



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"

DIPARTIMENTO DI TEORIA DELLO STATO

RIVISTA DI DIRITTO  
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE  
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata da • *Founded by*  
GIOVANNI PUOTI

Diretta da • *Directors*  
GIOVANNI PUOTI  
Professore di *Diritto Tributario Italiano*  
e *Internazionale* nell'Università  
"La Sapienza" di Roma  
e di *Diritto tributario internazionale*  
nell'Università "Luiss" di Roma

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

1  
2007  
gennaio/aprile

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO



LIBRERIA DELLO STATO



## Sezione I - Dottrina

### Section I - Academic essays

- **Michael J. GRAETZ e Alvin C. WARREN**  
*Income tax discrimination and the political and economic integration of Europe* 3  
Le discriminazioni in materia di imposte dirette e l'integrazione politica ed economica in Europa 57
- **Johannes HEINRICH**  
*The Role of Constitutional Courts in the Process of Improving the Quality of Tax Legislation* 119  
Il ruolo delle Corti costituzionali nel processo di miglioramento della qualità della norma fiscale 125

## Sezione II - Documenti commentati

### Section II - Commented documents

- **European Court of Justice, Grand Chamber, Judgement of 13 june 2006, case C-173/03 - Pres. Skouris - Rel. Timmermans**  
*Civil liability of judges - Infringements to Community law - National legislation excluding State liability - Conflict with Community law - Relevant.* 133
- **Giovanna Petrillo**  
*Damage attributable to infringements of Community law: when relevant national legislation conflicts with Community law.* 133
- **Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione - Sent. 13 giugno 2006 causa C-173-03 - Pres. Skouris - Rel. Timmermans**  
*Responsabilità civile - Magistrati - Violazione del diritto comunitario - Esclusione della responsabilità dello Stato prevista dalla legislazione nazionale - Contrasto con il diritto comunitario - Sussistenza.* 143
- **Giovanna Petrillo**  
*Contrastano con il diritto U.E. i limiti per i danni da violazioni di norme comunitarie.* 143
- **European Court of Justice - First Chamber - Judgment of 25 january 2007 - Case C-329/05 - Pres. P. Jann - Rapporteur M. Ilesic**  
*Community law - Fundamental freedoms - Freedom of establishment - Case - Taxation - Joint assessment to tax - Conditions - Violation of article 52 EC - Relevant.* 155
- **Maria Assunta Icolari**  
*Respect for fundamental freedoms in Community law and domestic law: a comparison between two models.* 155

- **Corte di Giustizia delle comunità europee - I sezione - Sentenza del 25 gennaio 2007 - Causa C-329-05 - Pres. P. Jann - Rel. M. Ilesic**  
*Ordinamento comunitario - Libertà fondamentali - Libertà di stabilimento - Fattispecie - Fiscalità - Regione di imposizione congiunta - Condizioni - Violazione dell'art. 52 CE - Sussiste.* 163
- **Maria Assunta Icolari**  
*Il rispetto delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento nazionale: due modelli a confronto.* 163
- **European Court of Human Rights - Fourth section - Judgment of 12 december 2006 - Case no. 13378/05**  
*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Inheritance Tax - Domestic law - Tax benefits applicable only to spouses and registered homosexual couples - Exclusion of other categories - Violation of property rights and principle of non discrimination - Different situations - Power of the State to apply different treatments.* 171
- **Serena Maresca**  
*Tax exemptions are legitimate only for spouses or civil partners* 171
- **Corte europea dei diritti dell'uomo - Sezione IV - Sentenza del 12 dicembre 2006 - Causa n. 13378/05**  
*Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Tasse di successione - Ordinamento interno - Regime di agevolazione fiscale applicabile solo a coniugi o a partner di coppie omosessuali registrate - Esclusioni di altre categorie - Violazione del diritto di proprietà e del divieto di discriminazione - Situazioni differenti - Diritto dello Stato di prevedere regimi diversi.* 181
- **Serena Maresca**  
*Legittime le esenzioni fiscali solo per coniugi o conviventi.* 181

### Sezione III - Appunti e rassegne

#### Section III - Notes and surveys

- **Adam ZALASINSKI e Franco ROCCATAGLIATA**  
*A Community action to facilitate the co-ordination Members States' tax systems. The Communication of the Commission "Coordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market": A new step on the strategy of co-operation between the European Commission and the Member States* 193  
*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* 203

SEZIONE I

DOTTRINA

*Academic essays*



## Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration of Europe\*

Michael J. Graetz and Alvin C. Warren, Jr.\*\*

*SUMMARY: Abstract - Introduction - 1. Company taxation in the European Court of Justice; 1.1 Discrimination Against International Commerce Under International Trade and Tax Treaties; 1.2 The Corporate Income Tax Decisions of the ECJ - 2. Implications of the ECJ decisions; 2.1 Legal Implications; 2.1.1 The Demise of Imputation; 2.1.2 The Future of Tax Incentives and International Double Taxation; 2.2 Fiscal Policy Implications - 3. The fork in the road; 3.1 The Path of Greater Harmonization; 3.2 The Path of Greater Autonomy - 4. The United States: similarities and differences; 4.1 Comparable Decisions of the U.S. Supreme Court; 4.2 Implications of the ECJ Decisions for the United States - Conclusion.*

### Abstract

In recent years, the European Court of Justice (ECJ) has invalidated many income tax law provisions of European Union (EU) member states as violating European constitutional treaty guarantees of freedom of movement for goods, services, persons, and capital. These decisions have not, however, been matched by significant EU income tax legislation, because no EU political institution has the power to enact such legislation without unanimous consent from the member states. In this Article, we describe how the developing ECJ jurisprudence threatens the ability of member states to use tax incentives to stimulate their domestic economies and to resolve problems of international double taxation. We conclude that the ECJ approach is ultimately incoherent because it is a quest for an unattainable goal in the absence of harmonized income tax bases and rates: to eliminate discrimination based on both origin and destination of economic activity. We also compare the ECJ's jurisprudence with the resolution of related issues in international taxation and the U.S. taxation of interstate commerce, and we consider the potential responses of both the European Union and the United States to these developments.

---

\* This article has been published in *THE YALE LAW JOURNAL*, Vol. 115, no. 6, April 2006. It is Published in this Review by kind permission of the Editor and the Authors.

\*\* Michael J. Graetz is Justus S. Hotchkiss Professor of Law, Yale Law School; Alvin C. Warren, Jr. is Ropes & Gray Professor of Law, Harvard Law School. We are grateful for financial support from the Yale Center for International Area Studies and the Harvard Law School Fund for Tax and Fiscal Research, as well as for comments from Alec Stone Sweet, Walter Hellerstein, and numerous participants at a University of Michigan conference and an OECD/Canadian Tax Foundation seminar, and to Susannah Camic for research assistance.

## Introduction

Whither Europe? That is the question newspapers and pundits asked repeatedly after the French and the Dutch rejected the proposed European Constitution in the summer of 2005. But that question was a perplexing one long before these summer setbacks. And, even if the new constitution is ultimately approved, the question will persist. Here, we explore one critical aspect of European integration, focusing on the tax aspects of European constitutional arrangements set out in the European treaties, arrangements that will remain unchanged under the new constitution if it is eventually ratified. Our principal conclusion is that the European Court of Justice (ECJ) is undermining the fiscal autonomy of member states by articulating an interpretation of income tax arrangements that is ultimately unstable. In particular, the Court has invalidated a number of European Union (EU) member state tax provisions in a manner that unsettles member states' longstanding mechanisms for both avoiding international double taxation and protecting against international tax avoidance. The Court's decisions also threaten the ability of member states to use tax incentives to stimulate their economies.

The actions of the ECJ must be understood within Europe's broader institutional context. The Court's tax doctrine rests on its interpretation of the central freedoms guaranteed by Europe's governing treaties. With the Treaty of Rome in 1957, six countries – Belgium, France, (West) Germany, Italy, Luxembourg, and the Netherlands – came together to form a “common market” known as the European Economic Community<sup>1</sup>. In addition to “mak[ing] war unthinkable” in Western Europe<sup>2</sup>, the motivating idea of this treaty was to increase economic interdependence, primarily through increased trade between these member states. In 1973, the United Kingdom, Ireland, and Denmark joined; Greece entered in 1981, followed by Spain and Portugal in 1986. These twelve members agreed to the Single European Act of 1986, which defined an area committed to “the free movement of goods, persons, services and capital”<sup>3</sup>. These are frequently labelled the “four freedoms,” and they are now incorporated into the European Community (EC) Treaty and included in the proposed European Constitution<sup>4</sup>. Subsequent treaties expanded the European experiment and established various institutions to advance its mission. In 1992, the Treaty of Maastricht created the EU – a political union cooperating in foreign

<sup>1</sup> Treaty Establishing the European Economic Community, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 11 (entered into force Jan. 1, 1958). The Treaty of Rome was itself a successor to the 1951 Treaty of Paris, Apr. 18, 1951, 261 U.N.T.S. 140, which established the European Coal and Steel Community, comprising the same six nations and eliminating tariffs on coal and steel.

