448), the European Commission has adopted the above-mentioned second Communication on the progress towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCTB).

**La competizione fiscale internazionale.
Prospettive e soluzioni secondo gli ordinamenti
italiano e tedesco.
Riflessioni a margine del Seminario organizzato
dalla Banca d'Italia in collaborazione con la Freie
Universität di Friburgo, Roma, 9 Ottobre 2009**

Andrea Catasti

SOMMARIO: 1. Le procedure seguite per adeguare la normativa sul bilancio fiscale ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS) in Italia e in Germania; 1.1. Introduzione: i principi IAS/IFRS in generale; 1.2. IAS/IFRS: l'esperienza italiana; 1.3. IAS/IFRS: l'esperienza tedesca; 1.4. IAS/IFRS e competizione fiscale internazionale; 2. L'Italia e la Germania di fronte alla competizione fiscale internazionale: le misure adottate; 2.1. Introduzione: caratteristiche della competizione fiscale internazionale e possibili rimedi; 2.2. Come l'Italia e la Germania hanno affrontato la competizione fiscale internazionale in generale; 2.3. l'Interest Barrier Rule in Italia e in Germania: spunti per una comparazione; 2.4. La normativa italiana e tedesca sulle Società controllate estere: C.F.C. (Controlled Foreign Companies); 3. Il trattamento fiscale delle rendite da capitale delle persone fisiche in Italia e in Germania; 3.1. Il modello italiano; 3.2. Il modello tedesco; 4. Gli ostacoli di natura fiscale alle operazioni transnazionali e le iniziative della Commissione Europea; 4.1. La CCCTB; 4.2. Problematiche ancora aperte sulla CCCTB

1. Le procedure seguite per adeguare la normativa sul bilancio fiscale ai principi contabili internazionali (IAS/IFRS) in Italia e in Germania

1.1. Introduzione: i principi IAS/IFRS in generale

Il seminario si è aperto con la trattazione delle modalità con cui i legislatori di due importanti nazioni europee – Italia e Germania – hanno affrontato l'introduzione dei principi contabili internazionali IFRS nei loro rispettivi ordinamenti. Ciò al fine di ottemperare ai dettami discendenti dal Regolamento n. 1606/2002¹.

Il processo di adeguamento ai principi contabili in esame è ad oggi un fenomeno usuale in quasi tutte le economie industrializzate a livello mondiale.

Il Regolamento 1606/2002, infatti, ha dettato specifiche disposizioni affinché le imprese quotate nei mercati finanziari europei adottassero i principi IFRS per la redazione dei bilanci consolidati a partire dal 1 Gennaio 2005. La Commissione Europea, dal canto suo, ha dimostrato di voler portare avanti un progetto di progressiva armonizzazione dei principi contabili adottati dagli Stati membri al fine di migliorare l'efficienza del mercato unico attraverso la comparabilità delle informazioni economico-finanziarie contenute nei bilanci.

1.2. IFRS: l'esperienza italiana.

L'introduzione degli IAS/IFRS all'interno dell'ordinamento italiano ha implicato un graduale processo di cambiamento con riguardo ai metodi di calcolo del reddito imponibile netto.

Invero, all'inizio dell'ultimo decennio, la legislazione italiana prevedeva un legame tra la legislazione fiscale e quella civilistica riguardante le norme

¹ A tale Regolamento, adottato dal Consiglio Europeo in codecisione con il Parlamento (2001/0044/COD), hanno fatto seguito diversi regolamenti modificativi e integrativi (cfr., ex multis, i Regolamenti n. 1725/2003, n. 1126/2008 ;1165/2009). Ad esso, inoltre, ha fatto seguito la Direttiva 2003/51/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, diretta a modificare le precedenti Direttive emanate in materia contabile, ad armonizzare i principi contabili applicabili alle società e agli organismi non soggetti alla Reg. 1606/2002 nonché a rendere le opzioni contabili IAS/IFRS applicabili alle imprese che mantengono le Direttive contabili come legislazione di riferimento.

per la formazione del bilancio d'impresa. Ciò, in particolare, avveniva con riferimento agli oneri deducibili, che potevano essere utilmente dedotti dal reddito imponibile soltanto qualora fossero stati riportati in bilancio.

Tale meccanismo implicava il c.d inquinamento fiscale del bilancio attraverso il fenomeno della c.d *reverse dependency* o inversione del principio di derivazione². Invero, la legislazione fiscale incideva fortemente sulla formazione del bilancio e pertanto sull'osservanza dei principi di chiarezza, trasparenza e veridicità. Tuttavia il legislatore italiano ha adottato dei provvedimenti idonei ad eliminare tale discrasia attraverso la riforma del diritto societario in vigore dal 1° Gennaio 2004.

Infatti, il Decreto Legislativo 17 gennaio 2003 n. 6 - Riforma del diritto societario³ - prevede la possibilità di riportare le componenti negative del reddito non aventi una giustificazione sul piano civilistico⁴ non soltanto e non necessariamente nel conto economico (*profit&loss account*) bensì direttamente nella dichiarazione dei redditi annuali d'impresa⁵.

La riforma, pertanto, se, da un lato, aveva posto le condizioni per rendere maggiormente trasparente e veridico il bilancio d'esercizio delle imprese, dall'altro, implicava un aumento dei c.d *compliance costs*. I redattori di bilancio si trovavano, invero, a dover osservare il principio del c.d doppio binario, dovendo procedere con la doppia contabilizzazione dei costi ai fini civilistici e ai fini fiscali⁶. Ciò in quanto la Riforma del

² Si veda il testo previgente degli artt. 2425 e 2426 c.c..

³ Successive modifiche ed integrazioni del decreto di riforma del diritto societario sono avvenute con i seguenti provvedimenti: D.lgs 06/02/04, n. 37, D.lgs 28 dicembre 2004, n. 310 e Legge 28/12/2005, n. 262.

⁴ Vengono così identificati normalmente i costi sostenuti per beni strumentali a durata pluriennale come : gli ammortamenti (per es. ordinario se diverso da quello civilistico o anticipato); le altre rettifiche di valore (svalutazione crediti, svalutazione lavori in corso di ordinazione); gli accantonamenti (per es. accantonamenti a fronte degli oneri derivanti dai concorsi a premi).

⁵ In base al nuovo comma 2 dell'articolo 2426, ora abrogato dal D.lgs 6/2003, veniva "consentito effettuare rettifiche di valore ed accantonamenti esclusivamente in applicazione di norme tributarie". La voce n. 14 dell'articolo 2427 prevedeva, invece, che nella nota integrativa fossero indicati "i motivi delle rettifiche di valore e degli accantonamenti eseguiti esclusivamente in applicazione di norme tributarie ed i relativi importi, appositamente evidenziati rispetto all'ammontare complessivo delle rettifiche e degli accantonamenti risultanti dalle apposite voci del conto economico". Rispetto al meccanismo della c.d appendice fiscale, proprio della legislazione precedente, diveniva facoltativo dar conto delle rettifiche di valore e degli accantonamenti esclusivamente fiscali all'interno del bilancio.

⁶ L'articolo 109, comma 4, lettera b), del TUIR ha ammesso che i componenti negativi di natura tributaria possano essere dedotti dalla base imponibile in via extracontabile, cioè

sistema tributario statale, attuata con il D.lgs n. 344/2003, ha introdotto, in sostituzione dell'articolo 75, l'art. 109, comma 4, lettera *b*), del TUIR, ammettendo, con tale norma, che i componenti negativi di natura tributaria possano essere dedotti dalla base imponibile in via extracontabile, cioè indipendentemente dal transito nel conto economico del bilancio d'esercizio.⁷

La disamina, sebbene succinta, dei rapporti tra la disciplina civilistica e fiscale del reddito d'impresa non può tuttavia dirsi pienamente esaustiva senza considerare la marcata influenza esercitata sui principi di redazione del bilancio dalla concreta attuazione nell'ordinamento italiano dei principi contabili internazionali IAS/IFRS introdotti nell'ordinamento comunitario dai Regolamenti (CE) 1602/02 e (CE) 1725/03⁸.

Infatti, con il D.lgs 28 febbraio 2005 n. 38, il legislatore ha esercitato le facoltà concesse dal Reg. (CE) n. 1602/02, ovvero esercitando le opzioni previste dall'articolo 5 del Regolamento (CE) n. 1606/2002 in materia di principi contabili internazionali⁹. Per mezzo di tale decreto, l'Italia ha scelto di imporre l'obbligo di conformarsi al sistema IAS/IFRS per tutte le società quotate, a prescindere dal fatto che esse redigano un bilancio d'esercizio autonomo e/o consolidato.

Con la positiva attuazione della disciplina contabile internazionale, nell'ordinamento italiano si è dato inizio ad una terza fase di trasformazione dei rapporti tra disciplina civilistica e fiscale sul piano della determinazione dei redditi di impresa. Il legislatore italiano, infatti, aveva

indipendentemente dal transito nel conto economico del bilancio d'esercizio.

⁷ Il Parlamento ha disposto la delega al Governo per la Riforma del sistema tributario statale, con la Legge 7 aprile 2003, n. 80. L'articolo 4 (relativo all'imposta sul reddito delle società), lettera *ì*), di tale Legge ha previsto la "*deducibilità delle componenti negative di reddito forfettariamente determinate, quali le rettifiche dell'attivo e gli accantonamenti a fondi, indipendentemente dal transito al conto economico*". In particolare, il Legislatore auspicava che gli elementi negativi con rilevanza esclusivamente fiscale dovessero essere dedotti senza figurare tra i dati del bilancio.

⁸ Nel primo sono state indicate le società obbligate ad adottare i criteri IAS/IFRS con un margine di potenziale allargamento delle obbligate lasciato al recepimento della normativa da parte di ciascun stato membro. Nel secondo regolamento è stata disposta l'adozione operativa degli IAS in conformità alle disposizioni fornite dal S.I.C., organo deputato alle interpretazioni applicative degli IAS.

⁹ Attraverso il Decreto appena richiamato, l'Italia si è conformata ai dettami dell'ordinamento comunitario esercitando le opzioni che il Regolamento (CE) n. 1606/2002 rimetteva agli Stati membri. Le opzioni consistevano nella facoltà per i singoli Stati di autorizzare o di obbligare le imprese nazionali e/o residenti ad adottare il sistema contabile internazionale IAS/IFRS affinché la contabilità di bilancio delle stesse fosse conforme ai parametri indicati nel regolamento.

inizialmente adottato un criterio di “dipendenza-neutralità” tra le due discipline riguardanti il reddito di impresa a seguito delle innovazioni apportate dall’introduzione dei principi IAS/IFRS all’interno dell’ordinamento. Ciò, come già accennato, aveva dato luogo al c.d fenomeno del doppio binario. Le nuove disposizioni prevedevano, invero, che, da un lato, la base imponibile del reddito d’impresa fosse calcolata partendo dalle risultanze del conto economico di bilancio (così riaffermando il principio di derivazione) e che, dall’altro, fossero assolutamente escluse discriminazioni per ciò che attiene alla determinazione della base imponibile tra le imprese che non adottano i principi IAS/IFRS e quelle che invece li adottano (principio di neutralità).

Attraverso il disposto dell’art. 11 del medesimo decreto 38/2005, il legislatore italiano, inoltre, è intervenuto sulla normativa fiscale relativa alla determinazione del reddito d’impresa contenuta nel TUIR. Ciò, al fine di coordinare la disciplina fiscale del reddito d’impresa con l’introduzione dei nuovi principi contabili internazionali. Tuttavia, con la manovra Finanziaria per l’anno 2008¹⁰, il legislatore non soltanto ha apportato modifiche al decreto 38/2005, ma ha anche disposto che le modifiche di coordinamento apportate alla disciplina fiscale in materia di determinazione del reddito d’impresa fossero applicabili a partire dal periodo d’imposta successivo a quello in corso al 31 Dicembre 2007 e che fossero oggetto di appositi decreto attuativo¹¹. Lo stessa manovra ha inoltre provveduto ad eliminare il principio del doppio binario in considerazione degli eccessivi c.d *compliance costs* che tale sistema implicava. Il risultato di tali interventi si è concretato in un rafforzamento del principio di derivazione del reddito d’impresa dal conto economico, prevedendo nuovamente la necessaria “dipendenza” dei criteri di redazione del bilancio dalla normativa fiscale (così come modificata dall’art. 11 del decreto 38/2005, a sua volta modificato dalla stessa manovra finanziaria per l’anno 2008).

¹⁰ Art.1, commi da 58 a 62, della Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge Finanziaria per l’anno 2008)

¹¹ D.M. 1 Aprile 2009, “Disposizioni di attuazione e di coordinamento delle norme contenute nei commi 58 e 59 dell’articolo 1 della legge 24 dicembre 2007, n. 244 in materia di determinazione del reddito dei soggetti tenuti alla adozione dei principi contabili internazionali”.

Si veda anche, D.M. 30 Luglio 2009, “Riallineamento di valori contabili in sede di prima applicazione dei principi IAS/IFRS e di successiva variazione degli stessi principi. “

Sotto il profilo dei criteri di redazione del bilancio civilistico, le principali innovazioni apportate dalla riforma appaiono sintetizzabili in 3 punti:

- è stato introdotto il principio della prevalenza della sostanza sulla forma¹²;
- sono state introdotte disposizioni specifiche per le imprese che adottano il sistema contabile IAS/IFRS¹³;
- è stato introdotto il principio del “fair value”¹⁴

1.3. IAS/IFRS: l'esperienza tedesca

Il processo di effettiva introduzione dei principi IAS/IFRS nell'ordinamento italiano presenta diversi punti in comune con l'omologo processo di attuazione della medesima disciplina comunitaria nell'ordinamento tedesco. Invero, prima di procedere alla riforma dei criteri di redazione del bilancio in base alle disposizioni del Reg. (CE) 1602/02, la determinazione del reddito d'impresa nell'ordinamento tedesco si basava sul principio di derivazione dell'imponibile dal conto economico, facendo salve alcune ipotesi in cui un inversione di dipendenza della disciplina civilistica a quella fiscale era da ritenersi opportuna. In effetti, la legislazione tedesca prevedeva che l'applicazione dei principi e dei criteri di redazione del bilancio dovessero essere rispettati anche in sede di determinazione dell'imponibile ai fini della dichiarazione del reddito d'impresa. Di conseguenza, i valori del conto economico contenuti nel bilancio di esercizio costituivano la base imponibile per la conseguente tassazione del reddito prodotto¹⁵. A partire dall'anno 2002, il legislatore tedesco ha provveduto ad attuare la disciplina contabile IAS/IFRS di cui al Reg. (CE) 1602/02 nell'ordinamento nazionale. In particolare, lo stesso legislatore ha previsto l'adozione dei principi contabili internazionali come obbligatoria per tutte le società quotate che redigessero bilanci consolidati. Tuttavia, per le imprese i cui titoli non fossero negoziati sui mercati finanziari il legislatore tedesco aveva previsto l'adozione dei principi IAS/IFRS come facoltativa. Esse, pertanto, potevano continuare ad optare per il sistema contabile GAAP¹⁶ nella redazione dei rispettivi bilanci.

¹² Art. 5, D.lgs 38/2005

¹³ Art. 7 D.lgs 38/2005

¹⁴ Art. 6, comma 1, lett. a) e b); art. 7, commi 2 e 6, D.lgs 38/2005

¹⁵ Art. 5, German Income Tax Act (*Einkommensteuergesetz*)

¹⁶ General Accepted Accounting Principles.

L'introduzione dei principi contabili internazionali ha indotto il legislatore tedesco ad intervenire sul sistema contabile con una riforma di ampio respiro. Attraverso la c.d. TaxBilMog (Legge per la modernizzazione del sistema contabile tedesco), approvata il 26 Marzo 2009, il legislatore tedesco, ha posto rimedio alle distorsioni create dal rapporto di derivazione diretta del reddito imponibile d'impresa dal conto economico. Il principio di derivazione del reddito imponibile dal bilancio d'impresa, invero, secondo lo stesso legislatore, se da un lato era efficace nel ridurre i c.d compliance costs (e.g evitando il c.d regime del doppio binario, riducendo il rischio di evasione fiscale etc...), dall'altro, implicava nella maggior parte dei casi una distorsione dell'informazione economico-finanziaria dell'impresa. Il bilancio di esercizio, invero, risultava viziato dalla duplice funzione di documento informativo sullo stato economico-finanziario e patrimoniale dell'impresa e strumento di determinazione del reddito imponibile.

Tuttavia, questa riforma, nell'intenzione primaria del legislatore, è stata rivolta a modernizzare il sistema di contabilità e bilancio d'impresa tedesco. Considerata per sommi capi, la riforma prevede, da un lato, la semplificazione delle procedure di redazione del bilancio d'esercizio, favorendo la maggior convergenza possibile tra la disciplina civilistica e fiscale della determinazione del reddito imponibile; dall'altro, l'introduzione dei principi contabili internazionali IAS/IFRS per migliorare la comparabilità dell'informazione economico-finanziaria senza stravolgere i principi contabili fondamentali previsti dalla legislazione tedesca.

In particolare, l'approvazione della TaxBilMoG ha implicato:

- l'eliminazione della c.d reverse dependency: gli oneri deducibili andrebbero indicati direttamente in dichiarazione senza che le poste di natura tributaria inquinino il bilancio d'esercizio. Attualmente, pertanto, il sistema tedesco consente che il reddito risultante dal conto economico differisca da quello indicato in dichiarazione come imponibile.
- Sostanziali modifiche in materia di criteri di valutazioni: in particolare, il legislatore tedesco ha cercato di avvicinare quanto più possibile il sistema contabile interno, fundamentalmente basato sui GAAP, ai criteri indicati dagli IAS/IFRS¹⁷.

¹⁷ Infatti, il c.d criterio del "fair value" è stato introdotto per la prima volta nel sistema contabile tedesco dalla riforma TaxBilMoG del 2009. Tuttavia, a differenza del sistema italiano, il criterio del "fair value" in Germania si applica soltanto agli strumenti finanziari la cui acquisizione, da parte di banche e intermediari finanziari, sia finalizzata alla ricollocazione sul

- Modifiche dei criteri di redazione del bilancio consolidato: il consolidato deve essere redatto, dalle imprese obbligatoriamente tenute a redigerlo, principalmente seguendo i principi IAS/IFRS di nuova introduzione¹⁸.

1.4. IAS/IFRS e competizione fiscale internazionale.

I due interventi descrivono brevemente gli effetti prodotti dall'introduzione degli IAS/IFRS negli ordinamenti italiano e tedesco, dimostrando come tali principi contabili, nell'intenzione del legislatore comunitario, siano finalizzati a rendere comparabili le informazioni economico-finanziarie e patrimoniali desumibili dai bilanci di imprese soggette a differenti sistemi legislativi.

I principi IAS/IFRS sono comunemente ritenuti come un valido strumento per promuovere l'adozione a livello europeo della Common Consolidated Common Tax Base (CCCTB). Invero, si ritiene come l'adozione dei principi contabili IAS/IFRS – e pertanto di un sistema contabile pressoché identico a livello comunitario - possa consentire ad ogni Stato membro dell'UE di rappresentarsi come e in quale misura i governi degli altri Paesi attuano il prelievo fiscale sui redditi d'impresa. In altre parole, l'armonizzazione dei diversi sistemi contabili nazionali e, in particolare, l'affermazione a livello comunitario del principio di derivazione, oltre a rendere comparabili i bilanci di imprese assoggettate a differenti sistemi fiscali, renderebbe anche maggiormente trasparente, chiara e veridica la misura del reddito sottoposto a tassazione. Di conseguenza, essendo maggiormente veritiera l'incidenza del carico fiscale sulle imprese, al singolo Paese è data la possibilità di confrontare efficacemente le proprie politiche fiscali con quella dei propri omologhi e di difendersi da un'eventuale concorrenza fiscale per esso ritenuta svantaggiosa. Appare chiaro, pertanto, che il problema della competizione fiscale tra i Paesi membri non possa dirsi risolto attraverso l'introduzione di comuni principi contabili quali gli IAS/IFRS.

mercato.

¹⁸ Di tal guisa, viene a realizzarsi in concreto l'introduzione nel sistema contabile tedesco alla luce dei principi IAS/IFRS. Se è vero che, da un lato, Il legislatore tedesco, infatti, con la Riforma TaxBilMoG del 2009 ha reso i criteri di determinazione del reddito imponibile indipendenti dai criteri di formazione del conto economico di bilancio, dall'altro, la Riforma de quo fa sì che il bilancio (consolidato) redatto secondo gli IAS/IFRS diventi rilevante ai fini della determinazione del reddito imponibile d'impresa.

2. L'Italia e la Germania di fronte alla competizione fiscale internazionale: le misure adottate

2.1. Introduzione: caratteristiche della competizione fiscale internazionale e possibili rimedi.

Dopo aver esaminato le innovazioni e i risvolti applicativi sortiti dall'introduzione dei principi contabili internazionali nell'ordinamento italiano e tedesco, i lavori del Seminario procedono verso la trattazione degli specifici rimedi adottati dai due Paesi membri per contrastare la c.d. competizione fiscale "dannosa". Invero, la tematica è stata l'oggetto principale di tre, differenti interventi. Considerati nel loro insieme, essi offrono un quadro esaustivo del problema sotto il profilo legale ed economico, poiché la competizione fiscale è generalmente considerata come un corollario "naturale" della globalizzazione dei sistemi economici. Quest'ultimo fenomeno, invero, - che essenzialmente origina dallo spostamento delle attività d'impresa al di fuori dei confini nazionali in cui le imprese risiedono, dando vita alla c.d. economia internazionale, verosimilmente induce i vari Paesi ad agire prevalentemente in via unilaterale nell'affrontare la competizione fiscale internazionale. Ciò, secondo l'opinione prevalente, sarebbe dovuto al fatto che le politiche fiscali sono ancora considerate dai governi nazionali come una prerogativa da custodire gelosamente in quanto strumento strategico per attuare i propri programmi politici.

In via preliminare, è stato evidenziato come i Paesi globalizzati adottano generalmente due strategie per far fronte alla competizione fiscale c.d. dannosa. La prima può consistere nell'adottare misure competitive sotto il profilo fiscale internazionale. Queste misure possono essere di vario tipo, come ridurre le c.d. aliquote d'imposta sul reddito d'impresa - ossia riducendo il c.d. Corporate and Individual Tax rate - ; stabilire regimi speciali di favore per le imprese che importano capitali, trasformandosi in Paesi a bassa pressione fiscale, meglio conosciuti come "paradisi fiscali"; rendere maggiormente elastica la legislazione attuative delle c.d. norme internazionali contro l'elusione fiscale (IAAR - International Anti-Avoidance Rules)¹⁹. La seconda

¹⁹ In letteratura, con tale acronimo si individuano tutti quei principi, non codificati a livello internazionale o non formalmente recepiti dalle legislazioni, comunemente adottati dai Paesi per contrastare l'elusione fiscale. Essi si distinguono dai principi c.d. GAAR (General Anti-Avoidance Rules), in quanto sono così denominati tutti quei principi che sono al contrario previsti da trattati internazionali e legislazioni nazionali. Esempi di codificazione delle norme

strategia può, invece, consistere nell'adottare misure difensive e di contrasto all'elusione fiscale, proprio rendendo più rigide le normative che prevedono misure anti-elusive (IAAR).

Quest'ultima strategia viene normalmente adottata dai Paesi che si caratterizzano per una pressione fiscale particolarmente alta. Infatti, i Paesi che adottano politiche fiscali restrittive sono quelli che maggiormente mirano ad arginare il più possibile la c.d. erosione del reddito imponibile adottando rigide misure anti-elusione.

2.2. Come la Germania e l'Italia hanno affrontato la competizione fiscale internazionale in generale

Con riferimento alla normativa anti-elusione in generale, i legislatori italiano e tedesco hanno attuato nei rispettivi ordinamenti differenti strategie normative contro l'elusione fiscale. Essenzialmente basate sui c.d. IAAR, le norme anti-elusive adottate dai due Paesi hanno avuto come oggetto i redditi delle persone fisiche e giuridiche e prevedono un trattamento fiscale differenziato qualora vi sia una connessione tra il reddito tassabile sia stato prodotto o il soggetto percettore del reddito sia residente in un Paese a fiscalità privilegiata.

Diretta espressione della legislazione anti-elusiva sono le c.d. Controlled Foreign Companies (CFC) così come la presunzione di residenza in Italia per soggetti operanti in Italia ma residenti all'estero. Inoltre, il legislatore italiano ha introdotto dei precisi limiti alla deducibilità degli oneri corrisposti a soggetti stranieri e regolato il trattamento fiscale dei flussi, in entrata e in uscita, dei redditi di natura finanziaria – e.g. interessi, dividendi e capital gains - . Come la maggior parte dei Paesi ad alta pressione fiscale, l'Italia ha deciso di introdurre norme anti-elusive sulle transazioni internazionali – od operazioni *cross-border*. Ciò, in quanto, nella maggior parte dei casi, l'arbitraggio e l'elusione fiscale nelle transazioni internazionali non possono essere efficacemente monitorati e perseguiti a causa della mancanza di un sistema di scambio di informazioni con i Paesi a fiscalità privilegiata.

Nello stesso senso si è mosso il legislatore tedesco, introducendo una regolamentazione delle CFC simile a quella italiana, limitando la deducibi-

internazionali contro l'elusione fiscale sono le normative sulle CFC, sulla c.d. *Thin Capitalization* o le normative sulla c.d. *Exit Tax*.

lità degli interessi passivi nonché adottando specifiche norme a contrasto dell'elusione fiscale basata sull'abuso del diritto a livello internazionale – c.d. *anti-Treaty-Shopping rules*.

2.3. L'Interest Barrier Rule in Italia e in Germania: spunti per una comparazione

A far data dal 2008, il legislatore tedesco ha rimpiazzato la normativa sulla sottocapitalizzazione – c.d. *Thin Capitalization rule* – contenuta nella legislazione sulla tassazione dei redditi delle persone giuridiche²⁰ – attraverso la normativa del c.d. sbarramento degli interessi deducibili ovvero la c.d. Interest Barrier rule²¹ applicabile ad ogni tipologia di onere corrisposto sulla base di una transazione cross-boarder. A differenza della c.d. *Thin Capitalization rule*, la tecnica dell'*Interest Barrier* si applica, in linea di principio, ad ogni onere finanziario e non soltanto alle remunerazioni del prestito obbligazionario. Inoltre, tale tecnica anti-elusiva si basa su una soglia di sbarramento determinata in base alla capacità reddituale dell'impresa. L'ordinamento tedesco prevede, invero, che l'ammontare degli oneri deducibili non possa superare l'importo risultante dal totale degli interessi attivi percepiti nel periodo d'imposta più il 30% del reddito d'impresa calcolato secondo i criteri EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization). Di conseguenza, l'applicazione di tale normativa fa sì che gli oneri finanziari in eccesso rispetto alla soglia di sbarramento determinata secondo i criteri dell'*Interest Barrier rule* possano essere oggetto di un c.d. *carry forward* – ossia il riporto delle componenti negative di reddito - nel periodo d'imposta successivo e, pertanto, essere dedotti come tali. Ciò, fermo restando le regole dettate dall'*Interest Barrier rule* così come poc' anzi descritti.

Tuttavia, il sistema tedesco anti-elusivo di sbarramento alla deducibilità degli oneri finanziari presenta tre differenti ipotesi di esenzione. Queste, invero, consentirebbero una potenzialmente illimitata possibilità di dedurre gli oneri finanziari per il contribuente che si trovi in una delle situazioni da esse descritte:

²⁰ Art. 8a del KStG (*Körperschaftsteuergesetz*)

²¹ In tedesco *Zinsschranke*, introdotta dalla Riforma della tassazione delle Società - "*Unternehmensteuerreformgesetz 2008*".

- *De Minimis rule*: l'eccedenza degli interessi passivi rispetto agli interessi attivi con riferimento al periodo d'imposta considerato non supera 1 milione di Euro.
- *Single business exception*: il risultato economico di una determinata attività non è suscettibile di essere riportato nel bilancio consolidato di gruppo ai sensi del Codice di Commercio tedesco²² così come riformato alla luce dei principi contabili internazionali IAS/IFRS. Tale ramo di attività del gruppo deve poter essere considerato come non assoggettato alla diretta influenza degli organi di governo della società controllante. Inoltre, il rapporto capitale di debito – capitale di rischio – c.d. *debt/equity ratio* – non deve superare un determinato livello di equilibrio.
- *Group Exception*: la c.d. *debt/equity ratio* risultante dalle voci del bilancio certificato e redatto in conformità ai principi contabili internazionali IAS/IFRS non è inferiore a quello dell'intero gruppo e l'apporto di capitale di debito non supera comunque una determinata soglia.

Sebbene il legislatore italiano abbia introdotto un sistema di sbarramento degli oneri deducibili simile a quello tedesco, vi sono alcune differenze degne di note tra i due sistemi di Interest Barrier rule. Una prima differenza riguarda il diverso ambito di applicazione della Interest Barrier rule. Invero la regola italiana dello sbarramento degli oneri finanziari deducibili, al contrario di quella tedesca, non si applica né agli imprenditori individuali né alle società a socio unico e nessuna esenzione dall'applicazione della regola dello sbarramento è prevista.

Per ciò che attiene al *carry forward*²³, l'ordinamento italiano, in materia di imposte sui redditi, ammette la deducibilità degli interessi passivi netti – al netto, cioè, degli interessi attivi e proventi assimilati, nel limite del 30% del risultato operativo lordo, come definito dal comma 2 dello stesso articolo (di seguito definito EBITDA). Inoltre, consente al contribuente di riportare la parte indeducibile degli interessi passivi netti – cioè l'eccedenza rispetto al 30% dell'EBITDA - nei successivi periodi d'imposta - senza limiti di tempo – se e nei limiti in cui in tali periodi l'importo degli interessi passivi netti di competenza sia inferiore al 30% dell'EBITDA di competenza (riporto degli interessi indeducibili). Concettualmente, si tratta quindi di una indeducibilità temporanea perché la deducibilità negata in un periodo può essere recuperata in un anno successivo. Tuttavia, in materia di *carry forward*,

²² HGB “*Deutsches Handelsgesetzbuch*”

²³ Cfr. art. 96 del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, T.U.I.R., così come modificato dall'art. 1, comma 33, lett. i), della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Legge finanziaria per l'anno 2008).

l'ordinamento italiano registra una differenza piuttosto rilevante rispetto all'ordinamento tedesco. Infatti, il riporto delle componenti negative di reddito può effettuarsi non soltanto per gli interessi non deducibili perché oltre la soglia dello sbarramento previsto dall'*Interest Barrier rule*, ma anche per la percentuale di EBITDA c.d non utilizzata.

Inoltre, l'ordinamento italiano consente il riporto delle stesse componenti negli esercizi successivi anche in caso di venir meno dell'ente per fusione o scissione²⁴.

Una terza differenza può essere rilevata nel fatto che l'ordinamento italiano ha adottato un criterio di "Unitarietà del sistema fiscale" nel considerare che nel calcolo dell'EBITDA di gruppo debba essere considerato il margine operativo anche delle società non residenti. Invero, secondo l'*Interest Barrier rule* italiana, dell'eccedenza di EBITDA di una società appartenente ad un gruppo può avvalersi un altro ente del medesimo gruppo e da questo utilizzata per innalzare la propria soglia di sbarramento derivante dal rapporto 30% EBITDA/interessi attivi – interessi passivi. Al contrario, l'*Interest Barrier rule* tedesca non ammette alcun espediente per il consolidamento transnazionale delle perdite dei gruppi multinazionali.

2.4. La normativa italiana e tedesca sulle Società controllate estere – C.F.C. *Controlled Foreign Companies*

Nell'ordinamento italiano, il trattamento fiscale delle imprese estere controllate è regolato dall'art. 167 del TUIR²⁵. Questa norma stabilisce in sostanza che il soggetto italiano, sia esso persona fisica o giuridica, che controlla, direttamente o indirettamente, un ente residente in un Paese a fiscalità privilegiata – ossia non rientrante nel novero dei Paesi di cui al D.M. 21/11/2001 emanato ai sensi dell'art. 186-bis, TUIR – i redditi maturati dalla società estera controllata vengono considerati come redditi del soggetto controllante residente in Italia. Di conseguenza, tali redditi vanno a comporre il reddito imponibile di tal ultimo soggetto in proporzione

²⁴ Tuttavia, in Germania a partire da Gennaio 2011, la percentuale di EBITDA non utilizzata potrà essere riportata negli anni successivi senza alcun limite.

²⁵ Con l'introduzione del nuovo art. 168 TUIR, la disciplina sulle CFC si applica anche alle società estere collegate. A differenza di quanto previsto per le controllate dall'art. 167, la normativa CFC per le società collegate non si applica ai redditi prodotti dalle stabili organizzazioni delle collegate non residenti.

alle partecipazioni da questi detenute. Ciò, a prescindere dall'eventuale distribuzione che di essi possa fare la società estera sotto forma di utili.

Questo trattamento fiscale, tuttavia, subisce delle eccezioni favorevoli al contribuente italiano che dimostri di trovarsi in una delle situazioni elencate dal comma 5 del succitato articolo. Da un lato²⁶, il contribuente italiano può dimostrare il c.d. substrato economico della società estera controllata²⁷, ossia che essa svolga un'effettiva attività economica all'interno del territorio in cui essa risiede. Tuttavia, tale circostanza non può essere invocata laddove il soggetto estero derivi i propri redditi da operazioni intra-gruppo o dal c.d. *passive income* – ossia reddito derivante, a titolo esemplificativo, da investimenti in partecipazioni azionarie o in immobili. Dall'altro, il contribuente può evitare l'applicazione della normativa in materia di CFC qualora provi che il reddito da esso prodotto a livello *worldwide* sia tassato per il 75% in Paesi a tassazione ordinaria.

A partire dal 1 Luglio 2009²⁸, la legislazione fiscale italiana in materia di CFC ha allargato il proprio ambito applicativo dal momento che le disposizioni di cui all'art. 167 TUIR si applicano ad ogni ente controllato residente all'estero – a prescindere dal fatto che esso risieda in Paesi a fiscalità privilegiata o meno – i cui redditi derivino prevalentemente da *passive income* (*royalties* e/o dividendi) o da operazioni intragruppo ed il carico fiscale nel Paese di residenza sia inferiore al 50% rispetto a quello che sarebbe se i redditi da esso prodotti fossero tassati in Italia.

Per quanto riguarda le risposte normative fornite dall'ordinamento tedesco al fenomeno potenzialmente elusivo delle CFC, esse appaiono pressoché identiche a quelle adottate dal legislatore italiano. Invero, ai sensi degli artt. 7-14 AStG²⁹, la normativa tedesca sulle CFC si applica al soggetto residente in Germania in presenza di tre condizioni:

- il soggetto residente in Germania detiene più del 50% del capitale dell'ente controllato³⁰;
- la controllata estera produce un reddito di natura passiva tassato con un'aliquota del 25%;

²⁶ Art. 167, comma 5, lett. a), TUIR.

²⁷ Sul necessario substrato economico che deve giustificare l'esistenza di una controllata estera si veda la sentenza del 12/09/2006 pronunciata dalla CGUE sul caso C-196/04 – *Cadbury-Schweppes*.

²⁸ Modifica introdotta dal Decreto anticrisi D.L. 78/2009, la cui entrata in vigore è stata prorogata al 2010.

²⁹ Normativa in tema di tassazione dei redditi di provenienza estera - *Hinzurechnungsbesteuerung*

³⁰ Nel caso in cui il reddito della controllata estera sia classificabile come *passive income*, sarà sufficiente che il soggetto residente in Germania detenga anche soltanto l'1%.

- l'ammontare complessivo di *passive income* prodotto nel periodo d'imposta superi una determinata soglia.

Nonostante la legislazione fiscale italiana abbia optato per l'equiparazione del reddito prodotto della controllata estera a quello prodotto dalla controllante residente italiana, il primo viene comunque tassato separatamente con l'aliquota media vigente in Italia per i redditi d'impresa delle persone fisiche e giuridiche (27%)³¹. In Germania, al contrario, esso viene cumulato al reddito prodotto dalla controllante ed assoggettato alla medesima aliquota.

Degna di nota è, infine, la differente impostazione delle esenzioni dalla normativa CFC che i due Paesi hanno adottato. Il legislatore italiano, invero, affinché la controllante residente in Italia possa beneficiare delle esenzioni, richiede che essa dimostri la sussistenza delle c.d. "safe-harbour rules" indicate dalla lett.), comma 5 dell'art. 167 del TUIR.

Al contrario, il legislatore tedesco limita il regime delle esenzioni dallo speciale trattamento fiscale anti-elusivo ai casi in cui il soggetto controllato estero risieda – ed operi effettivamente - in un Paese appartenente all'Ue o all'EEA, che abbia attuato la Direttiva sullo scambio di informazioni. Nel caso in cui la società controllata estera risieda in un Paese terzo, la legislazione tedesca consente l'applicabilità delle esenzioni dalla normativa CFC soltanto qualora tra lo Stato di residenza della controllata e la stessa Repubblica Federale sussista una convenzione bilaterale.

3. Il trattamento fiscale delle rendite da capitale delle persone fisiche in Italia e in Germania

La globalizzazione dei mercati finanziari ha, negli ultimi anni, sensibilmente accresciuto l'interesse delle Amministrazioni e degli intermediari finanziari ad una conoscenza più approfondita e dettagliata del trattamento fiscale dei redditi da capitale delle persone fisiche.

Recentemente, invero, nelle legislazioni fiscali dei vari Paesi si è registrata una differenza di approccio alla tassazione delle rendite da capitale. Si è passati infatti da un sistema di tassazione complessiva e progressiva dei redditi di tale natura per arrivare ad un modello di tassazione proporzionale e alla fonte.

³¹ Cfr. Art. 167, comma 6, primo periodo, TUIR.

3.1. Il modello italiano

L'Italia, così come la Germania, ha sviluppato un efficiente sistema di tassazione delle rendite da capitale in senso stretto e delle rendite finanziarie seguendo percorsi diversi, nonostante, in ultima analisi, abbiano poi raggiunto risultati simili.

Inizialmente, la legislazione fiscale italiana prevedeva un'imposta proporzionale per la tassazione dei redditi da capitale – con esclusione dei dividendi e del c.d. Capital Gain, quest'ultimo esente da imposta.

Verso la fine degli anni '90, il legislatore italiano ha varato una significativa riforma del sistema di tassazione dei redditi da capitale³², principalmente finalizzata a rendere maggiormente efficiente e orientato alla semplificazione ed alla flessibilità il meccanismo impositivo³³.

Il sistema impositivo dei redditi da capitale è stato influenzato da un ulteriore, rilevante intervento normativo che ha sostanzialmente riformato l'imposizione sul reddito delle società³⁴. Questa riforma ha investito la tassazione dei redditi da capitale in quanto ha comportato l'abolizione del credito d'imposta sui dividendi – la ritenuta alla fonte sul dividendo, operata dalla società, in qualità di sostituto d'imposta costitutiva, invero, un acconto dell'imposta sui redditi pagata dal socio – ; rimangono fuori da tale regime le rendite da partecipazioni “qualificate”³⁵, per le quali è stata

³² D.lgs 239/96, “Modificazioni al regime fiscale degli interessi, premi ed altri frutti delle obbligazioni e titoli similari, pubblici e privati” ; D.lgs 461/97, “Riordino della disciplina tributaria dei redditi di capitale e dei redditi diversi, a norma dell'articolo 3, comma 160, della legge 23 dicembre 1996, n. 662”.

³³ Attraverso questo intervento normativo, il legislatore ha inteso essenzialmente, da un lato, ridurre i costi operativi degli enti emittenti titoli di debito. Ciò, mutando il sistema di prelievo dell'imposta sulla remunerazione dalla ritenuta alla fonte alla tassazione separata in capo al percipiente attraverso l'imposta sostitutiva (D.lgs 239/96); dall'altro, il legislatore si è determinato per la tassazione di ogni reddito da capitale, ossia ha incluso nel novero dei redditi diversi di natura finanziaria il c.d. *capital gain* maturato nella negoziazione, cessione o rimborso di strumenti finanziari, dalla cessione di partecipazione in enti e diritti relativi (opzioni, warrant etc...) o da rapporti attraverso cui si possono conseguire differenziali positivi o negativi in dipendenza di un evento incerto (D.lg. 461/97).