<sup>2</sup> ALEC STONE SWEET, *The judicial construction of Europe*, 46 (2004).

<sup>3</sup> Single European Act art. 13, Feb. 17, 1986, 1987 O.J. (L 169) 1. The Treaty Establishing the European Community, Nov. 10, 1997, 1997 O.J. (C 340) 3, incorporated the guarantees of the Single European Act: freedom of movement for workers, *id.* art. 39, freedom of establishment, *id.* arts. 43, 48, freedom to provide services, *id.* art. 49, and freedom of movement of capital, *id.* arts. 56, 58.

<sup>4</sup> Article I-4 of the Treaty Establishing a Constitution for Europe states: “The free movement of persons, services, goods and capital, and freedom of establishment shall be guaranteed within and by the Union, in accordance with the Constitution.” Treaty Establishing a Constitution for Europe, art. I-4, Oct. 29, 2004, 2004 O.J. (C 310) 1.



policy, defence, and criminal law, in addition to economic relations<sup>5</sup>. The same year, a majority of member states adopted the Euro as the EU's currency and established a new European central bank to supply a common monetary policy throughout most of the Union. The monetary union agreement also imposed specific budgetary responsibilities on the member states. Through the Stability and Growth Pact, these countries agreed to limit their fiscal deficits to three percent of GDP – a limitation that has proved unenforceable<sup>6</sup>. Membership in the EU now stands at twenty-five, and twelve member states use the Euro as their common currency<sup>7</sup>.

The political and legal institutions that govern the EU do not fit easily into familiar categories. Some scholars describe the EU as a pooling of sovereignty<sup>8</sup>. Others regard it as a blend of international law, national constitutional law, and federalism<sup>9</sup>. In any event, the rights and obligations of the treaties apply to the member states and to the citizens of those states, as well as to the EU's governing institutions<sup>10</sup>.

There are four organizations that promulgate and enforce EU rules: (1) the European Parliament (Parliament), which is the only EU governing institution whose members are directly elected by the people<sup>11</sup>; (2) the European Council of Members (Council), which is composed of sitting ministers of member state governments who have the authority to bind their member states; (3) the European Commission (Commission), which has the exclusive power to draft and propose legislation and to implement EU policy; and (4) the ECJ (formerly the Court of Justice of the European Communities), which serves as the EU's Constitutional Court.

The unique institutional structure of the EU has limited the ability of legislative bodies to formulate member state income tax policy while permitting the ECJ to take a prominent role. In sum, neither the Parliament, the Council, nor the Commission has the authority to adopt Europe-wide income tax measures without a level of consensus that is typically not achievable except in technical and relatively uncontroversial

<sup>5</sup> The EU expanded to fifteen members by adding Austria, Finland, and Sweden in 1995. The Treaty of Amsterdam in 1997 consolidated and renumbered the articles of the EU and the EC treaties, and in 2001 the Treaty of Nice somewhat revised the EU's governance in anticipation of its expansion to at least twenty-five members. See Treaty of Amsterdam Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, Oct. 2, 1997, 1997 O.J. (C 340) 1; Treaty of Nice Amending the Treaty on European Union, the Treaties Establishing the European Communities and Certain Related Acts, Feb. 26, 2001, 2001 O.J. (C 80) 1. For subsequent citations to articles in the European treaties, we refer to the Consolidated Version of the Treaty Establishing the European Community, Dec. 24, 2002, 2002 O.J. (C 325) 33 [hereinafter EC Treaty]. For further background, see RUTH MASON, *Primer on direct taxation in the European Union*, 1-3 (2005). The European treaties (and Europe's proposed constitution) can be amended (or adopted) only through the unanimous vote of the member states, typically followed by ratification at the national level either by the national legislature or by a referendum.

<sup>6</sup> See, e.g., MARTIN FELDSTEIN, *The Euro and the Stability Pact* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 11,249, 2005).

<sup>7</sup> In addition to the countries already mentioned, EU members include Cyprus, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovakia, and Slovenia.

<sup>8</sup> E.g., ROBERT O. KEOHANE & STANLEY HOFFMANN, *Institutional Change in Europe in the 1980s*, in *THE NEW EUROPEAN COMMUNITY* 1, 7 (Robert O. Keohane & Stanley Hoffmann eds., 1991).

<sup>9</sup> E.g., JAMES A. CAPORASO, *The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern?*, 34 J. COMMON MKT. STUD. 29 (1996); ALBERTA M. SBRAGIA, *The European Community: A Balancing Act*, PUBLIUS, Summer 1993, at 23.

<sup>10</sup> Case 26/62, *N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Nederlandse administratie der belastingen*, 1963 E.C.R. 1.

<sup>11</sup> The Parliament's 732 members serve five-year terms. MASON, *supra* note 5, at 4-6.

matters. Although the treaties have increasingly involved the Parliament in legislation and have expanded its powers over time (as a way of narrowing Europe's democracy deficit), its authority remains limited. Most of Parliament's enactments must be approved by the Council before taking effect<sup>12</sup>.

Though the Council – considered the EU's “intergovernmental center of gravity”<sup>13</sup> – has the power to regulate commerce among member states and to decide other issues, its authority is also circumscribed. The finance ministers of the member states make up the Economic and Financial Affairs Council (ECOFIN), which has responsibility for tax matters<sup>14</sup>, but they cannot act on income tax issues without unanimous agreement. Consequently, any member state can veto any proposal<sup>15</sup>. In addition, before issuing “directives” or regulations on tax matters, the Council is required to consult with Parliament and the Economic and Social Committee, which is an advisory body consisting of 350 people who represent “various categories of economic and social activity”<sup>16</sup>.

The Council is further constrained by the fact that it can act only on proposals of the Commission (although it can request that the Commission study specific issues). There are twenty-five commissioners, one from each member state. Rather than representing a particular country, each commissioner is responsible for a substantive area of EU legislation and regulation. The Commission is the moving force behind most policy initiatives and has often announced its tax policy goals in communications to the Council, the Parliament, and the Economic and Social Committee<sup>17</sup>. The Commission also represents the EU in international organizations including the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) and the World Trade Organization (WTO). Upon a recommendation of the Commission, the Council – subject to the unanimity and consultation requirements – may issue directives on tax matters. Needless to say, adopting directives is a slow and cumbersome process, subject to the veto of any member state, and, as a result, only a few income tax directives have been issued<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> See TRACY A. KAYE, *Tax Discrimination: A Comparative Analysis of U.S. and EU Approaches*, 7 FLA. TAX REV. (forthcoming 2006) (manuscript at 11, on file with authors).

<sup>13</sup> STONE SWEET, *supra* note 2, at 47.

<sup>14</sup> MASON, *supra* note 5, at 7 n. 57.

<sup>15</sup> An early draft of the proposed European Constitution would have allowed majority voting on corporate income tax provisions, but the final draft retained the unanimity requirement, on which the United Kingdom and Ireland insisted. BRIAN GROOM & PETER NORMAN, *EU Leaders Draw Up Outline Deal on Treaty Revisions*, FIN. TIMES, Dec. 11, 2000, at 1. On other issues, Council decisions are made by simple majority, qualified majority, or unanimous vote, depending on the subject matter. The most common procedure is a qualified majority vote, which requires both a majority of member states (or in some cases, a two-thirds majority) and a minimum of 72.3% of total votes. Any member state may also insist that the vote represent 62% of the EU population in order to take effect. MASON, *supra* note 5, at 7; STONE SWEET, *supra* note 2, at 47. Votes in the Council are weighted, generally by the country's size. There are a total of 321 votes. For example, Germany, Italy, and the United Kingdom have 29 votes each, while Slovenia has 4. The presidency of the Council rotates every six months among the member states.

<sup>16</sup> EC Treaty art. 257.

<sup>17</sup> E.g., EUROPEAN COMMISSION, *Communication to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: Tax Policy in the European Union – Priorities for the Years Ahead*, COM (2001) 260 final (May 23, 2001) [hereinafter *Communication on Tax Policy Priorities*].