³⁴ Si tratta del D.lgs 344/03, “Riforma dell'imposizione sul reddito delle società, a norma dell'articolo 4 della legge 7 aprile 2003, n. 80”.

³⁵ Ai sensi dell'art. 67 del D.P.R. 917/1986 (TUIR), si considerano partecipazioni qualificate quelle che rappresentano, in alternativa: una percentuale superiore al 20% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria di società non quotate; una percentuale superiore al 2% dei diritti di voto esercitabili nell'assemblea ordinaria di società quotate; una percentuale superiore al 25% del capitale sociale di società non quotate; una percentuale superiore al 5% del

prevista un'esenzione parziale su dividendi e *capital gain* ad esse relative. La base imponibile di tale redditi per il socio persona fisica è, infatti, pari al 49,72% del reddito percepito con applicazione della relativa aliquota³⁶; per la partecipazioni "non qualificate" possedute, da soci persone fisiche in s.r.l o s.p.a. opera obbligatoriamente la ritenuta alla fonte – in precedenza facoltativa - .

Ciò, senza che vi sia alcuna possibilità di includere tali redditi nel calcolo della base imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche. Infatti, i redditi di natura finanziaria provenienti da partecipazioni non qualificate vengono tassati in Italia integralmente e attraverso un'imposta sostitutiva – attualmente del 12,5% – e, per ciò che attiene al risparmio, le modalità ed il momento del prelievo variano a seconda del regime di risparmio prescelto – ordinario, amministrato o gestito – .

Attualmente, pertanto, il trattamento fiscale delle rendite finanziarie delle persone fisiche in Italia si presenta come una tassazione integrale e senza esclusioni. Essa comprende, invero, ogni tipologia di reddito da capitale e di redditi diversi di natura finanziaria³⁷.

Inoltre, la diversa tipologia di investimento non soltanto determina l'aliquota applicabile ai redditi che ne derivano, ma incide anche sul momento impositivo, sulle modalità dell'imposizione nonché sull'aliquota e sulla base imponibile.

3.2. Il modello tedesco

Per ciò che attiene al caso tedesco, la tassazione delle rendite finanziarie delle persone fisiche in Germania è stata oggetto di un recente intervento, varato nel corso del 2009.

Sotto il profilo delle modalità del prelievo, la recente riforma ha introdotto, diversamente dal sistema italiano attualmente in vigore, il regime

capitale sociale di società quotate. Le partecipazioni non qualificate sono quelle pari o inferiori alle percentuali di cui sopra.

³⁶ Detto altrimenti, tale reddito concorre alla formazione della base imponibile per il 49,72%, così realizzando un'esenzione parziale per tali redditi.

³⁷ Ai sensi dell'art. 44 del TUIR, sono considerati redditi da capitale "gli interessi, i dividendi, ed ogni altro reddito derivante da contratti che abbiano ad oggetto "l'impiego di capitali". Ai sensi dell'art. 67 del TUIR, il *capital gain* è considerato un reddito "ibrido", composto di ogni provento derivante da contratti idonei a generare guadagni o perdite in ragione di eventi incerti.

dell'imposta proporzionale con ritenuta alla fonte³⁸ per ogni categoria di reddito da capitale. Nell'intenzione del legislatore tedesco, tale modalità di prelievo sarebbe finalizzata ad evitare discriminazioni sotto il profilo del trattamento fiscale dei diversi tipi di investimento nonché a disincentivare ogni forma di arbitraggio fiscale.

Sotto il profilo dell'individuazione delle categorie di reddito, il legislatore tedesco, al pari di quello italiano, considera due diverse categorie di redditi di natura finanziaria³⁹: i flussi di reddito da capitale – all'interno dei quali, al pari della legislazione italiana, sono ricompresi interessi⁴⁰, dividendi e profitti simili – e i proventi derivanti dalle transazioni aventi ad oggetto il capitale – ossia i redditi diversi di natura finanziaria, come il *capital gain* ovvero i redditi derivanti dalla negoziazione di strumenti finanziari derivati⁴¹.

Con riguardo alla base imponibile, il nuovo regime di tassazione delle rendite finanziarie tedesco pone alcuni limiti alla deducibilità delle spese e/o delle perdite relative all'investimento, laddove il sistema previgente prevedeva la formazione della base imponibile al netto di ogni spesa e/o perdita relativa all'investimento senza limiti temporali.

Un primo limite, invero, si riscontra nel fatto che l'odierna legislazione tedesca, basandosi sul principio del *cash-flow*, non ammette il riporto delle perdite derivanti dalla negoziazione di strumenti finanziari derivati se la perdita si verifica prima del realizzo del primo profitto o prima della scadenza del contratto a termine nel periodo d'imposta considerato. Tale limite riguarderebbe, in particolare, i contratti di *swap*, laddove i casi in cui i costi per l'acquisto di opzioni sono deducibili costituisce una tematica dibattuta anche in senso all'Amministrazione finanziaria tedesca.

Il legislatore tedesco, tuttavia, non pone soltanto dei precisi limiti temporali per il riporto delle perdite nelle transazioni finanziarie. Infatti, con la riforma del 2009 è stato introdotto anche un limite di carattere qualitativo per la deducibilità, il riporto e la compensazione delle perdite (c.d. metodo del *ringfencing*⁴²). La legislazione tedesca attuale, invero, prevede

³⁸ In tedesco *Abgeltungsteuer*.

³⁹ Art. 20, par. I e II della legge relativa all'imposta sui redditi tedesca.

⁴⁰ L'art. 20 della legge relativa imposta sui redditi tedesca ricomprende in questa categoria reddituale anche i profitti maturati attraverso investimenti in prodotti assicurativi.

⁴¹ Cfr. art. 20, par. II, Legge tedesca relativa alle imposte sui redditi (*Einkommensteuergesetz*)

⁴² Tale metodo, teso a soddisfare esigenze di contenimento della speculazione finanziaria, si articola in 4 passaggi fondamentali: *a)* la base imponibile dapprima viene determinata al netto delle perdite in generale, di quelle derivanti dalla cessione di partecipazioni nonché speciali esenzioni sono previste per soggetti singoli o famiglie al di sotto di una determinata soglia di

una seconda limitazione, ossia che le perdite derivanti dalla negoziazione di strumenti finanziari in genere possano essere dedotte da profitti della medesima natura. Tale metodo di determinazione della base imponibile dei redditi di natura finanziaria è attualmente sospettato di essere in contrasto con la Costituzione tedesca.

Per ciò che attiene al trattamento fiscale delle rendite finanziarie provenienti dall'estero, il legislatore tedesco applica alle stesse una *flat-tax formula*, dimostrando come il credito d'imposta derivante dalla doppia imposizione possa essere utilizzato soltanto attraverso la compensazione con l'intero reddito finanziario sottoposto a tassazione⁴³.

La tassazione dei profitti derivanti dalla negoziazione di valute rimane, al contrario, assoggettata al normale sistema di tassazione dei redditi su base progressiva, sebbene sia ancora controverso il trattamento fiscale da riservare ai profitti di tale natura realizzati attraverso strumenti finanziari.

Il sistema impositivo *Abgeltungsteuer* tedesco è, pertanto e in linea di massima, una tassazione di carattere definitivo poiché ogni deduzione e/o compensazione consentita viene realizzata dall'erogatore del reddito. Tuttavia, il legislatore tedesco contempla alcuni casi⁴⁴ in cui le rendite finanziarie sono assoggettate alla normale tassazione progressiva sui redditi, senza alcun limite di riporto delle perdite (*ringfencing*) né di deducibilità dei costi. Ciò al fine di evitare il possibile arbitraggio fiscale derivante dalla deduzione dei costi di investimento in sede di dichiarazione dei redditi con assoggettamento del reddito alla *flat-withholding-tax* prevista per le rendite finanziarie⁴⁵.

reddito; *b*) il reddito positivo residuo può essere compensato con le perdite maturate durante il sistema previgente (tale riporto sarà possibile fino al 2013); *c*) il reddito così determinato può essere dedotto dei costi maturati negli anni precedenti sebbene debba essere sottoposto, salvo le eccezioni previste dalla legge, al sistema dell'*Abgeltungsteuer*; *d*) ulteriori perdite non deducibili possono essere riportate nell'anno successivo.

⁴³ Il legislatore tedesco, invero, non ammette alcun rimborso del credito d'imposta, non prevede alcuna limitazione in base alla nazione di provenienza del reddito bensì in base alla tipologia dello stesso e non consente la deducibilità degli oneri sostenuti per il realizzo del reddito.

⁴⁴ Cfr. art. 32d par. 2 della legge tedesca relativa alle imposte sui redditi.

⁴⁵ Ad esempio, secondo la legislazione tedesca, i redditi di ogni tipo derivanti dalla partecipazione occulta ad una società (*silent partnership*) sono ricondotti al sistema di tassazione progressiva ogni qual volta il soggetto percettore ed il soggetto erogatore del reddito presentano legami, anche soltanto di tipo fiduciario o per interposta persona. Inoltre, i gli oneri relativi sostenuti per la partecipazione nel capitale di società sono deducibili soltanto quando il socio detiene più del 25% del capitale ovvero più del 1% se lo stesso percettore ricopre incarichi manageriali all'interno della stessa.

A questo punto ci si chiede se il sistema tedesco di ritenuta alla fonte dell'imposta su ogni tipologia di rendita finanziaria sia un modello efficace e, pertanto, suscettibile di imitazione da parte di altri Paesi. Il sistema tedesco dell'*Abgeltungsteuer* viene considerato come altamente complesso e difficilmente compatibile con i sistemi vigenti negli altri Paesi comunitari. In secondo luogo, l'impatto sulla liquidità che il sistema della ritenuta alla fonte genera necessiterebbe che esso sia adottato a livello internazionale al fine di consentirne il corretto funzionamento evitando la doppia imposizione⁴⁶.

Il fatto che la Direttiva Risparmio⁴⁷ abbia optato per un metodo differente rispetto ad una generalizzata *flat-withholding-tax* per evitare la doppia imposizione costituisce una conferma ulteriore dell'opinione generalizzata per cui la tale metodo non possa funzionare correttamente a livello internazionale.

Tuttavia, è stato segnalato come, a livello nazionale, il sistema di tassazione delle rendite finanziarie con ritenuta alla fonte possa rivelarsi efficiente in quanto meno gravoso, sotto il profilo dei *compliance costs*, sia per il contribuente che per l'Amministrazione finanziaria, consente al Fisco di ottenere il gettito dell'imposta con maggiore rapidità e limiterebbe il volume dei controlli dell'Amministrazione.

4. Gli ostacoli di natura fiscale alle operazioni transnazionali e le iniziative della Commissione Europea

Il 23 Ottobre 2001 la Commissione Europea, attraverso l'adozione della Comunicazione 582⁴⁸, ha evidenziato le principali problematiche di natura fiscale che, di fatto, impediscono la piena realizzazione del mercato interno. In linea generale, la Comunicazione 582 fa riferimento a cinque tipologie di operazioni che non trovano una normativa fiscale coordinata - né, tanto meno, armonizzata - a livello comunitario:

- il *transfer pricing*
- la deducibilità nel consolidato delle perdite sostenuti da società col-

⁴⁶ Per tale ragione, a livello internazionale, la tecnica dello scambio di informazioni tra amministrazioni finanziarie è considerato preferibile.

⁴⁷ Direttiva del Consiglio 2003/43/CE, in vigore dal 1° Luglio 2005.

⁴⁸ COM (2001) 582 - Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato economico e sociale - "Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali - Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società".

legate o controllate estere

- trattamento fiscale degli *inbound dividends*
- ritenuta alla fonte su interessi, dividendi e *royalties*
- ristrutturazioni societarie transnazionali
- costi di gestione (*compliance costs?*) e gestione del c.d. rischio fiscale

Tra quelli segnalati dalla Commissione UE, alcune sono state individuate per la loro attitudine ad ostacolare la creazione di un'impresa concepita per operare a livello comunitario (nella forma della c.d. Societas Europae) ossia:

- l'impossibilità di operare un riporto in esercizi successive delle perdite maturate oltreconfine rispetto alla nazione di residenza della dell'ente
- le difficoltà nella riorganizzazione societaria tramite fusioni e acquisizioni (M&A)
- il problema della c.d. Exit Tax applicata da differenti Paesi comunitari

Inoltre, altre tipologie di ostacoli sono stati considerati per la loro capacità di impedire il corretto funzionamento di una società "paneuropea" una volta superati quelli relativi alla sua creazione ossia:

- il *transfer pricing*
- riporto delle perdite maturate da società collegate o controllate residenti all'estero
- l'IVA nelle operazioni transnazionali

La stessa Comunicazione della Commissione ha anche enunciato le linee essenziali per l'istituzione di una Base imponibile comune a livello comunitario (CCCTB – *Common Consolidated Corporate Tax Base*) per la tassazione dei redditi prodotti dalle imprese comunitarie nei vari Paesi membri del mercato unico. La CCCTB è considerata come una soluzione che potrebbe efficacemente eliminare, almeno in parte, gli ostacoli di natura fiscale che le imprese comunitarie incontrano nell'operare all'interno del mercato unico.

4.1. La CCCTB

Da un punto di vista generale, attraverso la CCCTB i gruppi societari europei sarebbero costretti a far uso delle medesime regole ai fini del calcolo della base imponibile per le loro attività transnazionali all'interno del mercato unico.

Il sistema CCCTB, invero, comporterebbe che:

- il reddito tassabile verrebbe determinato da ogni ente del gruppo sulla base di criteri comuni
- i redditi degli enti a socio unico verrebbero inseriti nel bilancio consolidato di gruppo
- la base imponibile risultante dal bilancio consolidato verrebbe calcolata proporzionalmente al numero degli enti del gruppo secondo una formula determinata
- ogni Stato membro farebbe applicazione delle aliquote previste dalla propria legislazione.

La CCCTB sembrerebbe idonea ad apportare una serie di vantaggi, in particolare perché potrebbe contribuire significativamente ad un'armonizzazione della tassazione diretta a livello comunitario.

Tuttavia e a tal proposito, è stato considerato come il grado efficacia della CCCTB sia strettamente condizionato dal livello di reciproca cooperazione tra i Paesi membri.

Infatti, è stato evidenziato come⁴⁹ il fine di eliminare o di ridurre significativamente gli ostacoli fiscali nelle operazioni cross-boarder a livello comunitario attraverso la CCCTB possa essere realizzato attraverso un significativa cooperazione tra gli Stati membri, ossia è necessario che:

- ogni Paese facente parte del mercato unico armonizzi la propria legislazione fiscale e contabile con le coordinate previste per il corretto funzionamento del sistema CCCTB
- il risultato economico del bilancio consolidato sia individuato quale la voce da prendere in considerazione per la determinazione dell'imponibile unico
- che la base imponibile consolidata venga localizzata in uno dei Paesi membri

Il sistema della CCCTB, combinato con un tale livello di cooperazione, sarebbe in grado di:

- eliminare la doppia imposizione
- eliminare i costi di gestione (*compliance costs*)
- consentire il riporto delle perdite transfrontaliere
- consentire agli Stati membri la sostituzione della normativa anti-elu-

⁴⁹ W. SCHON, U. SCHREIBER, C. SPENGLER, "A Common Consolidated Corporate Tax Base for Europe", in *Workpapers by Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2008, 28-30.

siva sul *transfer pricing* con la c.d formula della proporzionalità (i.e. caratteristiche della struttura della gruppo)

- risolvere il problema della tassazione delle operazioni straordinarie cross-boarder (ciò sarebbe possibile, tuttavia, soltanto qualora anche il trattamento fiscale delle operazioni straordinarie venga armonizzato.

4.2. Problematiche ancora aperte sulla CCCTB

Il sistema della CCCTB, sebbene venga considerato come una possibile ed efficace soluzione agli ostacoli di natura fiscale che incontrano le imprese che operano in ambito comunitario, deve, tuttavia, confrontarsi con la legislazione anti-elusiva relativa alle operazioni straordinarie cross-boarder. E' auspicabile, pertanto, che il sistema della CCCTB venga configurato secondo le necessità che ogni Paese membro ha di difendersi dall'arbitraggio e dell'elusione fiscale. Questi ultimi fenomeni continueranno, invero, a verificarsi fin quando vi saranno tra i singoli Paesi comunitari differenze sostanziali nella tassazione delle operazioni straordinarie. In particolare, se le legislazioni dei diversi Paesi offrono trattamenti fiscali diversi a seconda della modalità del finanziamento dell'impresa (capitale di rischio/capitale di debito), ciò che viene considerato come un costo e ciò che viene considerato come capitale di rischio dovrà essere controllato a livello comunitario e le rispettive transazioni di finanziamento non necessariamente dovranno essere valutate secondo il *nomen iuris* prescelto.

A tale proposito, la Commissione Europea, con un proprio Rapporto del Maggio 2007, ha sottolineato come la finalità precipua del progetto per la realizzazione di una CCCTB non sia quello di armonizzare le aliquote sui redditi imponibili adottate dai vari Stati membri. Di conseguenza, la potestà tributaria dei singoli Stati rimarrà intatta, affinché essi possano porre in essere le politiche fiscali che ritengono più opportune per sostenere la crescita di settori come la ricerca e lo sviluppo o le politiche di ecosostenibilità.

Il sistema della CCCTB necessiterà, inoltre, delle riforme strutturali interne agli Stati membri affinché esso possa funzionare correttamente secondo i criteri di efficienza secondo cui viene concepito. Ciò in quanto il sistema CCCTB è principalmente finalizzato alla semplificazione delle attività transfrontaliere delle imprese comunitarie e, pertanto, alla riduzione dei *compliance cost*.

Sarà necessario pertanto che la Commissioni presenti un piano che consenta ai Paesi comunitari di adeguarsi a delle regole chiare e precise per attuare correttamente il sistema della CCCTB.

Invero, è di particolare importanza che anche gli aspetti amministrativi relativi all'attuazione della CCCTB vengano attuati secondo i criteri del c.d. "*one-stop-shop*", ossia che le regole di compliance, controllo nonché l'applicazione della formula della proporzionalità siano uguali per tutti i Paesi membri cosicché ogni Stato membro possa agire come soggetto parte del sistema della CCCTB.

US Tax Reform: International Tax Issues*

Roberto Succio**

* I owe Elisabetta Vaiti special thank for help at various stage of this contribution. Edited in English by the Author.

** Roberto Succio, PhD, Tax Attorney, Professor in tax law, Università del Piemonte Orientale, Faculty of Law, Alessandria.

CONTENTS: *Part 1. Tax Treaties; 1. A premise: The United States Jurisdiction to Tax; 1.2. The exercise of Jurisdiction to Tax in the Internal Revenue Code (IRC); 1.3. General overview on treaties to come; 1.3.1. US/Luxembourg treaty: a notice; 1.3.2. US/Chile treaty: detailed provisions; Part 2. US Survey on exchange of informations and updates about swiss banks cases; 2.1. Exchange of Information Outside International Agreements; 2.1.2. Remarks; 2.1.3. The jurisprudence of the US Courts; 2.1.4. Sec. 982; 2.2 The trial phase: sharing information as the key point; 2.2.1. Arguments Against Enforcing Summons: an objection sustained?; 2.2.2. DOJ (Department of Justice) Asked to Respond to Swiss Objections; Part 3. Obama Tax policy: updates and proposals; 3.1. "Check-the-Box" rules; 3.2. Matching Expenses to Deferred Income; 3.3. Foreign Tax Credits; 3.4. QI Reform and Offshore Enforcement; 3.5. Additional Reporting; 3.6. Legal Presumptions; 3.7. Tougher Penalties; 3.8. Statute of Limitations; 3.9. Additional Reforms; 3.10. Dividend Substitutes; 3.11. Definition of "Intangibles"; 3.12. "Boot Within Gain" in corporate reorganizations: concerns about presumptive untaxed foreign-source income; 3.13. Corporate Expats; 3.14. The s.c. "80/20" Companies regime; 3.15. Dual Capacity Taxpayers; 3.16. Effective Dates; 3.17. Critics; Part. 4. Transfer pricing economic turbulence rules*

*«Taxes are what we pay for a civilized society».
Oliver Wendell Holmes¹*

¹ *Compania Gen. de Tabacos de Filipinos v. Collector of Internal Revenue*, 227 us 87, 100 (1927) – (Holmes, J., dissenting).