<sup>18</sup> There are a few directives applicable to the taxation of corporate income. E.g., Council Directive 2003/49, 2003 O.J. (L 157) 49 (concerning interest and royalty payments between related companies); Council Directive 90/434, 1990 O.J. (L 225) 1, as amended by Council Directive 2005/19, 2005 O.J. (L 58) 19 (concerning mergers); Council Directive 90/435, 1990 O.J. (L 225) 6, as amended by Council Directive 2003/123, 2004 O.J. (L 7) 41 (concerning parent-subsidiary taxation); see also Council Directive 2003/48, 2003 O.J. (L 157) 38 (concerning savings); Council Directive 77/799, 1977 O.J. (L 336) 15, as amended by Council Directive 79/1070, 1979 O.J. (L 331) 8, and Council Directive 92/12, 1992 O.J. (L 76) 1 (concerning mutual assistance).

However, the Commission does have an alternative to these labyrinthine procedures. The Commission – whose members are required to act independently of their member states’ governments and to promote the EU’s interests<sup>19</sup> – has the power to initiate enforcement actions against member states and often brings cases to the ECJ.

The ECJ has jurisdiction to resolve disputes between member states, between EU institutions and member states, and between the various EU institutions. Its twenty-five judges also hear cases involving issues of European law referred to it by the national courts of the member states. Judges are appointed by each of the member states for a renewable six-year term. The ECJ cases we shall discuss here are generally either (1) actions brought by the Commission against a member state claiming that the member state’s law violates one or more of its obligations under the EC Treaty or (2) requests by national courts for an ECJ ruling interpreting European legal or treaty requirements in lawsuits involving private parties. Eight advocates general serve the Court by issuing opinions on cases before the court itself acts. Much of the time the court follows the opinion issued by the advocate general. ECJ decisions are rendered by a majority vote, and neither the vote nor any dissenting opinions are published<sup>20</sup>. To date, the ECJ has decided more than one hundred cases involving income tax issues, with the vast majority striking down member states’ tax provisions on the ground that they violate either one of the four freedoms guaranteed by the treaties or the treaties’ bar against discrimination on the basis of nationality.

While the EU’s basic separation of powers is familiar to Americans, its specific contours are not. Stripped of all political, social, and economic context, one would be hard pressed to predict whether these institutions would generally operate to expand supranational governance over the member states or to inhibit it. But – at least until the ratification setbacks of the summer of 2005 – both European politics and the growing social and economic interdependence within the EU have promoted integration, with greater power and control moving toward the center. Removing barriers to trade, investment, work, and immigration within the EU, along with unifying most of its monetary system, has produced enormous momentum toward the political center.

The institution that has, so far at least, most spurred such centripetal force has been the ECJ. We agree generally with Alec Stone Sweet’s conclusion that the ECJ has transformed the EU, enhancing its supranational power and “federalizing” its policy<sup>21</sup>. As he puts it: “Today, the ECJ has no rival as the most effective supranational judicial body in the history of the world, comparing favourably with the most powerful Constitutional Courts anywhere”<sup>22</sup>. More than two decades ago Eric Stein famously

<sup>19</sup> EC Treaty art. 213.

<sup>20</sup> For a comparison of French, U.S., and ECJ decisions, see MITCHEL DE S.-O.-L’E. LASSER, *Judicial deliberations: a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy* (2004).

<sup>21</sup> STONE SWEET, *supra* note 2, at 1.

<sup>22</sup> *Id.* MIGUEL POIARES MADURO goes further to argue that the ECJ engages in “majoritarian activism” and “judicial harmonisation” to reach a regulatory balance that normally corresponds to the view of the Commission and to legislation in the majority of Member States. MIGUEL POIARES MADURO, *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 68 (1998). Maduro writes: “The conclusion to be drawn is that what is taking place in the Court is a kind of Community legislative process, with the Court trying to harmonise national rules in accordance with an ‘ideally drafted’ representation of all States’ interests.” *Id.* at 78. As will become apparent later in this Article, we do not find that Professor (now Advocate General) Maduro’s description is apt in the context of the ECJ’s income tax decisions. See *infra* Parts III-IV.

summed up the ECJ's work: "Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe"<sup>23</sup>.

There is now emerging, however, a serious question about whether the ECJ can (or will) continue to move political and economic power away from the member states to the EU's governing institutions. Through its decisions in income tax cases, the ECJ is bumping headlong into the member states' retained power to tax and their veto power over any European tax legislation.

Individual member states have held on fiercely to their sovereign right to impose income taxes even as they have integrated economically in their treaties through free trade and the free movement of workers, residents, goods, services, and capital (and through the monetary union). The ECJ has the power only to negate tax provisions of member states. No European institution has the power to mandate income tax rules – except with unanimous consent from the member states. However, by striking down specific income tax provisions of the member states as incompatible with the EU treaties – generally with little regard for the internal logic or consistency of member state tax systems or for the effects on their finances – the ECJ is eroding the member states' veto power over any European authority to conform or harmonize member state income taxes.

An irresistible force is now confronting an immovable object. The ultimate question is whether the current mixture of unification and separatism can endure. If not, what are the implications for the future of Europe? As we shall show in some detail, this is the fundamental issue raised by the income tax decisions of the ECJ. We begin by analyzing those decisions and identifying the negative legal and fiscal policy implications for member states. We then consider the potential responses of both the European Union and the United States.

## 1. Company Taxation in the European Court of Justice

To an American reader, the description of ECJ cases that follows will sound somewhat familiar. It echoes to some degree cases decided by the Supreme Court under our own Constitution<sup>24</sup>. But, rather than tracing these doctrinal analogues, we shall instead examine these decisions through the lens of nondiscrimination – a concept developed principally through the ECJ's interpretations of the four freedoms. Since our concern here is not with a doctrinal analysis of the ECJ's decisions but with the implications of its jurisprudence for the economic and political future of Europe (and for the trading partners of Europe, including the United States), we are selective in our analysis of ECJ cases – confining our discussion largely to ECJ

<sup>23</sup> ERIC STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, 75 AM. J. INT'L L. 1, 1 (1981); cf. J.H.H. WEILER, *The Transformation of Europe*, 100 YALE L.J. 2403 (1991) (arguing that the transformation of Europe must also be understood as a political process).

<sup>24</sup> See *infra* Section IV.A.

decisions involving corporate and shareholder income taxes. Empirical evidence now makes clear that companies' decisions about where to locate facilities are responsive to corporate income tax differences<sup>25</sup>, and it has become commonplace for nations to use corporate taxes as a means of competing for such facilities. We begin by showing how the ECJ has adopted a different and more expansive view of nondiscrimination than is demanded by international trade and income tax agreements.

### 1.1. Discrimination Against International Commerce Under International Trade and Tax Treaties

There are three principal ways in which a country might use its income tax to discriminate against international commerce. It could favour domestic products over foreign products, domestic producers over foreign producers, or domestic production over foreign production<sup>26</sup>.

Discrimination against foreign products (including services) is the domain of the multilateral treaties, such as the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) and its successors (enforced by the WTO), that govern international trade<sup>27</sup>. These agreements limit not only tariffs on imports, but also subsidies for exports, which are sometimes thought to favour domestic products over foreign products in foreign markets. Income tax incentives for exports are subject to these limits, as the United States has learned on several occasions<sup>28</sup>.

Whether the GATT should be read to constrain other income tax provisions is more controversial<sup>29</sup>. If so, the agreements could inhibit a country from limiting income tax benefits, such as accelerated depreciation or investment tax credits, to machinery and equipment produced locally.

Income tax discrimination against foreign producers is the domain of the bilateral treaties that govern international tax relations<sup>30</sup>. These agreements typically prohibit

<sup>25</sup> See, e.g., JAMES R. HINES, JR., *Taxation and U.S. Multinational Investment*, 2 TAX POL'Y & ECON. 33 (1988).

<sup>26</sup> For a fuller discussion of these possibilities, see ALVIN C. WARREN, JR., *Income Tax Discrimination Against International Commerce*, 54 TAX L. REV. 131 (2001).

<sup>27</sup> Multilateral Agreements on Trade in Goods, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1A, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1154 (1994); General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1B, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1167 (1994); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1197 (1994); General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194.

<sup>28</sup> See, e.g., PAUL R. McDANIEL, *Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts, and Resolutions*, 57 TAX L. REV. 275 (2004) (tracing the history of the GATT and WTO decisions holding that U.S. tax preferences were impermissible export subsidies under the trade treaties).

<sup>29</sup> The more recent GATT treaties provide exceptions from trade treaty obligations for income tax and tax treaty provisions. See REUVEN S. AVI-YONAH, *Treating Tax Issues Through Trade Regimes*, 26 BROOK. J. INT'L L. 1683 (2001); SERVAAS VAN THIEL, *General Report*, in WTO AND DIRECT TAXATION 13, 17-25 (MICHAEL LANG ET AL. EDS., 2005).