Abstract

This Article aims at illustrating how recent trends in US international taxation are changing the system as a whole. It will discuss important issues and topics central to the debate about *whether* and, if so, *how*, to make fundamental changes in taxation of income from cross-border trade and investment.

The first part is devoted to the tax treaties, and it focuses on their purpose, their relationship with the US Constitution, and the later-in-time principle. A few remarks and observations are made about the most recent updates.

The second part attempts to take stock of some of the current measures in the light of international tax evasion. On one hand, the United States and other advanced economies should provide economic assistance to jurisdictions whose economies would be damaged by the loss of their financial and legal services business. On the other hand, if the tax havens dragged their feet, sanctions could be imposed in the form of denying withholding tax exemptions on interests paid to tax havens, disallowing deductions for payments made to tax havens, or restricting the ability of U.S. financial institutions to provide service to tax havens.

The third part describes a shift in U.S. international tax policy, after President Obama was sworn in; it seems to mark the emergence of a *new deal*, one that is guided not simply by the functional and structural need for government revenue but by concerns for equity and economic and social justice.

Part 1. Tax Treaties

1.1. A premise: The United States Jurisdiction to Tax

Before turning to a close examination of the topic, it seems appropriate to make some general observations about the purpose and effect of tax treaties².

The limitations on the United States power to tax do not appear to be based upon any rule of jurisdiction for there is no rule of international law³

² CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, , *Treaties and other international agreements: the role of the United States Senate*, 39, s. Rpt. 106-71, 2001, reporting that the United States is now party to 600 treaties and nearly 11,000 separate executive agreements.

³ *Burnet v Brooks*, 288 US 378, 53 S Ct 457, 77 L Ed 844 (1933). NORR, *Jurisdiction to Tax and International Income*, 17 Tax L Rev 431, 1962.

nor any provision in the United States Constitution⁴ that limits the United States power to tax. Such limitations as are contained in the Code are there as a result of policy decisions made by Congress.

As with other policy decisions made by Congress, fluctuating considerations of the need for revenue, administrative convenience, international politics and general economic policies will affect the tax decisions made by Congress from time to time.

The United States asserts jurisdiction to tax the income of a foreign person only if there is some reasonable connection between the United States and that foreign taxpayer's source of income⁵ or his status⁶. Thus, the United States will tax fixed or determinable annual or periodical income from the United States (such as rent, dividends, and interests) even if the payee is a non-resident alien who has never seen the United States. On the other hand, the United States will tax the foreign source income of a U.S. citizen even if he has resided in France, for example, for the last ten or 15 years and has nothing but dividends and interest from foreign income.

The Constitution of the United States delegates to Congress the «power to lay and collect taxes.»⁷ The extent of Congress' power is «exhaustive,» and embraces «every conceivable power of taxation.»⁸ The 16th Amendment provides that Congress shall have the «power to lay and collect taxes on income, from whatever source derived, without apportionment among the several states, and without regard to any census or enumeration.» In

⁴ In the companion cases of *Brushaber v Union Pacific Railroad*, 240 US 1, 36 S Ct 236, 60 L Ed 493 (1915), and *Stanton v Baltic Mining Co*, 240 US 103, 36 S Ct 278, 60 L Ed 546 (1916), the Supreme Court upheld the Revenue Act of 1913 against numerable constitutional challenges. In *Brushaber v Union Pacific Railroad*, the Court stated that for a tax to be in violation of the Fifth Amendment due process clause, it must be shown that the exercise of the taxing power: «was so arbitrary that it was not the exertion of taxation, but a confiscation of property [...] or what is equivalent thereto, was so wanting in basis for classification as to produce such a gross and patent inequality as to inevitably lead to the same conclusion.» 240 US at 24, 25. For a complete discussion of the constitutional limitations on the taxing power, see I MERTENS, *Federal Law of Income Taxation*, § 4.01 *et seq.*, 1969 Rev.

⁵ Citizens, resident aliens, and domestic corporations are subject to tax on their worldwide income. IRC § § 1 and 11(a). SURREY, *Current Issues in the Taxation of Corporate Foreign Investment*, 56 Column L Rev 815, 1956; OWENS, *The Foreign Tax Credit* at 520, 521, 1961.

⁶ Citizens, resident aliens, and domestic corporations are subject to tax on their worldwide income. IRC § § 1 and 11(a). SURREY, *Current Issues in the Taxation of Corporate Foreign Investment*, 56 Colum L Rev 815, 1956; OWENS, *The Foreign Tax Credit* at 520, 521, 1961.

⁷ US Const, Art I, § 8.

⁸ See *Brushaber v Union Pacific RR*, 240 US 1, 12, 36 S Ct 236, 60 L Ed 493 (1915).

Brushaber v. Union Pacific Railroad,⁹ the Supreme Court held that the 16th Amendment did not add to the taxing power of the United States. Its sole purpose was to remove income taxes from the Constitutional restriction that direct taxes be apportioned among the states. The word «source» in the 16th Amendment is not used in a geographic context, but has been interpreted to mean that Congress can tax income from any kind of property or activity¹⁰. Thus, the general Constitutional taxing power and not the 16th Amendment is the authority for the worldwide exercise of jurisdiction by the United States. Pursuant to the broad reach of the taxing power, the Supreme Court cases confirm the power of Congress to tax on any number of grounds--citizenship, residence, *situs* of property, or source of income. In *Burnet v. Brooks*¹¹ the Supreme Court upheld an estate tax on the intangible property of a decedent who was not a citizen or resident of the United States and who was not engaged in a trade or business within the United States merely on the basis of the physical location of the stocks and bonds within the United States¹².

The Court said that the power to lay the tax was an inherent attribute of sovereignty which had been delegated by the Constitution to Congress and that the power was not limited by any rules of international law. The Court recognized the potential tax burden that could result from different countries asserting tax jurisdiction over the same item. However, the Court held that the burden of multiple taxation is an insufficient basis to restrict the power of taxation:

«As jurisdiction may exist in more than one government, that is, jurisdiction based on distinct grounds--the citizenship of the owner, his domicile, the source of income, the situs of the property--efforts have been made to preclude multiple taxation through the negotiation of appropriate international conventions. These endeavours, however, have proceeded upon an

⁹ See 240 us 1, 36 S Ct 236, 60 L Ed 493 (1915) .

¹⁰ See *Brushaber v Union Pacific RR*, 240 us 1, 36 S Ct 236, 60 L Ed 493 (1915); *Stanton v Baltic Mining Co*, 240 u.s. 103, 36 S Ct 278, 60 L Ed 546 (1916) .

¹¹ See 288 us 378, 53 S Ct 457, 77 L Ed 844 (1933) .

¹² See *De Ganay v Lederer*, 250 us 376, 39 S. Ct. 524, 63 L Ed. 1042, 1919. The Supreme Court upheld the taxation of income from stocks and bonds of u.s. corporations held in the United States for the benefit of a citizen and resident of France. The *situs* of the property within the United States was a sufficient basis to impose an income tax. In *Helvering v Stockholms Enskilda Bank*, 293 us 84, 55 S Ct 50, 79 L. Ed. 211, 1934, the Supreme Court upheld an income tax on interest paid on an income tax refund to a foreign corporation having no United States business or office located in the United States.

express or implied recognition, and not in denial, of the sovereign taxing power as exerted by governments in the exercise of jurisdiction upon any one of those grounds.»¹³

In *Cook v. Tait*¹⁴ the Court upheld an income tax against a U.S. citizen, resident in Mexico, on income derived from property located in Mexico against the complaint that the taxing jurisdiction of the United States did not extend to income from property located outside of the United States. There the Court said:

«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, nor 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 a citizen.»¹⁵

In *United States v. Bennett*¹⁶ the Supreme Court upheld an excise duty on the use of a yacht owned by a citizen of the United States wholly outside of the limits and territorial jurisdiction of the United States against the challenge that the tax violated the 5th Amendment due process clause. The taxpayer attempted to use the cases limiting the power of the states to tax income and property outside of the state. The Court was clear that no such limitations could be imposed on the federal government:

«Because the limitations of the Constitution are barriers bordering the States and preventing them from transcending the limits of their authority ... affords no ground for constructing an imaginary constitutional barrier around the exterior confines of the United States for the purpose of shutting that government off from the exertion of powers which inherently belong to it by virtue of its sovereignty.»¹⁷

¹³ See *Burnet v Brooks*, 288 us 378, 399, 53 S Ct 457, 77 L Ed 844, 1933.

¹⁴ See 265 us 47, 44 S Ct 444, 66 L Ed 895, 1924; see also *Bowring v Bowers*, 24 F2d 918, 1 USTC P 293 (2d Cir 1928), cert denied, 277 us 608 (taxation of resident alien on his world-wide income) and *Eder v. Commr*, 138 F2d 27, 43-2 USTC P 9519, (2d Cir 1943) (taxation of U.S. shareholder on undistributed profits of foreign personal holding company even though repatriation of foreign corporation earnings would have violated the laws of the foreign country).

¹⁵ See 265 us at 55. The power of Congress to regulate conduct of U.S. citizens in foreign countries is extensive. See *Blackmer v United States*, 284 us 421, 52 S Ct 252, 76 L Ed 375 (1932); *Skiriotes v Florida*, 313 us 69, 61 S Ct 924, 85 L Ed 1193, 1941; Restatement, Second, Foreign Relations Law of the United States § 30 (ALI 1965).

¹⁶ See 232 us 299, 34 S Ct 433, 56 L Ed 612, 1914 .

¹⁷ See 232 us at 306.

1.2. The Exercise of Jurisdiction to Tax in the Internal Revenue Code (IRC)

Congress has exercised its jurisdiction to tax more broadly than many free-world countries. Citizens and U.S. residents are subject to taxation on «all income from what ever source derived.»¹⁸ Thus, a U.S. citizen who realizes income exclusively from the foreign country of which he is a resident is still subject to the Service's jurisdiction and is liable for such taxes on that income as the Internal Revenue Code indicates are due¹⁹.

The Code also taxes the non-resident alien and foreign corporation on income which has its source in the United States²⁰, even if the non-resident alien or foreign corporation has never done business in the United States nor otherwise had any contact with the United States except as the source of some of its income. Congress has not extended its reach as far as it probably is jurisdictionally entitled to. Thus, the Code does not tax foreign corporations or non-resident aliens on foreign source income (with one relatively small exception)²¹ even if the foreign corporation is a wholly-owned subsidiary of an American firm or is entirely controlled by American taxpayers.

That failure to tax is not as significant an oversight as might first appear, however, since there are a number of sections in the Code setting out the rules for taxing a foreign corporation's U.S. shareholders in certain cases²².

The effect of those sections is to indirectly tax those corporations that fall within the cited sections. Traditionally, tax professionals have reconciled treaties with the Code using the later-in-time principle. According to this rule, the most recently-enacted provision prevails when a conflict exists²³. Thus, a treaty entering into force in 1998 supersedes any conflicting Code provision passed in 1991. To prevent unintended overrides, however, the U.S. Supreme Court later clarified that Congress must intend the most recent provision, whether statute or treaty, to overrule the prior law²⁴. An intention to override may be evident from the Code or treaty language itself or from the legislative

¹⁸ IRC § 61(a).

¹⁹ In addition to Reg § 1.1-1(b), see Rev Rul 75-82, 1975-1 CB 5.

²⁰ IRC §§ 871 and 881.

²¹ If a non-resident alien or foreign corporation receives certain foreign source income that is effectively connected with the taxpayer's U.S. trade or business that income is subject to tax by the United States. See § 2.31(4), below.

²² See, eg, IRC §§ 551 et seq, 951 et seq and 1248.

²³ See *Whitney v. Roberson*, 124 U.S. 190, 1888.

²⁴ See *United States v. Lee Yen Tai*, 185 U.S. 213, 221, 1902; *Cook v. United States*, 288 U.S. 102, 120, 1933.

history of either. The statutory expression of the Supreme Court's later-in-time rule requires that due regard be given to any treaty obligation²⁵.

1.3. General overview of recent treaties

A treaty with Italy entered into force in December 16, 2009, but negotiations didn't come to an end: it is already out of date. The French protocol, which entered into force on December 23, 2009 had, for the first time in history, a mandatory arbitration provision, as well as other current provisions. The effective date is extremely important as it enabled a retroactive withholding provision to take effect for 2009.

A treaty with Malta is awaiting Senate action. This treaty is significant because it has a tighter limitation-on-benefits (LOB) provision than other U.S. tax treaties and could provide a model for future treaties. Furthermore, The U.S. signed treaties with Hungary and Chile in February 2010. The treaty with Hungary is significant because it adds a limitation on benefits provision that the prior treaty lacked²⁶.

It also contains a grandfather provision (allowing the use of the previous treaty) that will end on January 1, 2011. Most treaties normally provide a 12-month grandfather period.

²⁵ I.R.C. § 894(a)(1). For a complete description of the treaty override doctrine, see DOERNBERG R.L., *Overriding Tax Treaties: The U.S. Perspective*, 9 Emory Int'l L. Rev. 71, 1995; FORRY J. L.- KARLIN M.J.A., *1986 Act: Overrides, Conflicts, and Interactions with U.S. Income Tax Treaties*, 35 Tax notes (TA) 793, May 25, 1987; Gourevitch H.G., *Tax Treaties: The Legislative Override Problem*, Tax notes int'l (TA), Sept. 7, 1993, available at LEXIS, Fedtax Library, TNI File, elec. cit. 93 TNI 172-15); LARKINS E.R., *Tax Treaties and Other International Agreements: What They Are and What They Mean*, 67 CPA J., May 1997 at 22; and SACHS D., *Is the 19th Century Doctrine of Treaty Override Good Law for Modern Day Tax Treaties?*, 47 Tax law. 867 (19 KU J.G., *Treaties as Laws: A Defense of the Last-in-Time Rule for Treaties and Federal Statutes*, Indiana Law Journal, Spring, 2005, 80 Ind. L.J. 3.

²⁶ As a general statement, the principal measures that have been developed to curb certain practices have been labelled "tax treaty abuse." Much attention has been devoted to this subject--both on the part of government as well as the private sector--since the 1970s, when the problem first received significant attention. See on the topic INTERNAL REVENUE SERVICE, *Tax havens and their use by United States taxpayers - An overview*, 1981; FEINGOLD F., *Entitlement to Treaty Benefits: A Comparison of the Dutch and German Solutions*, Sept. 13, 1994 (unpublished Tax Club paper); LOENGARD R.O., Jr., *Foreign Investors and Nimble Capital: Another Look at the U.S. Policy Towards Treaty Shopping*, Tax Forum n. 439, Jan. 4, 1988; ROSENBLUM D.H., *Tax Treaty Abuse: Policies and Issues*, 15 LAW & Pol'y Int'l Bus. 763, 1983; VAN WEEGHEL S., *The Improper Use of Tax Treaties*, Kluwer law int'l, 1988; NOTE, *Income Tax Treaty Shopping: An Overview of Prevention Techniques*, 5 Nw. j. Int'l l. & Bus. 626, 1983.

The U.S. signed a treaty with Switzerland in September 2009 which provides for a significant exchange of tax information. The parties have also indicated that, within the next few years, they will give consideration to a provision for zero withholding on dividends. This would trigger the need for a tighter LOB provision.

Treaty negotiations are also underway with Poland, Israel, and Colombia, Sierra said. Negotiations with Brazil have stalled and appear to be dead.

1.3.1. us / Luxembourg treaty: a notice

Ann Wagner, U.S. ambassador to Luxembourg, and Luc Frieden, Luxembourg treasury and budget minister and minister of justice, on May 20 signed a protocol modifying the information exchange provisions of the two countries' income tax treaty to conform to the OECD standard. The protocol updates the information exchange provision of article 28 of the 1996 Luxembourg-U.S. tax treaty to provide for exchange of information on request and in specific cases. The agreement follows the Luxembourg government's March 13 announcement of its commitment to implement the OECD standards on information exchange. Following the Luxembourg government's May 6 signing of a tax treaty with Bahrain, the protocol with the United States marks the second agreement Luxembourg has signed in recent weeks that incorporates the OECD information exchange standard.

Bank secrecy laws in Luxembourg, have come under intense scrutiny after some of the investment funds based in Luxembourg were engulfed in the fraud at Bernard L. Madoff Investment Securities, exposing holes in the country's regulatory system²⁷.

But not all Group of 20 members are as focused on the issue as France, Germany and, recently, the United States. Canada, and to an extent Britain, would prefer to use the Group of 20 meetings to improve financial architecture and to agree on steps to lift growth, according to officials from some other countries. Austria's finance ministry said Wednesday that the Group of 20 was not the appropriate forum in which to deal with tax haven issues²⁸.

²⁷ On the topic, see Madoff and Other Fraudulent Schemes: Tax and Planning Implications, White paper: Madoff Ponzi scheme: Fraudulent schemes: Tax planning, (March 23, 2009), in www.cchtaxgroup.com databank.

²⁸ See SUCCIO R., *Sharing bank deposit information with other Countries: is the us tax system becoming the "aloof" of a definitive global tax Compliance?* In DPTI, n. 3 – 2009, p. 1481.

1.3.2. us/Chile treaty: detailed provisions

The first-time income and capital tax treaty and protocol between Chile and us was signed on 4 February 2010. The treaty was concluded in the Spanish and English languages, both texts being equally authentic. The treaty with Chile is significant because the U.S. has very few tax treaties with Latin American countries.

The maximum rates of withholding tax are:

- 15% on dividends in general, reduced to 5% if the beneficial owner is a company that owns directly at least 10% of the voting stock of the company paying the dividends. However, these maximum rates do not apply in respect of dividends paid by Chilean companies to non-residents under certain conditions;
- 15% on interest in general for a 5-year period from the effective date and 10% subsequently, reduced to 4% for interest derived by (i) a bank, (ii) an insurance company, (iii) an enterprise substantially deriving their gross income from the active and regular conduct of a lending or finance business provided that the enterprise is unrelated to the payer of the interest, (iv) an enterprise that sold machinery or equipment and deriving the interest in connection with the sale on credit of it, and (v) any other enterprise, provided that in the three taxable years preceding the taxable year in which the interest is paid, the enterprise derives more than 50% of its liabilities from the issuance of bonds in the financial markets or from taking deposits at interest, and more than 50% of the assets of the enterprise consists of debt-claims against unrelated persons; and
- 10% on royalties in general, reduced to 2% for royalties for industrial, commercial or scientific equipment.

Some of the main deviations from the OECD Model Convention (2008) include:

- Art. 4: where a person other than an individual is a resident of both states, the competent authorities of the contracting states shall by mutual agreement endeavour to settle its status. In the absence of such agreement, such person is not entitled to claim any benefit under the treaty except for those of the MAP article;
- Art. 5: a permanent establishment includes (i) an installation used for the on-land exploration of natural resources only if it lasts or the activity continues for more than three months; (ii) a building site

or construction or installation project and the connected supervisory activity, or a drilling rig or ship used for the exploration of natural resources only if it lasts or the activity continues for more than 6 months, and (iii) an enterprise performing services, for a period or periods aggregating more than 183 days within any 12-month period, through individuals who are present and performing such services in the PE State;

- Art. 7: in determining the business profits of a PE, there shall be allowed as deductions necessary expenses incurred, including a reasonable allocation of expenses incurred for the purposes of the enterprise as a whole (Para. 3). Art. 7: in determining the business profits of a PE, there shall be allowed as deductions necessary expenses incurred, including a reasonable allocation of expenses incurred for the purposes of the enterprise as a whole (Para. 3);
- Art. 7: in the absence of a PE, the United States may impose its excise tax on insurance premiums paid to foreign insurers and Chile may impose its tax on payments for insurance policies contracted with foreign insurers; but the tax so charged may not exceed: (i) 2% for policies of reinsurance; and (ii) 5% for all other policies;
- Art. 8: profits of an enterprise of a state from the operation of ships or aircraft in international traffic are taxable only in that state;
- With regard to Art. 10 (Dividends) Para. 2, 3, 7 and 8, the application of the Additional Tax (non-resident income tax) is not limited provided that under the domestic law of Chile the First Category Tax (business income tax) is fully creditable in computing the amount of Additional Tax to be paid. If (i) the First Category Tax ceases to be fully creditable in computing the amount of Additional Tax to be paid or (ii) the rate of Additional Tax imposed exceeds 35%, the provisions of Art. 10 shall apply with respect to both the United States and Chile, but the tax charged under Para. 2(a) and (b) shall not exceed 15% of the gross amount of dividends paid (Protocol, Para. 12).