<sup>30</sup> See OECD, *Articles of the Model Convention with respect to taxes on income and Capital*, art. 24 (2005) [hereinafter OECD MODEL CONVENTION], available at <http://www.oecd.org/dataoecd/50/49/35363840.pdf>. There are more than 2500 bilateral tax treaties in effect, mostly between developed countries. These treaties generally have in common the key structural features of the OECD Model Convention. See KEES VAN RAAD, *Nondiscrimination in international tax law* (1986); MARY BENNETT, *Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, 59 TAX L. REV. (forthcoming 2006) (manuscript at 5, on file with authors).

a country in which income is produced (usually called the source country) from taxing foreign enterprises operating in that country more heavily than similarly situated domestic enterprises<sup>31</sup>. A source country could not therefore tax business income earned in that country by a foreign company at a rate higher than that applied to comparable income earned by a domestic company. Nor could a source country limit income tax benefits, such as accelerated depreciation or investment tax credits, to machinery and equipment owned by domestic companies.

Neither trade nor tax treaties prohibit discrimination against domestic companies' income from foreign production. Such discrimination will arise if a company's home country (the residence country) taxes the company's foreign income more heavily than its domestic income. Rather than treating a residence country's taxation of its enterprises' foreign income as a matter of discrimination, the tax treaties conceptualize the problem as international double taxation, which arises because both source and residence countries can assert taxing jurisdiction. Framing the issue this way has obscured the analysis of whether foreign production is being treated better or worse than domestic production, because the baseline of equivalent treatment often is not explicitly articulated.

There are two standard residence-country methods for reducing double taxation of foreign income under both national law and the bilateral tax treaties<sup>32</sup>. The first is to tax foreign income, but then to grant a tax credit for taxes paid on such income in the source country (a foreign tax credit). The most common rationale offered for this method is capital export neutrality, under which a company should pay the same marginal rate of taxation on its income from investment at home and abroad. The goal of this approach is to subject all of a taxpayer's business activity to the same overall level of taxation, regardless of the location of the investment. However, to avoid refunding taxes paid to another nation, the foreign tax credit is generally limited to the rate of tax in the residence country<sup>33</sup>, so investment abroad will bear a heavier tax burden than investment at home if the source country's tax rate is higher.

The second method for reducing international double taxation is for the residence country to exempt foreign income. The usual rationale offered here is capital import neutrality, which requires that all investments in a given country bear the same marginal rate of income taxation, regardless of the residence of the investor. This approach

---

<sup>31</sup> Because the focus of this Article is income taxation, it is natural to think of tax discrimination against foreign persons as being against foreign producers. Other kinds of tax discrimination against foreign persons are, however, conceivable. For example, a country might impose a special tax on domestic hotel rooms rented by foreign persons, whether the hotel was owned by domestic or foreign interests.

<sup>32</sup> A third possibility emerges from the concept of "national neutrality," which argues for a deduction for foreign taxes, rather than a credit or exemption, to alleviate international double taxation. The key idea here is that domestic and foreign taxes are different because a country benefits only from the taxes it collects. From this perspective, domestic income before taxes should be compared with foreign income after taxes, so a deduction for the latter is appropriate. If equal treatment after deduction for foreign taxes (and national neutrality) were considered the appropriate baseline, the credit and exemption methods of alleviating double taxation would favour foreign over domestic production. From the perspective of those two methods, however, alleviating double taxation by a deduction for foreign taxes, which is not acceptable under the typical tax treaty, would discriminate against foreign production. Although not explicitly framed as a non-discrimination requirement, the treaty requirement of either a credit or exemption could, from this perspective, be considered such a requirement. See PEGGY BREWER RICHMAN, *Taxation of foreign investment income: an economic analysis* (1963).

<sup>33</sup> E.g., I.R.C. § 904 (West Supp. 2005).

would subject all business activity within a specific country to the same overall level of taxation, whether the activity is conducted by a resident or a foreigner<sup>34</sup>.

Under the foreign tax credit (and capital export neutrality), a residence country should not treat foreign production any worse than domestic production, given the baseline of equal after-tax returns. On the other hand, under an exemption for foreign income (and capital import neutrality), a residence country may treat foreign production better than domestic production to achieve equal treatment with domestic production in the source country, given the same baseline.

Other than mandating relief of international double taxation by a credit or exemption, there is no provision in the international trade and tax treaties that explicitly precludes a residence country from discriminating against foreign production by its nationals, whatever the appropriate baseline. Suppose that a residence country that used a foreign tax credit to eliminate international double taxation also applied higher rates to foreign income than to domestic income. Although this result would not be consistent with the capital export neutrality rationale usually thought to underlie the credit, such a provision would not seem to violate any obligation of the treaties unless the higher rate effectively eliminated the benefit of the credit. Rather than taxing foreign income more heavily, the more common practice is to offer tax benefits for domestic income. An example of this form of discrimination in the U.S. tax code is the deduction for nine percent of “income attributable to domestic production activities”<sup>35</sup>. For economic policy reasons, the United States has chosen in this provision to favour domestic over foreign production by U.S. taxpayers – a preference that is not precluded by the trade and tax treaties.

Another example of this sort of preference is the common limitation of income tax incentives, such as accelerated depreciation or investment tax credits, to machinery and equipment used domestically<sup>36</sup>.

To recapitulate, trade and tax treaties forbid nations from adopting two of three discriminatory practices. Trade treaties constrain discrimination against foreign products or, correlatively, in favour of domestic exports. The nondiscrimination concept in the tax treaties prohibits source-country discrimination against foreign producers. However, neither the trade nor the tax treaties prevent a residence country from favouring domestic production over foreign production by its own taxpayers. In the next Section, we show that the ECJ’s jurisprudence is consistent with international practice on the first two of these dimensions. On the third, however, the ECJ has gone further, limiting the ability of member states to favour domestic over foreign production by their own companies. After analyzing both the legal and fiscal policy implications of the ECJ decisions, we will consider comparable decisions of the U.S. Supreme Court invalidating state tax laws that discriminate against interstate commerce.

<sup>34</sup> For more on capital export and import neutrality, as well as a critical evaluation of the role these concepts play in the analysis of international taxation, see MICHAEL J. GRAETZ, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 TAX L. REV. 261 (2001).

<sup>35</sup> I.R.C. § 199 (West Supp. 2005).

<sup>36</sup> E.g., I.R.C. § 168(b), (g)(1)(A), (g)(2) (West 2002 & Supp. 2005) (providing slower depreciation for tangible property used outside the United States).

## 1.2. The Corporate Income Tax Decisions of the ECJ

As previously indicated, the principal legal basis for the ECJ corporate income tax decisions is the EC Treaty's guarantee of freedom of movement for goods, persons, services, and capital. The Treaty also provides for nondiscrimination based on nationality<sup>37</sup> and precludes internal taxation of other member states' products in excess of taxation of domestic products<sup>38</sup>, as well as government subsidies ("state aid" in the language of the EC Treaty) incompatible with an internal market<sup>39</sup>.

Our goal in this Section is to show that the ECJ decisions can be understood to prohibit discrimination on all three of the dimensions described above, a much more robust approach than that found in international trade and tax law. We do not, therefore, classify the decisions in terms of the various treaty freedoms or rights<sup>40</sup>. Nor do we distinguish nationality discrimination from market restriction, a distinction sometimes deployed by the ECJ and its European commentators<sup>41</sup>. More recent analyses suggest a growing awareness that these various rights and obligations taken together constitute a general prohibition of discrimination against commerce among member states<sup>42</sup>. In the language of a recent advocate general's opinion, national laws "must not result in less favourable treatment being accorded to transnational situations than to purely national situations"<sup>43</sup>. It is in that spirit that we organize the ECJ decisions in terms of discrimination against foreign products, producers, and production. Our discussion is selective, rather than exhaustive, because our goal is simply to show that the ECJ jurisprudence occupies all three categories.

The Court has long invalidated member states' laws or regulations that effectively discriminate against foreign products. One celebrated example is *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (more commonly referred to as *Cassis de Dijon*)<sup>44</sup>, in which Germany had refused importation of a French liqueur because it did not meet

<sup>37</sup> EC Treaty art. 12.

<sup>38</sup> *Id.* art. 90.

<sup>39</sup> *Id.* art. 87.

<sup>40</sup> For classifications of the cases by Treaty freedom, see, for example, MATTIAS DAHLBERG, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital* 71-83 (2005); ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ, *Towards corporate tax harmonization in the European Community: an institutional and procedural analysis* 205-257 (1999); and MASON, *supra* note 5, at 37-92.

<sup>41</sup> In European parlance, "discrimination" sometimes refers only to discrimination on the basis of nationality, and "restriction" to other cases in which cross-border income is taxed more heavily than domestic income. This distinction maps roughly, but not exactly, onto our distinction between discrimination against foreign producers (incoming investment) and foreign production (outgoing investment). See, e.g., DAHLBERG, *supra* note 40, at 107-13, 327-29.

<sup>42</sup> See, e.g., MICHEL DE WOLF, *Souveraineté fiscale et principe de non discrimination* 453-54 (2005); HANS-JÖRGEN AIGNER et al., *General Report*, in *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* 13, 38-43 (MICHAEL LANG ET AL. EDS., 2004); AXEL CORDEWENER et al., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part Two)*, 44 EUR. TAX'N 218 (2004).

<sup>43</sup> Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey*, ¶ 37 (Apr. 7, 2005) (opinion of Advocate General Maduro), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-446/03"). Advocate General Maduro also stated that the different criteria established by the ECJ for application of the Treaty freedoms, such as market access and non-discrimination based on nationality, "all spring from the same source of inspiration which appears to me to be to prevent Member States from creating or maintaining in force measures promoting internal trade to the detriment of intra-community trade." *Id.* 39.

<sup>44</sup> Case 120/78, 1979 E.C.R. 649.



a requirement of minimum alcohol content applicable to both domestic and foreign products. The Court annulled the German provision on the ground that it effectively restricted importation of goods produced in another member state<sup>45</sup>. An early decision invalidating an income tax provision because it discriminated against a foreign product or service is *Commission v. France*<sup>46</sup>, in which certain French business deductions for newspapers were conditioned on the newspaper having been printed within France. The Court reasoned that the provision was likely to restrict imports of publications printed in other member states, therefore having an effect equivalent to a restriction on imports. Other provisions the ECJ has held to violate the EC Treaty by taxing imported products and services more heavily than their domestic counterparts include:

- Sweden imposed a fifteen percent tax on premiums paid by Swedish residents to foreign life insurance companies, but not on premiums paid to Swedish companies<sup>47</sup>.
- Germany imposed a tax on German lessees of equipment, such as airplanes, but only if the lessors were foreign<sup>48</sup>.
- Denmark imposed greater restrictions on business deductions for meetings at foreign tourist sites than for meetings at Danish tourist sites<sup>49</sup>.
- Sweden limited deductions by employers of premiums on employee pension insurance to insurance purchased from Swedish companies<sup>50</sup>.
- Finland taxed residents on their winnings from foreign lotteries, but not from Finnish lotteries<sup>51</sup>.

ECJ decisions sometimes fall into more than one category of discrimination in our framework because the three categories can overlap. For example, the Danish case in the list above involved a Danish entity that organized a foreign business meeting for Danish clients<sup>52</sup>, so the decision involved both a foreign product and foreign production.

<sup>45</sup> See also Case 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, 1974 E.C.R. 837 (holding that Belgium could not exclude Scotch whisky already in circulation in France on the ground that the French exporter did not have a U.K. certificate of authenticity that would be required for direct importation into Belgium from the United Kingdom).

<sup>46</sup> Case 18/84, 1985 E.C.R. 1339.

<sup>47</sup> Case C-118/96, *Safir v. Skattemyndigheten i Dalarnas Län*, 1998 E.C.R. I-1897. The court rejected the argument that the tax was not discriminatory because Swedish insurance companies were subject to Swedish taxation, while foreign companies were not.

<sup>48</sup> Case C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG v. Finanzamt Dortmund-Unna*, 1999 E.C.R. I-7447. The court rejected the argument that the provision was not discriminatory because German lessors would be subject to taxation in Germany.

<sup>49</sup> Case C-55/98, *Skatteministeriet v. Vestergaard*, 1999 E.C.R. I-7641.

<sup>50</sup> Case C-422/01, *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) v. Riksskatteverket*, 2003 E.C.R. I- 6817.

<sup>51</sup> Case C-42/02, *In re Lindman*, 2003 E.C.R. I-13,519. The court rejected the argument that the provision was not discriminatory because the organizers of Finnish lotteries could be subject to Finnish taxation. In addition to the cases discussed in the text, the ECJ has decided a number of other cases involving imported products and services. See, e.g., Case C-334/02, *Comm'n v. France*, 2004 E.C.R. I-2229 (rejecting a policy allowing French holders of French debt to elect a lower tax rate, whereas French holders of foreign debt could not); Case C-17/00, *De Coster v. Collège des bourgmestre et échevins de Watermael-Boitsfort*, 2001 E.C.R. I-9445 (invalidating Belgium's tax on satellite dishes when Belgian broadcasters, but not foreign broadcasters, had the option of using untaxed cable systems as an alternative); Case C-478/98, *Comm'n v. Belgium*, 2000 E.C.R. I-7587 (invalidating Belgium's exclusion of non institutional Belgian investors from a Eurobond issuance by the Belgian government in German marks through German financial institutions); C-439/97, *Sandoz GmbH v. Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland*, 1999 E.C.R. I-7041 (invalidating an Austrian stamp tax due on foreign borrowing when there was no written loan agreement and when no such tax would be due on borrowing from an Austrian lender).

<sup>52</sup> *Skatteministeriet*, 1999 E.C.R. at I-7644.

We do not separately analyze such overlapping cases because our goal is simply to show that the ECJ jurisprudence operates on all three dimensions of discrimination.

In addition to restricting discrimination against products imported from other member states, the ECJ has long constrained heavier taxation by source countries of enterprises from other member states. An early example of this second category of discrimination arose because dividends paid by French corporations to French insurance companies benefited from a tax credit, whereas such dividends paid to non-French insurance companies operating in France did not<sup>53</sup>. The Court reasoned that if France treated foreign companies operating in France on the same footing as French companies for the purpose of taxing their profits, it could not treat them differently with regard to a related tax advantage without giving rise to discrimination.

An important recent example of potential discrimination against foreign producers is found in *Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt*<sup>54</sup>. In that case, the ECJ considered a law under which German subsidiaries of non-German parent companies were denied deductions for interest paid to the foreign parent company when the subsidiary had a high debt-to-equity ratio, although such deductions were allowed for payments by German subsidiaries to German parent companies. The general purpose of such thin capitalization provisions, which are common in developed countries<sup>55</sup>, is to prevent tax avoidance. Without such provisions, local subsidiaries of foreign parents could disguise non deductible dividends as deductible interest, thereby shifting a portion of the corporate tax base from the source country to a lower-tax foreign country. In spite of that purpose, the ECJ held that applying such provisions to foreign, but not domestic, parent companies violated the treaty freedoms.

Other examples of source-country discrimination against incoming investment invalidated by the ECJ include:

- The United Kingdom paid interest on U.K. tax refunds to U.K. companies but not on refunds to U.K. branches of non-U.K. companies<sup>56</sup>.
- Greece subjected Greek branches of foreign banks to a higher rate of tax than Greek banks<sup>57</sup>.
- The United Kingdom imposed an “advance corporate tax” on dividends of U.K. subsidiaries of non-U.K. parent companies but not on U.K. subsidiaries of U.K. parent companies<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> Case 270/83, *Comm'n v. France*, 1986 E.C.R. 273. These shareholder credits were part of an imputation system eliminating the double taxation of corporate income. We discuss such systems in Section II.A.

<sup>54</sup> Case C-324/00, 2002 E.C.R. I-11,779.

<sup>55</sup> E.g., I.R.C. § 163(j) (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>56</sup> Case C-330/91, *The Queen v. Inland Revenue Comm'rs*, 1993 E.C.R. I-4017.

<sup>57</sup> Case C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc v. Greece*, 1999 E.C.R. I-2651.

<sup>58</sup> Joined Cases C-397 & C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd v. Comm'rs of Inland Revenue*, 2001 E.C.R. I-1727. The “advance corporate tax” was a component of an imputation system intended to reduce double taxation of corporate income. We discuss such systems in Subsection II.A.1. For additional cases involving source-country discrimination against incoming investment, see, for example, Case C-253/03, *CLT-UFA SA v. Finanzamt Köln-West* (Feb. 23, 2006), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-253/03”), which invalidated a higher German tax on a branch of a foreign company than on a German subsidiary of a foreign company; Case C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161, which struck down tax relief for foreign investments that was available for German companies, but not for such investments by foreign companies operating in Germany; and Case C-1/93, *Halliburton Servs. BV v. Staatssecretaris van Financiën*, 1994 E.C.R. I-1137, which invalidated a Dutch transfer tax exemption available only if both the transferor and transferee were Dutch companies.

As indicated in the previous Section, countries are generally free under the international trade and tax treaties to favour domestic production over foreign production by their own companies. The ECJ, on the other hand, has invalidated many provisions of this type, particularly in recent years. An important case in this category is *Marks & Spencer plc v. Halsey*<sup>59</sup>, which involved a British retailer whose Belgian, French, and German subsidiaries had suffered substantial losses and were eventually closed or sold.