The treaty contains an Art. 14 on independent personal services, following in general the UN Model Convention (2001), and an Art. 24 on limitation on benefits, following in general the US Model Convention (2006). Furthermore, under Art. 13, gains derived by a resident of a state from the alienation of shares or other rights or interests representing the capital of a company resident of the other state may be taxed in that other state but the

tax so charged shall not exceed 16% (Para. 5). However, the following gains are taxable only in the residence state:

- gains derived by a pension fund that is a resident of a State;
- gains derived by a mutual fund or other institutional investor that is a resident of a state provided that the shares are substantially and regularly traded on a recognized stock exchange located in the source state and the alienation occurred on a recognized stock exchange in that state; and
- gains derived from the alienation of shares of a company whose shares are substantially and regularly traded on a recognized stock exchange located in the source state, provided that the shares were sold: (i) on a recognized stock exchange located in the source state; or (ii) in a public offer for the acquisition of shares regulated by law; provided that such shares were previously acquired under specific situations (Para. 6).

On the other hand, gains are taxable in the source state without limit if:

- the recipient of the gain at any time during the 12-month period preceding the alienation owned shares, directly or indirectly, consisting of more than 50% of the capital of the company; and gains derived from the alienation of other rights not being debt claims representing the capital of a company, if the recipient of the gain at any time during the 12-month period preceding such alienation owned other such rights, directly or indirectly, consisting of 20% or more of the capital of that company (Para. 7);
- gains derived from the alienation of other rights not being debt claims representing the capital of a company, if the recipient of the gain at any time during the 12-month period preceding such alienation owned other such rights, directly or indirectly, consisting of 20% or more of the capital of that company (Para. 7).

Both Chile and United States generally provides for the ordinary credit method to avoid double taxation. The treaty will enter into force on the date of the later of the notifications by a state about the completion of the applicable procedures required for the ratification of the treaty. For withholding taxes, the treaty will be applicable for amounts paid or credited on or after the first day of the second month following its entry into force; and for other taxes, as from 1 January of the calendar year immediately following its entry into force.

Part 2. US Survey on exchange of informations and updates about swiss bank cases

2.1. Exchange of Information Outside International Agreements

The U.S. government is generally prohibited from disclosing information provided to it or collected by it in connection with the reporting, collection, auditing, and enforcement of the federal income tax. The prohibition against disclosing tax return information is found in sec. 6103 of the IRC. The Privacy Act and the Freedom of Information Act contain general requirements for confidentiality or disclosure by the U.S. government.

Outside tax treaties, the general rule is that there can be no disclosure of taxpayer information to foreign countries except in limited circumstances

2.1.2. Remarks

Return information may be disclosed by IRS employees and officers or employees of the Office of Treasury Inspector General for Tax Administration to officials of foreign countries in accordance with sec. 6103(k)(6) when such disclosure is necessary for obtaining information to be used to enforce U.S. internal revenue laws. The Internal Revenue Manual states that this provision permits exchange of information even in the absence of a tax treaty.

2.1.3. The jurisprudence of the US Courts

Generally, the courts have been more inclined to enforce a summons despite the foreign illegality where:

- the summoee was the person involved in the action;
- the action was criminal rather than civil action;
- the information could not have been obtained otherwise; and/or
- (iv) furnishing the information triggers a civil rather than criminal liability in the foreign country. The courts have been somewhat less inclined to enforce a summons where the person is summoned as a third party, the summoee attempts to comply in good faith, and/or the foreign penalties are criminal in nature and may result in imprisonment.

2.1.4. Sec. 982

Section 982 is particularly interesting. It was designed to encourage taxpayers to be more responsive to IRS requests for information held abroad by precluding the introduction into evidence of any foreign-based documentation in a civil proceeding if such documentation was subject to a formal document request and the taxpayer failed substantially to comply with the request before the 90th day after the request was mailed. For this purpose, “foreign-based documentation” means any documentation (including books and records) located outside the United States which may be relevant or material to the tax treatment of the examined item.

2.2 The trial phase: sharing information as the key point.

Five banking and business groups jumped to the defense of Swiss bank UBS on May 15, jointly filing an amicus brief in the U.S. District Court for the Southern District of Florida asking the court to reject the U.S. government’s demand that UBS surrender the names of as many as 52,000 U.S. customers suspected of evading U.S. income taxes. The U.S. Department of Justice on February 19 had filed a petition in the court seeking the enforcement of an IRS John Doe summons directing UBS to turn over client data for accounts owned by U.S. residents. The Swiss Bankers Association, the Swiss-American Chamber of Commerce, the umbrella Swiss trade group Economiesuisse, the Institute of International Bankers, and the International Bankers Association of California in their *amicus brief* ask the court not to enforce the John Doe summons to respect the existing bilateral tax treaty and to avoid setting a harmful precedent.

2.2.1. Arguments Against Enforcing Summons: ad objection sustained?

The five groups contend that article 26 of the 1996 Switzerland-U.S. income tax treaty already contains exchange of information provisions that have been carefully devised and must not be circumvented. In this perspective, article 26 does not «permit a sweep of records located in a treaty partner’s jurisdiction» the brief says. Information sharing under U.S.

tax treaties requires the parties to share information «only in response to factually specific, narrowly tailored requests.» The information exchange rules under U.S. treaties reflect a balance between tax enforcement and data protection that is beneficial to both the United States and the treaty partner, the brief says. The Swiss government in an April 30 amicus brief filed with the district court had also argued that the John Doe summons should not trump the existing treaty and that a court order to compel information exchange would force UBS to commit crimes under Swiss law and violate Swiss sovereignty. In their May 15 brief, the five groups also said that enforcing the John Doe summons could have a boomerang effect on U.S. banks if foreign courts attempt to apply the same logic in the future to skirt existing treaty provisions and order U.S. banks to share customer information. The five groups also argued that enforcing the John Doe summons would violate the doctrine of comity, under which U.S. courts have a duty to respect the legislative, executive, and judicial acts of foreign governments.

2.2.2. DOJ (Department of Justice) Asked to Respond to Swiss Objections

Federal District Court Judge Alan S. Gold on May 8 ordered U.S. Attorney General Eric Holder to respond to the Swiss government's concerns that enforcing the John Doe summons would interfere with ongoing Swiss-U.S. negotiations on updating the bilateral tax treaty. Switzerland had expressed that concern in its April 30 amicus brief.

The negotiations in question concern revising the Switzerland-U.S. tax treaty to end Switzerland's limitation on administrative assistance on tax matters to cases involving «tax fraud or the like.» Such a revision became necessary when Switzerland on March 13 pledged to abide by the OECD's international administrative assistance standards. Because Switzerland has warned that enforcing the John Doe summons would impede the successful conclusion of those treaty negotiations, Gold asked the attorney general to file by June 30 any statement of interest that would clarify whether the U.S. government fully supports the IRS position seeking enforcement of the summons.

Part. 3. Obama Tax Policy: updates and proposals²⁹

«The power to tax involves the power to destroy».
*John Marshall*³⁰

In some ways, surprisingly, little has changed in the course of the last hundred years: U.S. international taxation is still dominated by the need to balance the desire to prevent both double taxation and complete tax avoidance with sustaining the competitive position of U.S. businesses.

The Obama Administration's 2010 proposed budget projects that federal corporate tax revenues will decrease from 2008 to 2009, but will increase in 2010 and 2011 and will eventually surpass 2008 levels by 2012³¹. The administration further projects that by 2019 corporate tax revenues will reach over \$500 billion annually³². This represents a significant increase over the 2008 federal corporate tax revenue of \$304 billion³³. Presumably, these projected increases are the result of expectations that corporate America will enjoy a more prosperous future. One thing is certain: the budget projections do not suggest that the Obama Administration has ambitious plans to reduce corporate tax rate.

²⁹ See on the topic: *Economic Policy Working Group, The Office of President elect Barack H. Obama* (2008), available at <http://www.nftc.org/default/tax/NFTC%20letter%20to%20President-Elect%20Obama%20Transition%20team.pdf>; DESAI M. A. & HINES J.R. Jr., *Economic Foundations of International Tax Rules* (2003), available at http://www.americantaxpolicyinstitute.org/pdf/economic_foundation_internal.pdf; International Tax Policy Forum/Urban-Brookings Tax Policy Center Seminar, *American Corporate Tax Exceptionalism*, February 20, 2009, Conference Book available at [http://www.itpf.org/ITPF/ITPF.nsf/db0a2701deb0ce0f852570ac00731705/D5BC7FBB-D5168D16852575670077C57F/\\$file/ITPF-TPC%20Conference%20Book.pdf.zip](http://www.itpf.org/ITPF/ITPF.nsf/db0a2701deb0ce0f852570ac00731705/D5BC7FBB-D5168D16852575670077C57F/$file/ITPF-TPC%20Conference%20Book.pdf.zip); J.R. Jr. HINES and L. H. SUMMERS, *How Globalization Affects Tax Design* (2009); K. MARKLE and D.A. SHACKELFORD, *Corporate Income Tax Burdens at Home and Abroad* (2009); M. A. DESAI, F. C. FOLEY, J.R. Jr. HINES *Domestic Effects of the Foreign Activities of U.S. Multinationals* (2008).

³⁰ See *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 Wheat.) 316, 431, 1819.

³¹ See Office of MGMT & Budget, Exec. Office of the President, Budget of the United States Government, FY 2010 at 121 n. 1 (2009), available at <http://www.whitehouse.gov/omb/assets/fy2000newera/ANewEraofResponsibility2.pdf>.

³² *Id.*

³³ *Id.*

3.1. “Check-the-Box” rules

Nearly a decade ago, the U.S. Treasury Department ushered in a new era of tax planning with the advent of the check-the-box (CTB) regulations, which govern the classification of business entities for U.S. tax purposes. The new rules displaced the old multifactor test of entity classification with a more or less elective regime. The CTB project, which had largely been driven by changes in domestic law that blurred the lines concerning the traditional differences between corporations and partnerships, was extended beyond the edge of U.S. borders and applied to classifications of foreign entities as well.

The preamble to both the proposed and final regulations for the CTB regime contained a stern warning from the tax administrators: «In light of the increased flexibility under an elective regime for the creation of organizations classified as partnerships, Treasury and the IRS will continue to monitor carefully the uses of partnerships in the international context and will take appropriate action when partnerships are used to achieve results that are inconsistent with the policies and rules of particular Code provisions or U.S. tax treaties.»

Treasury reiterates Obama’s view that the check-the-box regulations are being improperly used to bypass the antideferral rules under subpart F of the Internal Revenue Code. This occurs when a foreign corporation with a single owner elects, for U.S. tax purposes, to be disregarded as an entity separate from its owner, creating a so-called “tax nothing”.

It may also occur when a foreign corporation with multiple owners elects to be treated as a pass through for U.S. tax purposes. The elective entity classification regime was extended to foreign businesses in 1997. The green book makes clear that the check-the-box regulations are not being repealed in their entirety. Foreign eligible entities may continue to use the elective regime under certain circumstances.

The proposal, if enacted, would limit the permitted uses of disregarded entities to only those arrangements in which the foreign eligible entity and its single owner are created in, or organized under the laws of, the same foreign jurisdiction. In effect, tax nothings would be prohibited only when they’re established in a different jurisdiction than their owner. In such cases, the foreign entity would be treated as a corporation for U.S. tax purposes.

The green book also says first-tier foreign eligible entities, wholly owned by a U.S. person, would generally not be subject to the new check-the-box restrictions -- except in cases of U.S. tax avoidance.

Taken collectively, the explanations reflect a view that the abuses under current law are mostly confined to structures involving second-tier foreign entities with single owners established in a third country (neither the United States nor the second-tier entity's home jurisdiction). No reference is made to foreign eligible entities with multiple owners.

The proposal would raise \$86.5 billion over 10 years.

3.2. Matching Expenses to Deferred Income

Contrary to popular belief, and from a certain point of view to media coverage, Obama's proposal do not call for the wholesale repeal of deferral.

As we know, in simple terms, "deferral" is the postponement of current taxation on the net income or gain economically accrued by a taxpayer³⁴. Deferral, however, also is a result of more basic structural features of the U.S. tax system (e.g., the general principle under sec. 1001 of the IRC that the economic gain in property is only taxable when a realization event occurs).

³⁴ An analysis of the merits of repealing deferral is beyond the scope of this paper; the topic has been debated quite a bit over the past few years. For points of view advocating repeal of deferral, see, e.g., R.J. PERONI, *Back to the Future: A Path to Progressive Reform of the U.S. International Tax Rules*, 51 U. Miami L. Rev. 975, 1997; R.J. PERONI, J. JR. CLIFTON FLEMING, S. E. SHAY, *Getting Serious About Curtailing Deferral of U.S. Tax on Foreign Source Income*, 52 SMU L. Rev. 455, 1999; R.J. PERONI, J. JR. CLIFTON FLEMING, S. E. SHAY, *An Alternative View of Deferral: Considering a Proposal to Curtail, Not Expand, Deferral*, Tax Notes Int'l, Jan. 31, 2000, p. 547; R.J. PERONI, *Deferral of U.S. Tax on International Income: End it, Don't Mend it -- Why Should We Be Stuck in the Middle With Subpart F?*, 79 Tex. L. Rev. 1609, 2001. For several alternative suggestions and ideas on taxation of foreign income, see, e.g., K. KEITH ENGEL, *Tax Neutrality to the Left, International Competitiveness to the Right, Stuck in the Middle With Subpart F*, 79 Tex. L. Rev. 1525, 2001 (arguing for a modification to our deferral regime); Y. MASUI, *Comment: A Japanese View*, 52 SMU L. Rev. 541, 1999 (analyzing the Peroni, Fleming, and Shay "Getting Serious . . ." article, and pointing out how Japan's antiabuse rules focus on the tax rate of the CFC's source country, and are thus "anti-tax haven" rules, in contrast to subpart F's focus on the type of income the CFC produces); T. R. CHORVAT, *Ending the Taxation of Foreign Business Income*, 42 Ariz. L. Rev. 835, p. 2000 (arguing in favor of a territorial system); C. RAM SWITZER, *Analyzing Subpart F in Light of Check-The-Box*, 20 Akron Tax J. 1, 2005 (positing that subpart F and the U.S.'s modified-deferral system has become unworkable and inefficient, and a territorial system would correspondingly be preferable to the current rules).

Instead, the administration focuses the inconsistent treatment of deductions and deferred income. Under current U.S. law, deductions related to the foreign-source income of controlled foreign corporations can be immediately claimed for tax purposes, although no U.S. tax may be due on the associated foreign-source income of the CFC. Such income typically escapes U.S. taxation until it is repatriated, usually in the form of an inbound dividend paid from the CFC to the U.S. parent company.

A basic premise of most country's tax systems is that the timing of expense deduction shall be matched to the recognition of the underlying income. The administration has suggested the current deferral policy provides an incentive for U.S.-based multinationals to shift jobs overseas. The details available in the green book generally follow the antiferral proposal made by House Ways and Means Committee Chair Charles B. Rangel, D-N.Y., in the Tax Reduction and Reform Act of 2007, H.R. 3970.

Discussions of the U.S. system of international taxation are often premised on the idea that foreign investment eliminates domestic investment dollar-for-dollar and job-for-job. Under this reasoning, the prudence of the President's plan may seem self-evident. Higher taxes on the foreign income of domestic companies should shift investment home by discouraging foreign investment. And when foreign investment by U.S. firms decreases, investment in the U.S. should expand proportionally, bringing back lost dollars and jobs. If these assumptions hold true, it's in the U.S.'s interest to end or heavily curtail all incentives for investing overseas. But there is reason to believe that U.S.'s national interest lies in maintaining the current system of deferral.

Recent research into investment patterns of U.S. firms has shown that foreign direct investment (FDI) by U.S. companies generally increases those firms' investment in the U.S. In hard numbers. The study found that a 10% increase in foreign investment correlates with a 2,6% increase in domestic investment. And a 10% increase in the compensation of foreign employees correlates to a 3,7% increase in domestic employee compensation. These increases, for example, result from increases in demand by foreign affiliates for U.S. research and development and exports. As a result, a domestic company that ships its manufacturing jobs overseas may simultaneously increase its demand for engineers.

But, even assuming that foreign investment correlates with an increase in domestic investment, some U.S. families will be hurt by the shifts in employment resulting from foreign investment. And this migration of

some jobs overseas may disproportionately hurt the most vulnerable lower income families. So while the utilitarian among us may shrug and justify the harm as a necessary evil, it's doubtful a family of five facing unemployment and foreclosure will be heartened to know their suffering is part of a greater scheme to increase the prosperity and happiness of some of their fellow citizens. So while Wall Street groans and fires up its war wagons to oppose the plan, Main Street's support for the President's tax plan is unlikely to wane.

Obama's proposal would create a category of otherwise deductible expense known as foreign-related deductions, which would be allocated to currently taxed foreign income. The allocation is based on the proportion of the taxpayer's currently taxed foreign income relative to total foreign income. No deduction would be permitted for that portion of foreign-related expenses not allocable to currently taxed foreign income, a limitation commonly known as the deferral haircut.

The amount of deferred expenses for each tax year would be carried forward to subsequent years and combined with the foreign-source expenses of the U.S. taxpayer for the following tax year before determining the impact of the proposal in future years.

As Obama mentioned during his May 4 speech, the deferral of deductions for foreign expenses would not apply to research and experimentation expenses. The exception is based on the administration's view that investments in R&E are closely correlated with domestic job creation and economic growth.

The proposal is expected to raise \$60 billion over 10 years.

3.3. Foreign Tax Credits

Obama's proposed foreign tax credit reforms would require taxpayers to determine their deemed paid foreign tax credit on a consolidated basis as determined by repatriated pooled earnings and profits and would introduce a matching rule to stop foreign tax credits from being separated from their related foreign income. The foreign tax credit is uncommon as a tax credit in that its goal is to mitigate a disincentive (double taxation from overseas investment) rather than provide an incentive to a company to act in a certain way, according to IRS Notice 98-5. Under Internal Revenue Code section 901, foreign tax credits allow U.S. companies to credit any taxes paid

to a foreign jurisdiction on overseas income against the company's U.S. tax liabilities. The credit is designed to avoid double taxation on the company and is therefore only applicable to offshore income that is taxable at home in the U.S. However, according to Treasury, U.S. companies using certain tax strategies are sometimes able to claim foreign tax credits on income not taxable in the U.S. This allows the companies to unfairly reduce their U.S. total tax liability by applying the foreign tax credits.

According to the green book, under IRC section 902, U.S. companies can claim a deemed paid foreign tax credit, which treats foreign taxes paid by some subsidiaries as paid by the parent when it receives a dividend from the subsidiary. Under the American Jobs Creation Act of 2004, overall foreign tax credits are divided into two "baskets" passive income and general income, as defined by IRC section 904(d).

Because foreign tax credits are applied to income in the baskets, as opposed to dollar for dollar, U.S. companies have the ability to "cross-credit" their foreign tax credit, thereby shielding offshore income subject to low tax rates with credits generated by taxes paid on income at a rate exceeding what would be applicable in the U.S. as long as the income is similar, that is, within the same basket. The reduction of the number of baskets in IRC section 904(d) to two has facilitated cross-crediting.

Under the administration's proposal, «a U.S. taxpayer would determine its deemed paid foreign tax credit on a consolidated basis by determining the aggregate foreign taxes and earnings and profits of all of the foreign subsidiaries with respect to which the U.S. taxpayer can claim a deemed paid foreign tax credit» according to the green book. The deemed paid foreign tax credit would be determined by the pooled earnings and profits repatriated in that tax year.