The key issue before the Court was whether the United Kingdom had to allow Marks & Spencer to offset the foreign losses against its U.K. domestic taxable income.

The litigation stimulated a great deal of interest and commentary in Europe because disallowance of losses of foreign subsidiaries is a common feature of member state tax systems, so the potential revenue loss was enormous<sup>60</sup>.

Like many countries, the United Kingdom taxes U.K. corporations, including subsidiaries of U.K. parent companies, on domestic and foreign income (subject to a foreign tax credit). Foreign subsidiaries of U.K. companies are not generally subject to U.K. tax on their current income, but the U.K. parents are taxed on dividends received from foreign subsidiaries (also subject to a foreign tax credit). Under U.K. law, losses in domestic, but not foreign, subsidiaries can be used to offset income in U.K. parent companies. This system of “group relief” requires the subsidiary to “surrender” the loss to the parent, so it cannot be used twice.

Before *Marks & Spencer* was referred to the ECJ, two of Europe’s leading international tax specialists, sitting as special commissioners of the U.K. Department of Inland Revenue, decided in favour of the government<sup>61</sup>.

They held that the failure to extend loss offsets to foreign subsidiaries did not violate the EC Treaty because the income of foreign subsidiaries was not subject to U.K. taxation. Citing previous ECJ decisions, the commissioners concluded that the U.K. taxation of dividends to parent companies was not germane because parent and subsidiary were different taxpayers.

The ECJ Advocate General subsequently recommended that the U.K. provisions be struck down, interpreting the treaty freedoms to require no less favourable treatment for transnational than purely national investment situations<sup>62</sup>.

From this perspective, he concluded that investment abroad was disadvantaged relative to investment at home under U.K. law. While the U.K. special commissioners focused on the symmetrical treatment of foreign income and losses, the Advocate

<sup>59</sup> Case C-446/03 (Dec. 13, 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-446/03”).

<sup>60</sup> E.g., CORDEWENER et al., *supra* note 42; GERARD T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Relief in the European Union Following the Advocate General’s Opinion in the Marks & Spencer Case*, 45 EUR. TAX’N 282 (2005); LEE A. SHEPPARD, *Dowdy Retailer Set To Destroy European Corporate Tax*, 104 TAX NOTES 16 (2004); CHRISTIAN WIMPISSINGER, *Beyond Marks & Spencer: Cross-Border Losses and EC Law*, 38 TAX NOTES INT’L 923 (2005).

<sup>61</sup> *Marks & Spencer plc v. Halsey*, No. SPC 00352 (Dec. 17, 2002) (opinion of Special Comm’rs Jones & Gammie) (on file with authors).

<sup>62</sup> Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey* (Apr. 7, 2005) (opinion of Advocate General Maduro), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-446/03”). As indicated above, *see supra* text accompanying note 43, Advocate General Maduro suggested that Treaty freedoms should be considered related means to prevent measures promoting internal trade to the detriment of intra-community trade. *Id.* ¶¶ 37, 39-40.

General focused on the fact that a U.K. parent and a domestic subsidiary could not both use a loss surrendered by the latter.

Accordingly, the Advocate General concluded that the United Kingdom could not prevent the use by a U.K. parent company of the loss of a foreign subsidiary unless the latter was able to deduct or carry forward the loss in the source country.

The ECJ reached the same result as the Advocate General, although without articulating any broad principles of interpretation<sup>63</sup>.

In the Court's view, the U.K. system of group relief was simply a tax advantage that could not be limited to domestic subsidiaries<sup>64</sup>. It is easy to formulate the outcome as necessary to avoid discrimination against foreign production: Losses of domestic subsidiaries are available to offset income of U.K. parent companies (on the condition that the subsidiaries cannot use the losses); therefore losses of foreign subsidiaries must be available to offset the income of such parent companies (on the same condition). It is also easy to see how this result applies to Marks & Spencer, because its subsidiaries had been liquidated or sold.

On the other hand, the Court failed to provide any helpful guidance on the meaning of the condition under other circumstances, particularly when the definition of losses and the provisions for deductibility differ across member states. We will not be surprised to see the question of foreign loss offsets return to the ECJ.

The foreign investment in *Marks & Spencer* through a foreign subsidiary is commonly called direct investment. Another form of foreign investment occurs when individuals in one country purchase shares in foreign companies. This is known as portfolio investment. The ECJ has invalidated a number of residence-country tax provisions that restrict outgoing investment in both categories, including:

- The United Kingdom did not allow U.K. holding companies to consolidate losses unless their business consisted wholly or mainly of holding shares in U.K. subsidiaries<sup>65</sup>.
- France permitted companies selling medical products to deduct research and development costs, but only if those costs were incurred in France<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> The court stated its holding ("ruling" in ECJ parlance) as follows: As Community law now stands, Articles 43 EC and 48 EC do not preclude provisions of a Member State which generally prevent a resident parent company from deducting from its taxable profits losses incurred in another Member State by a subsidiary established in that Member State although they allow it to deduct losses incurred by a resident subsidiary. However, it is contrary to Articles 43 EC and 48 EC to prevent the resident parent 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. *Marks & Spencer*, ¶ 61 (Dec. 13, 2005). The United Kingdom has announced plans to modify its legislation to allow foreign losses falling within the second sentence of the court's ruling, but only if the losses are not part of a tax-motivated transaction. Press Release, HM Revenue & Customs, Changes to Company Tax Relief Following European Court of Justice (ECJ) Judgment (Feb. 20, 2006), available at <http://www.gmn.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=188162&NewsAreaID=2>.

<sup>64</sup> *Marks & Spencer*, ¶¶ 32-34 (Dec. 13, 2005).

<sup>65</sup> Case C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc v. Colmer*, 1998 E.C.R. I-4695.

<sup>66</sup> Case C-254/97, *Société Baxter v. Premier Ministre*, 1999 E.C.R. I-4809.

- The Netherlands taxed dividends that Dutch shareholders received from foreign companies but not dividends they received from Dutch companies<sup>67</sup>.
- Austria taxed dividends that Austrian shareholders received from foreign companies at a higher rate than dividends they received from Austrian companies<sup>68</sup>.
- Finland provided shareholder credits for corporate taxes to Finnish holders of shares in domestic, but not foreign, corporations<sup>69</sup>.

As we explain below, the last three of these decisions, which concern outgoing portfolio investment, helped demolish a widespread European system for eliminating or mitigating the double taxation of corporate income.

## 2. Implications of the ECJ decisions

### 2.1. Legal Implications

It should be evident that the ECJ has adopted a much more robust concept of discrimination than that found in international tax and trade law, particularly with respect to outgoing investment. Indeed, a recent PricewaterhouseCoopers study concludes that the corporate tax systems of all twenty-five EU members contain provisions that violate the Court's jurisprudence<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Case C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, 2000 E.C.R. I-4071 (deciding the case on the basis of a Commission directive implementing Treaty freedoms).

<sup>68</sup> Case C-315/02, *Lenz v. Finanzlandesdirektion für Tirol*, 2004 E.C.R. I-7063.

<sup>69</sup> Case C-319/02, *In re Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477. Additional cases involve discrimination against outgoing investment or transfers. See, e.g., Case C-471/04, *Finanzamt Offenbach am Main-Land v. Keller Holding GmbH* (Feb. 23, 2006), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-471/04") (invalidating a German disallowance of financing costs for foreign, but not domestic, second-tier subsidiaries); Case C-268/03, *De Baeck v. Belgium*, 2004 E.C.R. I-5961 (invalidating a Belgian capital gains tax on shares transferred to foreign, but not domestic, buyers); Case C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 2004 E.C.R. I-2409 (invalidating a French tax on the transfer of stock abroad); Case C-168/01, *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, 2003 E.C.R. I-9409 (invalidating a Dutch deduction for financing costs for domestic subsidiaries, but not for foreign subsidiaries unless they produced income in Holland); Case C-436/00, *X v. Riksskatteverket*, 2002 E.C.R. I-10,829 (invalidating a provision under which transfer of shares to foreign companies or companies with foreign parents for less than market value was taxable to Swedish shareholders when the transfer to Swedish companies without foreign parents was not); Case C-141/99, *Algemene Maatschappij voor Investing en Dienstverlening NV (AMID) v. Belgium*, 2000 E.C.R. I-11,619 (holding that Belgian operating losses could not be carried forward against Belgian income if those losses could have been offset against income of a foreign affiliate exempt under a tax treaty); Case C-251/98, *Baars v. Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem*, 2000 E.C.R. I-2787 (invalidating a Dutch exemption from wealth tax for shares in domestic, but not foreign, companies); Case C-200/98, *X AB v. Riksskatteverket*, 1999 E.C.R. I-8261 (invalidating a provision granting Swedish tax relief for transfers within corporate groups but not for transfer to a Swedish subsidiary partially owned by a controlled foreign company).