This proposal - which also appears in the Rangel bill - would have the effect of blocking U.S. companies from choosing high-tax jurisdictions from which to repatriate income, thereby generating large foreign tax credits.

A second foreign tax credit proposal involves «adopting a matching rule to prevent the separation of creditable foreign taxes from the associated foreign income» the green book says.

Foreign tax credits would henceforth be available only to those taxpayers that actually pay the taxes to the offshore jurisdiction. The matching of taxpayer to tax follows the ruling in *Guardian*³⁵ in which the Federal

³⁵ See *Guardian Industries v. United States*, No. 2006-5058, Fed. Cir. Feb. 23, 2007.

Circuit found that a subsidiary of Guardian, GIE, was legally liable for the taxes paid by its Luxembourg subsidiaries. As a result, Guardian was able to claim a foreign tax credit for the tax paid by GIE on behalf of its Luxembourg subsidiaries. The U.S. government had objected to this result, saying that GIE was merely a pass through entity with legal liability limited to the Luxembourg subsidiaries. The new proposal would address this concern by creating a specific match between the taxpayer's foreign income and the creditable foreign tax that is paid on that income.

The foreign tax credit proposals raise \$43 billion over 10 years.

3.4. QI Reform and Offshore Enforcement

The administration's proposals include a significant reform of the qualified intermediary program (QI), increased withholding by financial institutions on U.S. payments to individuals using non-QIs, additional reporting and penalties related to offshore investments, and extension of the statute of limitations for international tax enforcement.

The green book explains that Treasury would restrict eligibility to participate in the QI program with a new rule requiring that no foreign financial institution could qualify as a QI unless it identifies all account holders that are U.S. persons. The government would also expand the reporting requirements of QIs by requiring them to report all reportable payments received on behalf of their U.S. account holders. Essentially, a QI would need to file a Form 1099 for such payments as though it were a U.S. financial institution.

Treasury would be authorized to issue regulations implementing the QI reform, including rules to limit QI affiliations with non-QIs and require QIs to collect information indicating the beneficial owners of foreign entity account holders and to specifically report if a U.S. person is the beneficial owner. Treasury would clarify that the IRS may publish a list of QIs under IRC section 6103.

Another proposal would require U.S. withholding agents making payments of U.S.-source fixed or determinable annual or periodical gains, profits, or income (FDAP) to a non-QI to treat the payment as made to an unknown foreign person, subjecting the payment to 30 percent withholding tax. Foreign persons that are overwithheld would have the option of applying for a refund on the excess amount.

The administration views the current withholding requirements as being easy for non-QIs to escape. It is concerned that persons not entitled to a withholding exemption or reduction can avoid U.S. tax by receiving payments through non-QIs. Treasury believes the proposal would therefore encourage use of QIs. Treasury, which would have authority to provide exceptions, said the new rules would be designed to cause as little disruption as possible to ordinary market transactions.

U.S. withholding agents would be required to withhold 20 percent on gross proceeds from the sale of any security that would be reportable to a U.S. nonexempt payee, when the payment is made to a non-QI located in a jurisdiction with which the U.S. does not have a tax treaty that includes a satisfactory exchange of information provision. The green book explains that U.S. persons try to avoid U.S. tax by receiving payments of gross sales proceeds, otherwise reportable, through non-QIs by certifying that they are foreign persons.

As with the proposal to require withholding on FDAP payments made to non-QIs, Treasury would have the authority to provide exceptions.

3.5. Additional Reporting

As part of the crackdown on offshore tax evasion, the administration proposes requiring U.S. individuals to report on their income tax returns any transfer of money or property made to (or receipt of money or property from) any foreign financial account owned by the individual, or any entity of which the individual owns (actually or constructively) an ownership interest of 50 percent or more.

Transfers to and from QIs would not be required to be reported. Other reporting exemptions would apply based on the amount or value of the transfers. Treasury would have the authority to issue rules to prevent abuse of the reporting exemptions and to provide other exceptions to the reporting requirement.

Individuals required to file a Foreign Bank Account Report (FBAR) form - generally filed with Treasury and not the IRS - would be required to disclose the information reported on the FBAR on their income tax returns. This would include account numbers, financial institutions, and the account's maximum value during the year. The information would be

disclosed on a schedule that would be considered part of the income tax return.

The administration also proposes establishing a third-party reporting requirement for transfers of assets to foreign financial accounts and for the establishment of foreign financial accounts. Some exceptions to the reporting requirement would apply. Additionally, any U.S. person or QI that forms or acquires a foreign entity on behalf of a U.S. individual (or on behalf of any entity of which the individual owns, actually or constructively, more than 50 percent of the ownership interest) would be required to file an information return with the IRS that details the foreign entity formed or acquired.

3.6. Legal Presumptions

As part of its plans to revise the legal presumptions favorable to tax evaders, Treasury proposes creating a rebuttable evidentiary presumption that any foreign financial account in which a U.S. citizen or resident (or person doing business in the U.S.) has a financial interest or signature authority over the account contains enough funds to require that an FBAR be filed. The presumption would be applicable in civil administrative or judicial proceedings. An exception would apply to accounts held through a QI.

Another proposal would create a rebuttable evidentiary presumption that failure to file an FBAR for any foreign financial account held with a non-QI is willful if the account has a balance of greater than \$200,000 at any point during the calendar year. The presumption would not apply to accounts in which the person has signature or other authority by virtue of being an officer or employee of a corporation (and has no more than a *de minimus* financial interest in the company). Any withholding agent making a payment of FDAP income to a foreign entity would be required to treat the payment as made to an unknown person -- thus subject to 30 percent gross-basis withholding -- unless the foreign entity provides documentation of the entity's beneficial owners. Exceptions would apply to payments made to publicly traded companies and their subsidiaries, foreign governments, and pension funds. Treasury would have the authority to provide exceptions to any other payments it believes present a low risk of tax evasion.

3.7. Tougher Penalties

The administration proposes doubling from 20 percent to 40 percent - the penalty imposed on substantial understatements of income tax. The doubled penalty would also apply to understatements resulting from negligence or disregard of the rules or regulations, or reportable transaction understatements, when the understatement arises from a transaction involving a foreign account that the taxpayer failed to disclose properly under the proposed requirement that taxpayers disclose FBAR information on their tax returns. In the case of a reportable transaction understatement, the reasonable cause exception would not be available.

Another proposal would amend the foreign trust reporting penalty by imposing an initial penalty of the greater of \$10,000 or 35 percent of the "gross reportable amount" (defined as the gross value of property involved in a reportable event, such as a gratuitous transfer to the trust), if the gross reportable amount is known. The additional \$10,000 penalty for continued failure to report would remain in place. If the person later comes forward and provides information for the IRS to determine the gross reportable amount, the total penalties would be capped at that amount and any excess penalty already paid would be refunded.

3.8. Statute of Limitations

Treasury has said the three-year statute of limitations provided by IRC section 6501(c)(8) does not always provide the IRS with sufficient time to determine a taxpayer's tax liability. It proposes doubling the statute of limitations to six years after the taxpayer submits required information. Because the information returns to which section 6501(c)(8) applies do not include some returns needed by the IRS to enforce the tax laws on foreign accounts and entities, the administration proposes expanding the types of returns listed under that code section. The expanded list would include the information return filed by qualifying electing funds pursuant to regulations under section 1295(b) of the code, the proposed tax return disclosure of FBAR information, and the information returns the administration proposes to be required of U.S. individuals relating to transfers of assets to foreign financial accounts.

The QI and offshore enforcement proposals would raise \$8.7 billion over 10 years.

3.9. Additional Reforms

The measures discussed above form the core of the administration's international tax reform agenda, raising approximately \$200 billion of the total 10-year target of \$210 billion. The remaining \$10 billion would be raised through a set of new international proposals that adhere to the basic theme of increasing the level of U.S. taxes being paid on the foreign earnings of U.S.-based multinationals.

3.10. Dividend Substitutes

The first of these add-ons addressed the treatment of equity swaps. Dividends paid on the shares of domestic corporations are considered U.S.-source income and normally subject to withholding taxes when paid to a foreign corporation, foreign partnership, or nonresident alien. Current tax law, however, permits foreign taxpayers to avoid U.S. withholding taxes - typically 30 percent, unless reduced by applicable treaty - on outbound dividend substitutes. Dividend substitutes such as equity swaps (notional principal contracts referencing shares in U.S. companies) are the functional equivalents of real dividends paid to foreign shareholders but avoid U.S. withholding obligations because the payment is deemed to be foreign-source income. Notional principal contracts are traditionally sourced according to the investor's country of residence.

Equity swaps, which are popular with foreign portfolio investors, allow investors not only to avoid U.S. withholding tax on dividend substitutes but also to realize gain from appreciation in the price of U.S. stocks free of withholding tax.

The Obama administration will instruct Treasury to revoke IRS Notice 97-66 and issue new guidance that eliminates the current treatment of dividend substitutes while seeking to minimize instances of over withholding. The general rule would deem payments on outbound payments on equity swaps that reference U.S. stocks to be treated as U.S. - source income - and therefore subject to U.S. withholding like genuine dividends.

A carve out is proposed for equity swaps that are considered no abusive when the following conditions are met:

- the swap does not require the foreign person to post more than 20 percent collateral;

- the swap does not address the hedge position of the counterparty;
 - the underlying U.S. stock is publicly traded, and the amount of the swap is both less than 5 percent of the total float and less than 20 percent of the 30-day average trading volume;
 - the swap term is at least 90 days;
 - the foreign person does not sell the stock to the counterparty at inception or purchase the stock from the counterparty at termination; and
 - the measurements of the foreign person's and the counterparty's contractual rights and obligations are based on objective pricing.
- Treasury would be authorized to establish additional exceptions. The measure is expected to raise \$1.4 billion over 10 years.

3.11. Definition of “Intangibles”

Transfer pricing as a rule does not feature in Obama's budget. The single exception is the proposal to clarify the definition of intangible property for purposes of IRC section 482. Much of the perceived revenue drain associated with aggressive transfer pricing involves the migration of intangible property from a U.S. taxpayer to a foreign affiliate. The result is that future income streams, such as royalty payments from the permitted use or licensing of intangibles, are subject to tax in a foreign jurisdiction but not in the United States. Many of the foreign affiliates to whom intangibles are transferred are located in jurisdictions where royalty income is taxed on favorable terms.

The statutory language of IRC section 482 does not attempt to define intangibles but does require that income from the transfer or licensing of intangibles must be «commensurate with income.» IRC section 482 looks to IRC section 936(h)(3)(B) for the definition of intangible, but the statutory language there is inconclusive. Treasury's green book states that the current definition «is not entirely clear or consistent» giving rise to inappropriate shifting of income-producing assets. Treasury intends to clarify that, for purposes of IRC section 482, intangibles include workforce in place, goodwill, and going concern value. The expanded definition also applies for subpart D transactions falling under IRC section 367(d) relating to transfers of property to foreign corporations.

The proposal also addresses valuation of intangibles. It authorizes the IRS to value the transfer of multiple intangibles on an aggregate basis when doing so produces «more reliable results» and would require that intan-

gibles be valued on the «highest and best use» between a willing buyer and seller with reasonable knowledge of relevant facts.

The measure would raise \$2.9 billion over 10 years.

3.12. “Boot Within Gain” in corporate reorganizations: concerns about presumptive untaxed foreign-source income.

Corporate reorganizations typically require the shareholders of one merged entity to exchange held shares for new shares in the other merged entity. Because the valuation of exchanged shares is rarely a dollar-for-dollar match, additional consideration (normally cash) is used to level the trade. While the underlying merger may qualify as a nonrecognition event, shareholders may nevertheless be taxable in an amount not to exceed the lesser of the asset’s built-in gain or the nonqualifying consideration - commonly known as boot.

The boot-within-gain limitation is a hallmark of modern mergers and acquisitions planning, but the Obama administration is concerned that some cross-border applications of the rule may result in previously untaxed foreign-source income (that is, deferred income) being repatriated from a controlled foreign corporation to a U.S. shareholder with minimal U.S. tax consequences. The green book outlines a scenario in which the exchanging U.S. shareholder’s stock in a target company has little or no built-in gain at the time of the merger (for example, when stock prices are significantly deflated), causing the U.S. shareholder to receive boot that is essentially an in-bound dividend to the extent it’s paid out of the CFC’s earnings and profits.

The Obama administration views such treatment as inconsistent with U.S. tax policy on remittances of deferred income. The proposal would eliminate boot-within-gain treatment for cross-border reorganizations in which the acquiring corporation is foreign and the U.S. shareholder’s exchange has the practical effect of a distribution paid from E&P, as determined under IRC section 356(a)(2).

The measure would raise \$297 million over 10 years.

3.13. Corporate Expats

The budget proposal attempts to minimize earnings stripping opportunities for U.S. firms that have undergone corporate inversions to reorganize

as foreign surrogate entities -- that is, corporate expats. The administration would amend three aspects of the thin capitalization rules under IRC section 163(j) to limit the deductibility of interest expense on loans between expatriated entities and related persons. The current debt-to-equity safe harbor (a ratio less than 1.5 to 1) would not apply to expatriated entities. Also, the 50 percent net interest expense cap under IRC section 163(j) would be reduced to 25 percent for expatriated entities. Finally, the carryforward for disallowed interest expense would be limited to 10 years.

Expatriated entities would be defined in reference to IRC section 7874 as if the statute and regulations thereunder had been applicable since July 10, 1989. The regulations under IRC section 7874 currently apply to transactions on or after March 4, 2003.

The measure would raise \$1.2 billion over 10 years.

3.14. The so called “80/20” Companies regime

The administration would repeal the 80/20 regime in its entirety. Under current law, dividends and interest paid from U.S. companies is U.S. sourced and subject to withholding when paid to a foreign recipient. A narrow exception to the sourcing and withholding rules applies for companies if at least 80 percent of their gross income, as measured over a three-year test period, is both foreign-source income and attributable to an active trade or business.

Without going into detail, the green book concludes that special rules for 80/20 companies can be easily manipulated to achieve results inconsistent with U.S. tax policy. The measure would raise \$1.2 billion over 10 years.

3.15. Dual Capacity Taxpayers

The administration would clarify the foreign tax credit rules for cases when a U.S. taxpayer paid a foreign levy in return for which a specific economic benefit was received (s.c. “dual capacity taxpayers”).

The U.S. foreign tax credit regime has long distinguished between creditable and noncreditable foreign taxes. The treatment is often unclear, however, when a U.S. taxpayer pays a foreign levy in a country that does not generally tax corporate income. The green book gives the example of a

country that imposes a levy on oil and gas income but not on corporate income. The proposal clarifies that no U.S. tax credit is allowed when payment of the foreign levy resulted in specific economic benefits to the payer. The measure would raise \$4.5 billion over 10 years.

3.16. Effective Dates

The above measures would be effective for tax years beginning after December 31, 2010. The dividend substitute proposal would be effective for payments made after December 31, 2010, regardless of when the equity swap was entered into.

3.17. Critics

The international tax provisions in Obama's budget are not simple loophole closers, but «a fundamental change in the U.S. tax system» that would make it difficult for U.S. businesses to compete overseas, Barbara Angus, a partner with Ernst & Young's international tax services group, said on May 11 during a conference call with reporters. «These proposals, when taken together, would be the economic equivalent of the repeal of the deferral system» said Angus, a former Treasury international tax counsel. For that reason, she said, the proposals would be a «big change for businesses acting internationally» a fact that should inform the debate over these measures.

The overall flavor of the additional international proposals in the green book were no surprise to practitioners, though the details may have raised more questions than they answered.

Joe Calianno, technical tax practice leader with Grant Thornton LLP, recognized the boot-within-gain proposal as «an area that the IRS and Treasury have been studying as of late and have requested comments on.» Calianno questioned the rationale of the new proposal. «If one believes the underlying premise of section 356, which is to limit an income inclusion when there is little or no gain in the stock exchanged by the shareholder in the reorganization, it is not entirely clear why certain international transactions should be singled out, as they clearly are» he added.

Part. 4. – Transfer pricing economic turbulence issues

A multinational taxpayer facing economic turbulence might have a number of diverse options in addressing current transfer pricing concerns³⁶. Such a range of options might include one of the following eight possibilities, among others:

- Increasing reliance on in-house data rather than relying on external data sources;
- Modifying the arm' length range of results;
- Fine-tuning and adjusting comparable data through regression analysis or otherwise;
- Restructuring applicable related-party commercial and financial relationships to reflect new economic realities;
- Renegotiating and restructuring transfer pricing relationships, including advance pricing agreements;
- Selecting transfer pricing measures less vulnerable to profit sensitivity;
- Changing the time period for assessing comparability;
- Modifying central entrepreneur structures.

Transfer pricing as an area of specialization has become undeniably complex as the U.S. government, foreign governments, and state governments all wanted to collect their perceived share of “the tax take.” Many corporate taxpayers and their advisors, faced with their need to acquire economic, legal, and accounting expertise applicable to the company's business, retreated from the scene, often undertaking the minimum transfer pricing analysis in each applicable jurisdiction. The present economic turbulence complicates the taxpayer's goal to undertake the minimum necessary transfer pricing analysis. The economic turbulence, in and of itself, requires taxpayers and their advisors to undertake more complex strategies unneeded in prior time periods as a general matter, transfer pricing regimes provide taxpayers with a number of transfer pricing options, often permitting the taxpayer to select the best [transfer pricing] method.

Prior to the onset of the 2007-2009 economic turbulence, a significant number of taxpayers and their advisors almost automatically select the *com-*

³⁶ See R. FEINSCHREIBER, *Business Facets of Transfer Pricing*, *Transfer Pricing Handbook*, Third Edition Chapter 1, John Wiley & Sons, Inc., 2001.

parable profits method (CPM) or the transactional net margin method (TNMM) as the transfer pricing method of choice.

The present economic conditions change the parameters, making that almost automatic approach no longer viable. The advisors treat the company's transfer pricing method as being the company's "best" transfer pricing method, making that determination almost as a knee-jerk reaction. These advisors quickly select a SIC or NAICS code, often doing so without really understanding how a particular business operates. The taxpayer and its advisors may spend significant sums to acquire a database from which they will perform number-crunching operations to select the taxpayer's CPM or TNMM.

The database providers become stakeholders in the transfer pricing process. The advisors are often able to provide voluminous materials, incurring limited analytical thought. The advisors, regrettably, are often MBA-trained workers unfamiliar with the economics of the business under review, on one hand, and also unfamiliar with corollary related international tax issues, contractual issues, and cost accounting concerns on the other hand.

Incredulously, even in this day, even major businesses undertake a transfer pricing study without the input of economists, lawyers, and cost accountants, all of whom are necessary to the transfer pricing practice³⁷.

The current economic downturn, because of its sharp economic severity and the gradual improvement in economic conditions, continues to impact transfer pricing analysis. Transfer pricing analysis, by its very nature, looks to comparative data to set or test transfer prices. These economic factors might test the arm's length range or put the company's results beyond this arm's length range. Changes in the economy might cause comparables to shift rapidly, especially as to profit ratios. These preceding factors, i.e., the presence or absence of fixed costs, contact manufacture relationships, and distributor relationships can be significant factors in determining profit comparability. The taxpayer, then, in determining apples-to-apples comparability, needs to screen out companies that differ sharply from the company's risk profile, measured by fixed costs, contact manufacture relationships, and distributor relationships.

³⁷ R. FEINSCHREIBER, *Practical Aspects of Transfer Pricing, Transfer Pricing Handbook*, Third Edition, Chapter 2, John Wiley & Sons, Inc., 2001.

The manner in which a business operates determines the sharpness of an economic decline. This sharpness impacts both the extent of the economic decline and the time during which the decline happens.

The factors that impact the sharpness of the economic decline include the following:

- the extent to which the assets of the business constitute fixed costs as opposed to variable costs;
- the extent to which the company as a manufacturer operates on a contract manufacture basis;
- the extent to which the company as a distributor incurs limited risk

The manner in which a business operates determines the time at which a decline can happen. Such a taxpayer might measure its activities by sales volume or by capacity utilization.