<sup>70</sup> PRICEWATERHOUSECOOPERS LLP, *PricewaterhouseCoopers Study shows all 25 EU Countries' tax systems to be in breach of EU Law* (Press Release, Oct. 14, 2004), available at <http://www.ukmediacentre.pwc.com/content/detail.asp?ReleaseID=1026&NewsAreaID=2>. For an earlier analysis, see *European Union: Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law*, 40 EUR. TAX'N (Special Issue) 3 (2000) (identifying provisions of national law that are arguably contrary to ECJ jurisprudence).

Member state victories in corporate tax cases have been rare<sup>71</sup>. In principle, provisions that violate EC Treaty freedoms can be justified on certain grounds, such as the internal consistency of the member state's tax system (usually styled "cohesion" or "coherence" in ECJ opinions) and the prevention of tax avoidance. In the past, however, the Court has rarely upheld provisions on these grounds, often stating that less intrusive means to such ends should be available (the principle of proportionality)<sup>72</sup>. The ECJ also regularly rejects arguments by member states based on loss of revenue and erosion of the tax base<sup>73</sup>, although at least one recent advocate general's opinion suggests that financial consequences may be relevant<sup>74</sup>.

A robust prohibition of discrimination against commerce among member states may sound innocuous or even benign, given the goal of creating a single internal market in the EU. However, a requirement of nondiscrimination is too unidimensional an approach for many issues of income tax design. The ECJ decisions to date suggest potentially staggering constraints on countries' freedom to resolve what strike us as quintessentially legislative issues – constraints that are fundamentally inconsistent with the fiscal autonomy retained by the member states in their right to veto EU taxing provisions.

In this Section, we explore the legal implications of the ECJ jurisprudence both retrospectively and prospectively. We begin by showing how the Court undermined a longstanding system for avoiding double taxation of corporate income in many EU countries. We then speculate on whether EU member states are still free to encourage domestic investment with tax incentives and to eliminate international double taxation with foreign tax credits.

### 2.1.1. *The Demise of Imputation*

Until recently, many countries in the EU avoided double taxation of corporate income (once to the corporation and again to shareholders on receipt of a dividend) by providing a full or partial shareholder credit for corporate taxes previously paid with respect to income distributed as a dividend<sup>75</sup>.

<sup>71</sup> One exception is Case 81/87, *The Queen v. HM Treasury*, 1988 E.C.R. 5483 (upholding the U.K. requirement of government consent if a U.K. company moved its business headquarters abroad, removing it from U.K. tax jurisdiction).

<sup>72</sup> See MASON, *supra* note 5, at 93-114.

<sup>73</sup> *Id.* at 110.

<sup>74</sup> Case C-475/03, *Banca Popolare di Cremona v. Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Mar. 17, 2005) (opinion of Advocate General Jacobs), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-475/03") (considering whether a regional tax on production levied in Italy is compatible with the prohibition of national turnover taxes other than a value-added tax); see also MICHAEL LANG, *The Marks & Spencer Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word*, 46 EUR. TAX'N 54, 67 (2006) (arguing that the ECJ's decision in *Marks & Spencer* might have been motivated by revenue considerations).

<sup>75</sup> For further discussion of the issues involved in designing an integrated tax system, see U.S. DEP'T OF THE TREASURY, *Integration of the individual and corporate tax systems: Taxing business income once* (1992); ALVIN C. WARREN, JR., AM. LAW INST., *Integration of the individual and corporate income taxes, Reporter's study of corporate tax integration* (1993); and MICHAEL J. GRAETZ & ALVIN C. WARREN, JR., *Integration of Corporate and Individual Income Taxes: An Introduction*, 84 TAX NOTES 1767 (1999). The foregoing are collected in MICHAEL J. GRAETZ & ALVIN C. WARREN, JR. EDS., *Integration of the U.S. corporate and individual income taxes: The Treasury Department and American Law Institute Reports* (1998) [hereinafter TREASURY AND ALI INTEGRATION REPORTS].

Full implementation of such a credit would result in corporate income ultimately being taxed only once, at the shareholder's tax rate, so the income is said to be imputed to shareholders<sup>76</sup>.

The other major policy option for integrating corporate and shareholder taxes is a full or partial shareholder exclusion of dividends<sup>77</sup>.

Full implementation of an exclusion would result in corporate income ultimately being taxed only once, at the corporate tax rate. Largely as a result of the ECJ tax decisions, the shareholder credit option has now been abandoned in the EU<sup>78</sup>, in some cases even before the ECJ had decided whether it violated the EC Treaty freedoms. In order to understand this development, we need to explain two potential complications of imputation systems.

First, untaxed corporate income complicates imputation because a shareholder credit assumes that the corporation has paid the taxes to be credited on receipt of a dividend. Rather than requiring every corporation to report to every shareholder the amount of a varying tax credit on every distribution, the European approach to imputation had been to provide a standard credit and require the corporation to pay a compensatory tax on distributions if previously paid corporate taxes were less than the total amount of credits available to shareholders.

Second, international income also complicates imputation for both incoming and outgoing investment<sup>79</sup>. The key issue regarding incoming investment is whether the shareholder credit should be available to foreign investors. A source country typically imposes only flat-rate "withholding taxes" on dividends to foreign shareholders, because it has no way of knowing the rest of the shareholder's income situation. The traditional practice has been to reduce these withholding taxes to identical low levels in bilateral tax treaties.

<sup>76</sup> Consider a corporation that earns \$200, pays \$60 in corporate taxes at a rate of 30%, and distributes half of the remaining \$140 each to shareholders A and B, whose tax rates are 25% and 35%. As shown in the table below, full imputation converts the corporate tax into a withholding tax, with each shareholder ultimately receiving the same after-tax return he would have received if his share of the corporate income had been taxed at his individual tax rate:

shareholders	a (25%)	b (35%)
1. Shareholder cash dividend	\$70	\$70
2. Shareholder taxable income	\$100	\$100
3. Preliminary shareholder tax	\$25	\$35
4. Tax credit	(\$30)	(\$30)
5. Final shareholder tax (3-4)	(\$5)	\$5
6. Net shareholder cash (1-5)	\$75	\$65

To avoid confusion, it is worth noting that an imputation shareholder credit is entirely distinct from the foreign tax credit discussed above. The former is aimed at reducing double taxation of corporate income (often called economic double taxation) that can occur in a single country, whereas the latter is aimed at reducing international double taxation (that involves taxation by more than one country). The two forms of multiple taxation converge when a corporation is taxed in one country and its shareholders in another.

<sup>77</sup> A third option, deduction of dividends, is usually rejected because it would automatically extend the benefits of integration to exempt and foreign shareholders. See Treasury and ALI Integration Reports, *supra* note 75, at 251-53, 641.

<sup>78</sup> See, e.g., RICHARD J. VANN, *General Report*, 88A CAHIERS DE DROIT FISCAL INTERNATIONAL [STUD. INT'L FISCAL L.] 21 (2003).

<sup>79</sup> See PETER A. HARRIS, *Corporate/Shareholder income taxation and allocating taxing rights between countries* (1996); Treasury and ALI Integration Reports, *supra* note 75, at 12-14, 183-98, 735-63; HUGH J. AULT, *Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, 47 TAX L. REV. 565 (1992); HUGH J. AULT, *International Issues in Corporate Tax Integration*, 10 LAW & POL'Y INT'L BUS. 461 (1978).

Corporate income would therefore be subject to primary taxation in the source country (due to the exemption or foreign tax credit in the residence country), while dividends then paid to the foreign investors would be subject to primary taxation in the residence country (due to reduction of withholding taxes in the source country). In this situation, imputation would achieve integration for domestic investors, while leaving for treaty negotiation the question of whether shareholder credits would be extended to foreign investors. Countries have differed in their willingness to enter into treaties that extend credits to foreign shareholders. The most common decision – not to extend such credits to foreign investors – creates the possibility of source-country favoritism of domestic investors, because the corporate tax on domestic income would be integrated when distributed to domestic, but not foreign, shareholders.

Regarding outgoing investment, the key issue is whether foreign taxes paid on corporate income earned abroad should reduce shareholder taxes when that income is distributed as a dividend. The tendency has been to ignore corporate-level foreign taxes when computing individual shareholder taxes on dividends out of foreign income. Distribution of foreign income to shareholders could therefore trigger a compensatory tax, leading to the possibility of residence-country bias against investment abroad. Domestic corporate income is taxed only once by the residence country when distributed to domestic shareholders under full imputation. Foreign corporate income is taxed in the source country and typically benefits from either an exemption or a foreign tax credit in the residence country, but such income typically is taxed again when distributed to shareholders as a dividend.