A factor of primary importance for the company to respond to the economic decline is the agility of this company to respond to adverse economic conditions. This agility requires the company to undertake a cohesive but rapid review of the manner in which the company does business, including contractual structures. Thus, the business would be reviewing the operations of the business the company can change, including from a legal perspective, employment contracts, distribution contracts, and the like.

From a governmental perspective, the transfer pricing often becomes the ascertaining of which party should bear the cost of downsizing based on downsizing of its manufacturing capacity or otherwise to limit overcapacity³⁸.

The cost of economic turbulence becomes cost indemnification, including any transfer of assets, and reversals of business restructuring from full-fledged distributors to low-risk distributors. The question should be raised as to whether tax administrations will permit taxpayers to have full reign, to win both ways, in periods of economic success and in economic decline.

³⁸ D. ERNICK, S. HUIBREGTSE, J.V. MASSONI, and R. SCHATAN, *Transfer Pricing in a Downturn Economy*, OECD Global Forum on Tax Treaties and Transfer Pricing, 2009, p. 142.

References

- H. J. AULT, *Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, 47 Tax L. Rev., 1992, p. 565
- H. J. AULT, *The Importance of International Cooperation in Forging Tax Policy*, 26 Brook. J. Int'l L. , 2001, p.1693
- R. S. AVI-YONAH, *The Rise and Fall of Arm's Length: A Study in the Evolution of U.S. International Taxation*, 15 Virginia Tax Rev. , 1995, p. 89
- R. S. AVI-YONAH, *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 Texas L. Rev., 1996, p. 1301
- R. S. AVI-YONAH, *International Taxation of Electronic Commerce*, 52 Tax L. Rev. , 1997, p. 507
- R. S. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare State*, 113 Harv. L. Rev., 2000, p. 1573
- R. S. AVI-YONAH, *Comment on Rosenbloom, International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, 53 Tax L. Rev., 2000, p. 167
- R. S. AVI-YONAH, *Tax Competition and E-Commerce*, 23 Tax Notes Int'l, 2001, p. 1395
- R. S. AVI-YONAH, *Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and Progressive Taxation (Review of Slemrod, Does Atlas Shrug? The Economic Consequences of Taxing the Rich)*, 111 Yale L J, 2002, p. 1391
- R. S. AVI-YONAH, *Corporations, Society and the State: A Defense of the Corporate Tax*, 90 Va. L. Rev., 2004, p. 1193
- R. S. AVI-YONAH, *International Tax as International Law*, 57 Tax L. Rev., 2004, p. 483
- R. S. AVI-YONAH, WOLFGANG SCOEN AND RICHARD VANN, *The Treatment of Business Profits Under Tax Treaties*, forthcoming
- E. CHORVAT, *Forcing Multinationals to Play Fair: Proposals for a Rigorous Transfer Pricing Theory*, 54 Ala. L. Rev. , 2003, p. 1251
- T. DAGAN, *The Tax Treaties Myth*, 32 NYU J. Int'l L. & Pol., 2000, p. 939
- M.L. DIONNE, *Book Review*, 55 Tax Notes 1279, 1279 (1992) (reviewing Ernst & Young et al., *International Transfer Pricing*, 1992)
- M. J. GRAETZ, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 26 Brook. J. Int'l L., 2001, p. 1357
- M. J. GRAETZ AND MICHAEL M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 Duke L.J., 1997, p. 1021.

- J. GUTTENTAG AND REUVEN AVI-YONAH, *Closing the International Tax Gap*, in Max B. Sawicky (ed.), *Bridging the Tax Gap: Addressing the Crisis in Federal Tax Administration*, 99. International Tax Review 2006. Keeping Clear of the Rules
- M. A. KANE, *Strategy and Cooperation in National Responses to International Tax Arbitrage*, 53 Emory L.J., 2005, p. 89
- M. KEEN AND ALEJANDRO SIMONE, *Is Tax Competition Harming Developing Countries More Than Developed ?*, 34 Tax Notes Int'l, 2004, p. 1317
- LEPPARD, *Is the United States Obligated to Drive on the Right*, 10 Duke J. Comp. & Int'l L., 1999, p. 43.
- P. R. MCDANIEL, *Trade and Taxation*, 26 Brook. J. Int'l L., 2001, p. 1621
- S. N. MENUCHIN, *The Dilemma of International Tax Arbitrage*, 2004
- J.M. PEASLEE, *Creditable Taxes as an Expense in Applying the Economic Profit Test- Here We Go Again?*, 2006
- R.L. KAPLAN, *International Tax Enforcement and the Special Challenge of Transfer Pricing*, 1990 U. Ill. L. Rev. 299, 300-01
- Y. Z. REICH, *International Arbitrage Transactions Involving Creditable Taxes*. Taxes, forthcoming.
- D. M. RING, *One Nation Among Many: Policy Implications of Cross-Border Tax Arbitrage*, 44 B.C.L. Rev., 2005, p. 79.
- J. ROIN, *Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition*, 89 Geo. L.J., 2001, p. 543
- H. D. ROSENBLOOM, *International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, 53 Tax L. Rev., 2000, p. 137
- H. D. ROSENBLOOM, *Cross-Border Arbitrage: The Good, The Bad And The Ugly*, Taxes (forthcoming).
- R. J. VANN, *International Aspects of Income Tax*, in 2 Tax Law Design and Drafting 728, Victor Thuronyi, ed., 2000
- WEST P. R., *Foreign Law in U.S. International Taxation*, 3 Fla. Tax Rev. 147, 2000
- D.W. WICKHAM & C.J KERESTER, *New Directions Needed for Solution of the International Transfer Pricing Tax Puzzle: Internationally Agreed Rules or Tax Warfare?*, 56 Tax Notes 339, 349, 1992.

La riforma fiscale statunitense: temi di diritto tributario internazionale*

Roberto Succio*

*Sono in debito per un ringraziamento speciale a vari livelli ad Elisabetta Vaiti per il suo contributo alla stesura dell'articolo

** PhD, Giudice tributario, Professore di diritto tributario, Università del Piemonte Orientale, Facoltà di Giurisprudenza, Alessandria.

Abstract

L'Autore esamina le recenti tendenze normative e giurisprudenziali della fiscalità internazionale USA, verificando se e come tali possibili cambiamenti potrebbero modificare il sistema nel suo complesso, specialmente con riguardo ai rapporti *cross-border* ed alle conseguenze per gli operatori non residenti.

La prima parte è dedicata ai trattati internazionali contro la doppia imposizione, e si concentra sulla loro finalità e le loro relazioni con le norme costituzionali statunitensi, non ultimo il principio di prevalenza della legge posteriore. Alcune considerazioni sono svolte con particolare riferimento ai più recenti sviluppi ed ai trattati appena conclusi.

Secondariamente, l'articolo si propone di sintetizzare e passare in rassegna le principali misure normative dirette a contrastare l'evasione internazionale.

Da un lato, gli Stati Uniti e le altre economie avanzate dovrebbero fornire assistenza economica a quelle nazioni le cui economie potrebbero esser danneggiate dalla perdita dei servizi finanziari off shore. D'altro canto, se tali nazioni (*tax havens*) dovessero fare resistenza, diverse sanzioni potrebbero esser imposte nella forma di applicazione di ritenute alla fonte sugli interessi pagati a soggetti residenti in tali nazioni, di negazione della deduzione dei costi sostenuti nelle operazioni con soggetti ivi residenti, o

ancora sotto forma di restrizioni alla possibilità per soggetti esercenti attività finanziaria di fornire servizi a soggetti ivi collocati.

La terza parte del contributo descrive il recente mutamento di indirizzo dell'*international tax policy* verificatosi dopo l'assunzione della carica da parte del Presidente Obama; pare davvero che tale evento abbia costituito l'inizio di un vero e proprio *new deal*, non ispirato semplicemente dalla necessità, funzionale e strutturale per il Governo, di ottenere entrate, ma da attenzioni alle ragioni di equità e solidarietà economica e sociale.

PAOLO DIMAN, *Le costituzioni economiche dei Balcani occidentali. Il governo di moneta e finanza pubblica nella prospettiva europea*, CEDAM, Padova, 2009, pp. X-194. ISBN 978-88-13-29899-9

Francesco Bilancia*

* Professor of constitutional law, University “G. D’Annunzio” Chieti/Pescara, Faculty of Economics. Edited in English by the Author.

The volume deals, with awareness of method and based on a detailed research, the analysis of recent developments in the so-called “economic constitution” of the Western Balkans (Albania, Bosnia-Herzegovina, Croatia, Macedonia, Montenegro and Serbia) in the long process of “transposition” of EU constitutional principles. The analysis proceeds by comparing the *formal* discipline of the “economic constitution” of these Countries and the actual texture of the developments in the structure of the “market” according to the EU regulatory framework in order to assess the degree of effectiveness of national legislation (european-inspired).

On the theoretical level, the method of work is set on a comparison between the *normative* notion of “economic constitution” (Schmittian model) and the real structure of economic relations, regarding both the profile of individual rights and the institutional relationships between law and economy. The book describes the European economic constitution which is assumed as prescriptive in respect of national laws – according to the doctrine of economic constitution in substantial sense – to compare with it the formal constitutional framework of the Countries surveyed, in order to assess specifically the degree of effectiveness on the material level. Following this approach, in the succession of the various chapters, the Author

proceeds from the analysis of market and competition (chapter two), to that of the so-called “monetary constitution” (chapter three) and of the so-called “financial constitution” (chapter four).

The book, which is strongly characterized by the described methodological approach, is worthy of appreciation to the underlying theoretical framework, the thematic deepening and the richness of arguments.

PAOLO DIMAN, *Le costituzioni economiche dei Balcani occidentali. Il governo di moneta e finanza pubblica nella prospettiva europea*, CEDAM, Padova, 2009, pp. X-194. ISBN 978-88-13-29899-9

Francesco Bilancia*

* Professore ordinario di Diritto costituzionale nella Facoltà di Economia dell'Università "G. D'Annunzio" di Chieti/Pescara.

Il lavoro affronta, con consapevolezza di metodo e sulla base di una ricerca approfondita ed informata, l'analisi della recente evoluzione della c.d. "costituzione economica" degli Stati balcano-occidentali (Albania, Bosnia-Erzegovina, Croazia, Macedonia, Montenegro e Serbia) nel lungo processo di avvicinamento di questi al sistema dei trattati comunitari. L'analisi procede dal confronto tra la disciplina *formale* della c.d. "costituzione economica" di tali Paesi e l'effettiva consistenza materiale degli sviluppi della struttura del "mercato" secondo gli assetti normativi comunitari, al fine di valutare il grado di effettiva assimilazione della normativa interna – di ispirazione europea – da parte dei concreti assetti del sistema economico nazionale.

Sul piano teorico il metodo di lavoro è impostato sul confronto tra la nozione *normativa* della "costituzione economica" di stampo schmittiano e l'effettiva struttura dei rapporti economici, e ciò in relazione tanto al profilo dei diritti individuali quanto degli assetti istituzionali nei rapporti tra diritto (di matrice politica) ed economia. Il lavoro descrive il regime della costituzione economica europea, che assume come prescrittivo nei confronti degli ordinamenti nazionali – sulla falsariga delle dottrine della costituzione economica in senso materiale –, per confrontare con esso la disciplina co-

stituzionale formale dei Paesi oggetto dell'analisi, al fine di valutarne poi in concreto il grado di effettività sul piano materiale. In ciò procedendo, nella successione dei diversi capitoli, dall'analisi del mercato e della concorrenza (capitolo secondo), a quella della c.d. "costituzione monetaria" (capitolo terzo) e della c.d. "costituzione finanziaria" (capitolo quarto).

Il lavoro, fortemente caratterizzato dalla descritta impostazione di metodo, è apprezzabile quanto ad impianto teorico di fondo, approfondimento tematico e ricchezza argomentativa.

Yoseph Edrey and Marco Greggi – *Bridging a Sea. Constitutional and supranational limitations to taxing powers of the States across the Mediterranean Seaw* (Aracne Editrice, Roma, 2010, pp. 425) - ISBN: 978-88-548-2999-2)

Pietro Selicato*

* Edited in English by the Author

This book is the collection of the papers presented and discussed during the edition of the Mediterranean Research Meeting (MRM) organized by the European University Institute, Robert Schumann Centre for Advanced Studies¹ and held on 25 – 28 March 2009 in Montecatini Terme (Italy). The objective of the seminar was to assess, in a comparative approach, the current trends in constitutional and supranational limitations to the power to tax in States located around the Mediterranean Sea (and in some nearby Countries as well).

It is quite a long time that Mediterranean Countries started a dialogue among them, notwithstanding their membership in other international agreements (particularly in the EU) The Barcelona Process: Union for Mediterranean” started in 1995, when the Heads of State and Government of 39 States signed the “Barcellona Declaration”² to improve cooperation in

¹ For more details see at <http://www.rscas.org>.

² Adopted in the Euro-Mediterranean Conference of the Ministers of Foreign Affairs held in Barcelona on 27 and 28 November 1995, which has established the Euro-Mediterranean Partnership.

achieving peace, stability and security and to increase the potential for regional integration and cohesion in the area.

These objectives have been reaffirmed by the Paris Summit of 2008³, where the central importance of the Mediterranean on the political agenda of all countries has been reasserted, and recognised by the EU⁴, which declared several times that the Mediterranean area and the Middle East play a strategic role to achieve its objectives and that Europe needs a Mediterranean policy based on solidarity, dialogue, cooperation and exchange, aiming at answering to the need of creating a space of peace, stability and shared wealth.

Nevertheless, several differences still remain between the Mediterranean States (especially those located in the Middle East and in North Africa). And these differences need to be investigated and harmonized. For this reason it is really important and useful to carry out events like the one referred in this comment. Indeed, the meeting at stake has been an important attempt, successfully made by a group of Mediterranean researchers, to get together and discuss on general principles of tax law applied in their own Countries or on some specific aspects of taxation having peculiar importance from a domestic point of view.

Telling the truth, another important meeting has been held before on the same topic⁵ and many papers presented in that occasion dealt with interesting problems related to the harmonization of the tax systems of the EU Member States with those of the non EU Member States located in the Mediterranean area⁶. But all the speakers who took part to that meeting

³ Joint Declaration of the Paris Summit for the Mediterranean, Paris, 13 July 2008.

⁴ Regulation (CE) n. 1638/2006 of the European Parliament and of the Council of 24 October 2006, giving General rules about an European instrument of neighborhood and partnership; EUROPEAN COMMISSION, *Barcelona Process: Union for the Mediterranean*, COM(2008) 319 def. of 20 May 2008; European Parliament, Resolution of 5 June 2008.

⁵ See, for example, the International Scientific Symposium on “Justice, Cooperation, Peace”, held in Caserta on 16-17 November 2007. The proceedings of that meeting have been published in 2010 by E.S.I. – Edizioni Scientifiche Italiane, Naples.

⁶ Of specific interest in this sense are the papers published in Volume II from: S. SAMMARTINO, *L'armonizzazione dei sistemi fiscali delle normative degli Stati europei e dei Paesi del Mediterraneo*, p. 783; F. AMATUCCI, *Problemi di coordinamento della fiscalità locale nell'ambito del partenariato euro-mediterraneo*, p. 791; P. FILIPPI, *L'armonizzazione nell'imposizione indiretta: oltre i confini dell'Unione Europea*, p. 905; M. INGROSSO, *Politiche tributarie di liberalizzazione ed attuazione del libero scambio nell'area euro-mediterranea*, p. 921; A.E. LA SCALA, *La clausola della nazione più favorita nell'ambito del partenariato euro-mediterraneo*, p. 929; J. MALHERBE, *Ostacoli e incentivi fiscali in via di cooperazione mediterranea*, p. 941; L. FERLAZZO NATOLI, *Dalle convenzioni UE*

came from Italy or from other EU Member States and no one came from North Africa or Middle East.

In the 2009 MRM meeting several speakers coming from non EU Mediterranean Countries presented and discussed a large number of papers, well highlighting the peculiarities of their tax systems. The Authors who gave their contributions to the book come from Countries having very different cultures, religions and constitutional systems. Their papers evaluate the impact of fundamental principles of taxation in these States. Comparing their work, it is possible to have a very interesting picture of taxation in the area, investigating the differences and the common points of the single legal frameworks.

English language has been used in all papers gathered in the book (and in the meeting, as well). This choice makes easier the communication and the discussion between people from different countries. Indeed, we currently see a world-wide predominance of the English language with regard to the analysis of economic and business issues, including taxation issues. This happens why the new “*lex mercatoria*” implemented by the international tax treaties has produced a new “*lingua mercatoria*” based on the English language⁷.

All the papers gathered in the book are worthy of a specific mention.

Hrvoje Arbutina (University of Zagreb), points out that Croatian constitution expressly rules equity and equality principles in taxation, but these provisions are so wide that the Croatian Constitutional Court feels free to decide in different ways. Notwithstanding, EU principles and an increasing legal culture will soon lead to significative changes.

In the opinion of **Rifat Azam (Radzyner School of Law, Hezlya)**, there is no ability of the States to impose good taxes on global activities due to the lack of representation and domestic legislatures are no longer free to set their own tax laws due not only to Constitutional but also to International, Supranational, Religious, Technological and Market restraints.

al mercato comune euro mediterraneo, p. 999; C. PRIVITERA, *Imposizione tributaria e sviluppo dei Paesi del Mediterraneo*, p. 1041; R. RIZZARDI, *L'imposta sul valore aggiunto come strumento di collaborazione*, p. 1057; E. TRAVERSA, *Non discriminazione, libertà di circolazione e accordi Euromed*, p. 1133; M.R. VIVIANO, *Gli accordi per la realizzazione di una zona di libero scambio nella regione Euro-mediterranea*, p. 1239.

⁷ See in this regard A. FANTOZZI, in G. MAISTO (editor), *Multilingual texts and interpretation of tax treaties and EC tax law*, IBFD, Amsterdam, 2005. See also the recension at this book by J. MALHERBE, in this *Revue*, 2006, no. 2, p. 191.

Marwan Muhieddine Badr (Hariri Canadian University and Iman Al Ourzai University, Beirut), analyzes the impact on taxation of the *Muslim* rule of *Al Zarkat*, arguing that there may be lack of proper implementation of this rules in *Muslim* Countries, but it must be recognized as a part of the modern fiscal policies having a a greater role in removing inequality in society.

Isabel Bassas Pérez (University of Girona) analyzes the evolution of the Spanish reform of the Autonomous Communities Financial System with specific reference to the Statute of Autonomy of Catalonia. These notes show a perspective tin the financial relations between central and local governments that is quite similar all over the world where a shared financial system is provided.

Vasco Branco Guimarães (ISCAL-IPL, Lisbon) dwells on the relationships between the ECJ case-law on non harmonized matters (namely direct taxation matters) and the legislations of the Member States, putting forward the interesting proposal that National legislative power could be exercised only if the new rules are compliant wit the ECJ's doctrine on the above matters. As the paper says it is only a starting point for a discussion that we can imagine hard to solve easily and in a short time, due the Member States hesitate in transferring their taxing powers to the European Union. Nevertheless, the compliance of the National legislations to the ECJ case-law is an objective that must be ensured. For this reason starting studies for a new system which allows a more strict implementation of the ECJ's principles must be appreciated.

Lafi Mohammed Daradkeh (Yarmouk University) describes the Jordanian tax system, and distinguishes the legal tax system (compulsory) by the religious contribution system based on a payment called *Zakah* (optional), putting in evidence that the latter is based on the belief of a person as a Muslim. Despite this, the evasion of the *Zakah* is punished by the Islamic law. It is interesting to notice that while tax avoidance is completely legal (being the taxpayer entitled to organize his financial affairs in any way he wants) the avoidance of *Zakah* is not permitted by the religious law.

A very interesting analysis of the UK constitutional system related to taxation has been developed by **Sandra Eden (University of Edinburgh)**. She points out that, paradoxically, the UK Parliament could, under traditional constitutional theory at least, pass a law under which only those with blue eyes should pay a tax. This depends on the fact that there is no indigenous principle of equality, proportionality or non-discrimination to

which the courts can reach. In spite of that, these principles have been imported from elsewhere through the European Convention of Human Rights (ECHR) and membership of the European Union. So the legislative power of the UK Parliament has no domestic constitutional limits, but (in the same measure of the Parliaments of each EU Member State of each State who signed the ECHR) it is limited by the fundamental principles stated in the EU Treaties and in the ECHR.

Yoseph M. Edrey (Haifa University) faces the constitutional limitations on tax legislation in the State of Israel. In this system too it is provided that taxes shall not be imposed save by or under law, but no compulsory rules are expressly laid down to impose equality and non-discrimination in taxation. Nevertheless, in 2005 the Israeli Supreme Court stated that in the area of tax law the principles of horizontal and vertical equity should apply as a criterion for constitutional equality and the ability to pay principle is a criterion valid for measuring equality and differences between taxpayers.

David Elkins (Netanya College School of Law) analyzes the United States' tax System in the perspective of the relationship between protection of property and redistributive function concluding that, in the light of the Fifth Amendment of the U.S. Constitution, taxes could constitute a "taking" whether they are not for public use or whether the compensation offered is not justified. The Author emphasizes that, in the end, the constitutional debate on this point is essentially a political debate.

Fernando Fernandez Marin and Angel Fornieles Gil (University of Almeria) turn their attention to the influence of the International and EU law on the taxpayer's protection system highlighting that we can currently speak about a multilevel protection. Their analysis is carried out with respect to the Spanish system but it can be shared by all EU Member States.

The paper presented by **Marco Gregg (University of Ferrara)** takes into consideration how the supranational legislation regarding human rights has an ever increasing importance amongst the various limitations to taxing powers of the Mediterranean States. The thesis represented in this paper is that a common view of the concept of "Human Rights" based on the existing conventions could give the basic elements to verify if tax legislation is arbitrary or not. The Author well knows that Middle East countries are not bound to the ECHR and that cultural and religious differences could work against a reciprocal understanding of this concept, but he goes searching the points of those legislations that could be in accordance with principles stated in the ECHR. In this regard, his research takes into consideration the

cases where legislations of some Middle East States provide for a special regime (called “*Dhimmah*”) for the rights of their religious minorities, and highlights that these special regimes are compliant with principles of equality and non arbitrariness stated in the ECHR.

The analysis of the fundamental principles of the Turkish tax system developed by **Hakan Üzeltürk (Galatasaray University)** highlights that the set of rules provided by the Constitution is wide and complete. Article 73 rules both the principle of legality of the taxes and the ability to pay principle. In addition, article 10 states a general principle of equality, which applies to tax law as well. From the international point of view, Turkey has signed a lot of Double Taxation Conventions and the ECHR.

Nellie Munin (Zefat Academic College Law School) illustrates the discriminating regime of the imported goods embodied in the Israeli Purchase Tax and argues that those practices may be considered as infringing international trade agreements signed by Israel.

Rezarta Tahiraj (Aleksander Xhuvani University of Elbasan) analyzes the impact of constitutional and supranational limitations to the reform of Albania tax legislation pointing out that, although the three main typical taxes of a market economy have been adopted about twenty years ago, their details show a lot of differences if compared to the same taxes of the EU Member States.

The papers gathered in this book help to carry out a comparative analysis which takes into consideration the different regimes existing at the constitutional level and at the religious as well. It is very interesting to see that also States where the legislative order is strongly influenced by the religious order, apply constitutional principles quite similar to those existing in the western countries. And it is also interesting to see how, notwithstanding the several differences existing in the written Constitutions, the fundamental principles in taxation help to reach the different systems to evident similarities.

As a conclusion, a remark by Yoseph Edrey can be quoted: «tax is the economic aspect of the Social Contract». For this reason, to better understand a tax system, the economic and social aspects of the tax must be carefully investigated. In the comparative perspective this analysis is much more useful, particularly when comparison concerns tax legislations of States having so different social, cultural and religious background. The book at stake gives a lot of important information in this regard and supplies a lot of materials to build the “bridge” mentioned in its title.

Yoseph Edrey e Marco Greggi – Collegare un mare. Limiti costituzionale e sovranazionali al potere impositivo degli Stati del Mar Mediterraneo (Aracne Editrice, Roma, 2010, pp. 425) - ISBN: 978-88-548-2999-2)

Pietro Selicato

Questo libro raccoglie gli scritti presentati e discussi durante l'edizione del *Mediterranean Research Meeting* (MRM) organizzato dall'Istituto Universitario Europeo, Centro per gli Studi Avanzati Robert Schumann¹ nei giorni 25-28 marzo a Montecatini Terme. Lo scopo del seminario era di valutare, con un approccio comparativo, i *trend* attuali nei limiti costituzionali e sovranazionali al potere impositivo negli Stati bagnati dal Mar Mediterraneo (ed in alcuni Stati vicini).

E' da diverso tempo che i Paesi Mediterranei hanno intrapreso un dialogo reciproco, nonostante la loro appartenenza ad altre organizzazioni internazionali (in particolare, l'UE). Il "Processo di Barcellona: Unione per il Mediterraneo" è iniziato nel 1995 quando i capi di Stato e di Governo di 39 Stati hanno firmato la "Dichiarazione di Barcellona"² al fine di migliorare la cooperazione nel raggiungimento della pace, stabilità e sicurezza e per aumentare il potenziale dell'integrazione regionale e la coesione nell'area. Questi obiettivi sono stati riaffermati dal Summit di Parigi del 2008³, ove l'importanza del Mediterraneo nell'agenda politica di tutti i Paesi è stata riaffermata e riconosciuta dall'UE⁴, che ha inoltre dichiarato diverse volte

¹ Per maggiori dettagli si veda <http://www.rscas.org>. La prossima edizione dell'MRM si terrà a Firenze nei giorni 6-9 aprile 2011.

² Adottata nella Conferenza Euro-Mediterranea dei Ministri degli Affari Esteri tenutasi a Barcellona il 27 e 28 novembre 1995, che ha stabilito il Partenariato Euro-Mediterraneo.

³ Dichiarazione congiunta del Summit di Parigi per il Mediterraneo, Parigi, 13 luglio 2008.

⁴ Regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 2006, recante *General rules about an European instrument of neighborhood and partnership*; EUROPEAN COMMISSION, *Barcelona Process: Union for the Mediterranean*, COM(2008) 319 def.

che l'area mediterranea ed il medio oriente giocano un ruolo strategico per il raggiungimento dei suoi obiettivi e che l'Europa necessita di una politica mediterranea basata su solidarietà, dialogo, cooperazione e scambio al fine di rispondere al bisogno di creare uno spazio di pace, stabilità e ricchezza condivisa.

Tuttavia, molte differenze sono ancora presenti tra gli Stati dell'area mediterranea (specialmente quelli situati in Medio Oriente e Nord Africa). E, queste differenze devono essere studiate ed armonizzate. Per questa ragione è veramente importante ed utile promuovere e svolgere eventi come quelli in commento. Infatti, questo incontro è stato un tentativo importante, e portato avanti con successo da un gruppo di ricercatori mediterranei, di stare insieme e discutere sui principi generali del diritto tributario applicati ai propri paesi di appartenenza ovvero su alcuni aspetti specifici della tassazione di peculiare importanza da un punto di vista domestico.

A dire il vero, un altro importante incontro è stato tenuto in precedenza sul medesimo argomento⁵ e molti scritti presentati in quell'occasione hanno trattato problemi interessanti relativamente all'armonizzazione dei sistemi fiscali dei Paesi Membri UE con quelli dei paesi non membri UE situati nell'area mediterranea⁶. Ma tutti i relatori che hanno preso parte all'incontro venivano dall'Italia o da altri Stati Membri UE senza che vi fosse alcun esponente del Nord Africa o del Medio Oriente.

Nell'incontro MRM del 2009 molti relatori da paesi non UE hanno presentato e discusso un ampio numero di scritti, sottolineando accuratamente

20 maggio 2008; Parlamento Europeo, Risoluzione del 5 giugno 2008.

⁵ Si veda, ad esempio, il Simposio Scientifico Internazionale su "Justice, Cooperation, Peace", tenutosi a Caserta il 16-17 novembre 2007. Gli atti dell'incontro sono stati pubblicati nel 2010 da E.S.I. – Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.

⁶ Di specifico interesse, in questo senso, sono gli scritti pubblicati nel Volume II da: S. SAMMARTINO, *L'armonizzazione dei sistemi fiscali delle normative degli Stati europei e dei Paesi del Mediterraneo*, p. 783; F. AMATUCCI, *Problemi di coordinamento della fiscalità locale nell'ambito del partenariato euro-mediterraneo*, p. 791; P. FILIPPI, *L'armonizzazione nell'imposizione indiretta: oltre i confini dell'Unione Europea*, p. 905; M. INGROSSO, *Politiche tributarie di liberalizzazione ed attuazione del libero scambio nell'area euro-mediterranea*, p. 921; A.E. LA SCALA, *La clausola della nazione più favorita nell'ambito del partenariato euro-mediterraneo*, p. 929; J. MALHERBE, *Ostacoli e incentivi fiscali in via di cooperazione mediterranea*, p. 941; L. FERLAZZO NATOLI, *Dalle convenzioni UE al mercato comune euro mediterraneo*, p. 999; C. PRIVITERA, *Imposizione tributaria e sviluppo dei Paesi del Mediterraneo*, p. 1041; R. RIZZARDI, *L'imposta sul valore aggiunto come strumento di collaborazione*, p. 1057; E. TRAVERSA, *Non discriminazione, libertà di circolazione e accordi Euromed*, p. 1133; M.R. VIVIANO, *Gli accordi per la realizzazione di una zona di libero scambio nella regione Euro-mediterranea*, p. 1239.

le peculiarità dei propri sistemi fiscali. Gli autori che hanno dato i loro contributi al volume vengono da Paesi con differenti culture, religioni e sistemi costituzionali. I loro scritti valutano l'impatto dei principi fondamentali dell'imposizione in questi Stati. Comparando i loro lavori, è possibile ottenere un quadro piuttosto interessante dell'imposizione nell'area mediterranea, studiando le differenze ed i punti comuni dei singoli *framework* giuridici.

La lingua inglese è stata utilizzata in tutti gli scritti raccolti nel libro (e, ovviamente, anche durante l'incontro). Questa scelta rende più semplice la comunicazione e la discussione tra persone di Paesi differenti.

Infatti, constatiamo correntemente una predominanza globale della lingua inglese con riferimento all'analisi di questioni economiche e di *business*, inclusa la fiscalità. Ciò accade perché la nuova "*lex mercatoria*" implementata dai trattati internazionali ha prodotto una nuova "*lingua mercatoria*" basata sull'Inglese.⁷

Tutti gli scritti raccolti nel libro sono meritevoli di una specifica menzione.

Hrvoje Arbutina (Università di Zagabria), sottolinea che la costituzione croata stabilisce espressamente i principi di equità ed uguaglianza nell'imposizione, ma queste disposizioni sono così ampie che la Corte Costituzionale croata si sente libera di decidere in diversi modi. Nonostante ciò, è opinione dell'autore che i principi comunitari ed una cultura legale sempre più in crescita condurranno presto a cambiamenti significativi.

Secondo l'opinione di **Rifat Azam (Radzyner School of Law, Hezlya)**, non c'è capacità degli Stati di creare buone imposte sulle attività globali a causa della mancanza di rappresentazione e, le legislature domestiche, non sono più libere di stabilire le proprie normative fiscali a causa non solo di limiti costituzionali ma anche di limiti internazionali, sovranazionali, religiosi, tecnologici e di mercato.

Marwan Muhieddine Badr (Hariri Canadian University and Iman Al Ourzai University, Beirut), analizza l'impatto sull'imposizione della norma musulmana di *Al Zarkat*, sostenendo che potrebbe esservi la mancanza di una adeguata implementazione di tale istituto nei paesi musulmani, ma che deve essere riconosciuto come una parte delle moderne politiche fiscali che ha un ruolo più importante nel rimuovere le ineguaglianze in una società.

⁷ Si veda a tal proposito A FANTOZZI, in G. MAISTO (a cura di), *Multilingual texts and interpretation of tax treaties and EC tax law*, IBFD, Amsterdam, 2005. Si veda anche la recensione allo stesso volume di J. MALHERBE, in questa Rivista, 2006, no. 2, p. 191.

Isabel Bassas Pérez (Università di Girona) analizza l'evoluzione della riforma spagnola del Sistema Finanziario delle Comunità Autonome facendo riferimento specifico allo Statuto di autonomia della Catalogna. Queste note mostrano una prospettiva delle relazioni finanziarie tra i governi centrali e locali che è piuttosto simile in tutto il mondo qualora sia presente un sistema finanziario decentrato.

Vasco Branco Guimarães (ISCAL-IPL, Lisbona) analizza le relazioni tra la giurisprudenza della CGCE su questioni armonizzate (segnatamente, imposizione diretta) e le legislazioni degli Stati Membri, mettendo in risalto l'interessante proposta che il potere legislativo nazionale potrebbe essere esercitato solo se le nuove regole siano coerenti con la dottrina della CGCE relativamente alle suddette materie.

Come afferma l'autore, è solo un punto di partenza per una discussione che immaginiamo difficilmente risolvibile in modo semplice ed in un breve lasso di tempo, dal momento che gli Stati Membri esitano nel trasferire i propri poteri impositivi all'UE. Tuttavia, la coerenza delle legislazioni nazionali alla giurisprudenza CGCE è un obiettivo che deve essere assicurato. Per questa ragione, il fatto stesso di iniziare studi per un nuovo sistema che permetta un'implementazione più stringente dei principi della CGCE deve essere apprezzato.

Lafi Mohammed Daradkeh (Yarmouk University) descrive il sistema fiscale giordano e distingue tra il sistema fiscale legale (obbligatorio) e il sistema contributivo religioso basato sulla *Zakah* (opzionale), mettendo in evidenza che quest'ultimo è basato sul credo di una persona nella sua qualità di musulmano. Nonostante ciò, l'evasione della *Zakah* è punita dalla legge islamica. E' interessante notare che mentre l'elusione fiscale è assolutamente legale (essendo il contribuente ritenuto in diritto di organizzare i propri affari finanziari nel modo che ritenga più opportuno) l'elusione della *Zakah* non è permessa dalla legge religiosa.

Un'analisi molto interessante del sistema costituzionale del Regno Unito relativamente all'imposizione è stata sviluppata da **Sandra Eden (Università di Edimburgo)**. L'autrice sottolinea che, paradossalmente, il parlamento del Regno Unito potrebbe, almeno secondo la tradizionale teoria costituzionale, approvare una legge secondo la quale solo coloro con gli occhi azzurri devono pagare l'imposta. Questo dipende dal fatto che nel Regno Unito non c'è un principio domestico di uguaglianza, proporzionalità o non-discriminazione. Tuttavia, questi principi sono stati importati, attraverso la Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e l'ap-

partenza all'UE. Pertanto, il potere legislativo del parlamento del Regno Unito non ha limiti costituzionali domestici, ma (nella stessa misura dei Parlamenti di ogni Stato Membro UE di ogni Stato che ha siglato la CEDU) è limitato dai principi fondamentali stabiliti nei Trattati UE e nella CEDU.

Yoseph M. Edrey (Haifa University) affronta i limiti costituzionali alla legislazione fiscale nello Stato di Israele. Anche in questo sistema è prevista una riserva di legge, tuttavia, non sono stabilite regole obbligatorie al fine di imporre uguaglianza e non-discriminazione nell'imposizione. Tuttavia, nel 2005, la Suprema Corte Israeliana ha stabilito che nell'area del diritto tributario i principi di equità verticale e orizzontale debbono applicarsi come un criterio per l'uguaglianza costituzionale e la capacità contributiva è un criterio valido per misurare l'uguaglianza e le differenze fra i contribuenti.

David Elkins (Netanya College School of Law) analizza il sistema fiscale statunitense nella prospettiva delle relazioni tra la tutela della proprietà e la funzione redistributiva concludendo che, alla luce del Quinto Emendamento della Costituzione statunitense, le imposte possono costituire un "taking" qualora non siano finalizzate ad un utilizzo pubblico, ovvero, qualora la compensazione offerta non sia giustificata. L'autore enfatizza che, in conclusione, il dibattito costituzionale su questo aspetto è essenzialmente di carattere politico.

Fernando Fernandez Marin and Angel Fornieles Gil (University of Almeria) pongono la loro attenzione all'influenza del diritto internazionale e comunitario sul sistema di tutela del contribuente, sottolineando che possiamo oggi parlare di una protezione multi-livello. La loro analisi è svolta in riferimento al sistema spagnolo ma può esser condivisa da tutti gli Stati Membri UE.

Lo scritto di **Marco Greggi (Università di Ferrara)** prende in considerazione come la normativa sovranazionale relativa ai diritti umani abbia un'importanza sempre maggiore tra i diversi limiti ai poteri impositivi degli Stati appartenenti all'area mediterranea. La tesi rappresentata in questo scritto è che una visione comune del concetto di "Diritti Umani" basata sulle convenzioni esistenti potrebbe dare gli elementi di base per verificare se la normativa fiscale sia arbitraria o meno. L'autore conosce bene il fatto che i paesi mediorientali non sono vincolati alla CEDU e che le differenze religiose e culturali potrebbero "contrastare" una reciproca comprensione di questo concetto, ma ricerca i punti di quelle legislazioni che potrebbero essere in accordo con i principi stabiliti nella CEDU. A tal proposito, la sua ricerca prende in considerazione i casi in cui le legislazioni di alcuni paesi

mediorientali prevedono un regime speciale (chiamato “*Dhimmah*”) per i diritti delle minoranze religiose, e sottolinea che questi regimi speciali sono conformi con i principi di uguaglianza e non arbitrarietà stabiliti nella CEDU.

L’analisi dei principi fondamentali del sistema fiscale turco sviluppati da **Hakan Üzeltürk** (**Galatasaray University**) sottolinea che l’insieme di norme previste dalla Costituzione è ampio e completo. L’art. 73 regola sia il principio di legittimità nell’imposizione ed il principio di capacità contributiva. Inoltre, l’art. 10 stabilisce un principio generale di uguaglianza, che si applica anche al Diritto tributario.

Dal punto di vista internazionale, la Turchia ha siglato diversi Trattati contro le doppie imposizioni e la CEDU.

Nellie Munin (**Zefat Academic College Law School**) illustra il regime discriminatorio dei beni importati insito nell’Imposta di acquisto israeliana e sostiene che queste pratiche potrebbero essere considerate una violazione dei trattati sul commercio internazionale conclusi da Israele.

Rezarta Tahiray (**Aleksander Xhuvani University of Elbasan**) analizza l’impatto dei limiti costituzionali e svranazionali alla riforma della legislazione fiscale albanese sottolineando che, sebbene le tre principali imposte tipiche di un’economia di mercato siano state adottate circa venti anni fa, alcuni dettagli mostrano una serie di differenze a confronto con le medesime imposte degli Stati Membri UE.

Gli scritti raccolti in questo libro aiutano a svolgere un’analisi comparativa che prende in considerazione i diversi regimi esistenti al livello costituzionale e religioso. E’ molto interessante constatare che anche Stati in cui l’ordine legislativo è fortemente influenzato da quello religioso, applicano principi costituzionali piuttosto simili a quelli esistenti nei paesi occidentali. Ed è inoltre interessante notare come, nonostante le diverse differenze esistenti nelle costituzioni scritte, i principi fondamentali dell’imposizione aiutano a raggiungere le somiglianze (evidenti) anche in sistemi differenti.

In conclusione, può essere citata una nota di Yoseph Edrey: “l’imposta è l’aspetto economico del contratto sociale”. Per questa ragione, al fine di comprendere meglio un sistema fiscale, devono essere studiati gli aspetti sociali ed economici dell’imposta. Nella prospettiva comparata quest’analisi è tanto più utile in particolare quando la comparazione riguarda legislazioni fiscali di Stati aventi *background* sociali, culturali e religiosi così diversi. Il volume fornisce una serie di importanti informazioni su questo aspetto e fornisce molto materiale per costruire il “ponte” richiamato nel titolo.



Finito di stampare nel mese di ottobre 2011

presso il

Centro Stampa Università
Università degli Studi di Roma *La Sapienza*
P.le Aldo Moro, 5 - 00185 Roma

www.editricesapienza.it

Prodotto realizzato impiegando carta con marchio europeo
di qualità ecologica e certificata FSC Mixed Sources Coc