The potential for favoring domestic investors and domestic investment under imputation has long been known, and various solutions have been proposed in Commission studies over the years<sup>80</sup>. The unanimity requirement, however, always precluded adoption of any particular solution, and member states began to fear that their imputation systems would be found by the ECJ to violate the EC Treaty freedoms. After the Court held in 2000 that an exemption for domestic dividends had to be extended to dividends from other member states<sup>81</sup>, the Commission forcefully

<sup>80</sup> See COMMISSION STAFF WORKING PAPER, *Company Taxation in the Internal Market*, SEC (2001) 1681 (Oct. 23, 2001), available at [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/company\\_tax\\_study\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf) [hereinafter *Working Paper on Company Taxation*] (finding rate differences the most important corporate tax distortion within the EU, but recommending harmonization of the tax base); COMM'N OF THE EUR. COMMUNITIES, *Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation* (Ruding Committee Report) (Mar. 1992) (recommending staged steps to reduce corporate tax distortions, including a minimum base and rate, as well as extension of imputation credits to foreign income); EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Council Directive Concerning the Harmonization of Systems of Company Taxation and of Withholding Taxes on Dividends*, 1975 O.J. (C 253) 2 (recommending a common imputation system); A.J. VAN DEN TEMPEL, *Corporation Tax and Individual Income Tax in the European Communities* (EEC COMM'N, Approximation of Legislation Series No. 15, 1970) [hereinafter *van den Tempel Report*] (recommending a common system of separate corporate and individual income taxation); EEC COMM'N, *The Development of a European Capital Market* (Segré Report) (Nov. 1966), available at [http://europa.eu.int/comm/economy\\_finance/emu\\_history/documentation/chapter1/19661130en382develeur\\_acapitm\\_a.pdf](http://europa.eu.int/comm/economy_finance/emu_history/documentation/chapter1/19661130en382develeur_acapitm_a.pdf) (recommending imputation credits be extended to foreign income or foreign shareholders); EEC Comm'n, Fiscal and Fin. Comm., *Report on Tax Harmonization in the Common Market* (Neumark Report) (July 8, 1962), reprinted in *Tax Harmonization in the Common Market 7* (Commerce Clearing House, Inc. ed. & trans. 1963) (recommending a common system of split-rate corporate taxation under which preferential rates would apply to distributed earnings).

<sup>81</sup> Case C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, 2000 E.C.R. I-4071.



argued that imputation also violated the EC Treaty freedoms<sup>82</sup>. Late in 2004, the ECJ eventually did strike down the Finnish imputation system because it failed to provide tax credits to Finnish shareholders for corporate taxes paid to other member states by companies established in those member states<sup>83</sup>.

The major European countries had, however, already begun abandoning their imputation systems in anticipation of a negative decision by the ECJ.

Legislation effective in 2001 replaced the German imputation system with a shareholder exclusion for half of dividends received, whether from within Germany or from abroad, including from countries outside the EU. While some policy analysts had argued for this change on the basis of the developing ECJ jurisprudence, others had opposed the resulting partial double taxation of corporate income as economically harmful to Germany<sup>84</sup>. The United Kingdom had already eliminated much of its imputation system in legislation effective in 1999, which retained the form of a shareholder tax credit in order not to violate certain provisions of the U.K.-U.S. tax treaty<sup>85</sup>. Those treaty provisions have since been eliminated, so some observers now anticipate a more transparent version of the U.K. legislation that will eliminate the shareholder credit even as a matter of form<sup>86</sup>.

Finally, France and Italy both adopted legislation in 2003 that replaced their imputation systems with a partial shareholder exclusion for dividends<sup>87</sup>. As of this writing, only a few of the EU member states still have imputation systems; most have adopted some form of dividend exclusion<sup>88</sup>.

The demise of the European imputation systems would have been remarkable enough if it had followed an unequivocal ECJ decision reflecting agreement that discrimination against international commerce was an inherent feature of such systems. However, many member states repealed longstanding legislation even before a final ECJ decision. Moreover, the Advocate General eventually indicated in *In re*

<sup>82</sup> EUROPEAN COMMISSION, *The European Parliament and the European Economic and Social Committee, Dividend Taxation of Individuals in the Internal Market*, Communication to the Council COM (2003) 810 final (Dec. 19, 2003).

<sup>83</sup> Case C-319/02, *In re Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477; see also Case E-1/04, *Fokus Bank ASA v. Norway*, [2005] 1 C.M.L.R. 10 (Eur. Free Trade Area Ct. Nov. 23, 2004), available at [http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e\\_1\\_04decision-e.pdf](http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e_1_04decision-e.pdf) (holding that Norway's failure to grant imputation credits to German and U.K. shareholders of a Norwegian company violated the free movement of capital provisions of the European Economic Area Agreement, which extends certain aspects of the EU internal market to Iceland, Liechtenstein, and Norway).

<sup>84</sup> See KLAUS EICKER, *EC Tax Scene: Germany Introduces a 'Classical' System of Corporate Taxation in Order To Meet European Requirements*, 28 INTERTAX 453 (2000); STEPHAN EILERS & HOLGER HÄUSELMANN, *German Tax Reform 2001*, DERIVATIVES REP., Oct. 2000, at 1; DIETER ENDRES & ANDREAS OESTREICHER, *2001 Tax Reform in Germany – Planning for a New Era*, 28 INTERTAX 408 (2000); KLAUS SIEKER, *The German Reduction Tax Act 2001*, 30 TAX MGMT. INT'L J. 115 (2001).

<sup>85</sup> See MALCOLM GAMMIE, *UK Imputation, Past, Present and Future*, 52 BULL. INT'L FISCAL DOC. 429 (1998).

<sup>86</sup> See VANN, *supra* note 78, at 50.

<sup>87</sup> ERIC BERENGIER, *France Amends Treatment of Dividend Distributions*, 38 TAX NOTES INT'L 467 (2005); GIANLUCA QUEIROLI, *Italy's Dividends Tax Treatment: A Chance of Harmonization*, 35 TAX NOTES INT'L 535 (2004).

<sup>88</sup> Austria, Malta, Spain, and the United Kingdom retain some version of imputation. EUROPEAN TAX HANDBOOK 2005, at 56, 464, 613, 725 (JUHANI KESTI ed., 16th ed. 2005). In 2003, the United States extended the preferential tax rate on capital gains to dividends, which has the same effect as a partial exclusion. See I.R.C. § 1(h)(11) (West Supp. 2005).

*Manninen* that imputation might well conform with the treaty freedoms if certain modifications were made<sup>89</sup>.

We do not argue here that shareholder credits are necessarily superior to shareholder exclusions as a means of eliminating the double taxation of corporate income<sup>90</sup>. The choice turns largely on the trade off between progressivity and simplicity. A credit would apply the shareholder's marginal tax rate to corporate-source income, while an exclusion would avoid many of the complexities of imputation. That choice seems to us quintessentially legislative. Our point is that making nondiscrimination the sole criterion for the choice necessarily suppresses considerations of efficiency, fairness, and administrability that should inform difficult tax policy decisions. Nor do we deny the possibility that some countries might have used the specter of ECJ action as cover for repealing imputation for other reasons; even that possibility would demonstrate the reach of the Court's jurisprudence.

### 2.1.2. *The Future of Tax Incentives and International Double Taxation*

Is the demise of imputation the harbinger of other profound consequences for member state business tax laws? We address this question by speculating on the potential effects of the ECJ decisions on two other typical features of corporate taxation: stimulation of domestic investment and elimination of international double taxation.

Inspired by the success of Silicon Valley, France recently announced the creation of sixty-seven *pôles de compétitivité*, regional sites where public and private research efforts would be combined to achieve excellence in a particular business domain<sup>91</sup>. The French government promised support of at least € 1.5 billion over three years, including reductions in corporate taxation and social security contributions for participants.

Are the contemplated tax reductions for these sites, all of which are in France, consistent with the ECJ case law? In addition to the decisions noted above, consider that the Court recently struck down French legislation limiting a research tax credit to research conducted in France<sup>92</sup>. As for the Commission, it has indicated that Europe needs additional spending for research<sup>93</sup>. But it has also formally requested

<sup>89</sup> Case C-319/02, *In re Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477, ¶ 80 (Mar. 18, 2004) (opinion of Advocate General Kokott). For a recent discussion of methods to reduce bias against international investment in the context of the Australian imputation system, see C. John Taylor, *Alternative Treatments for Foreign Source Income in Australia's Dividend Imputation System*, 20 AUSTL. TAX F. 189 (2005).

<sup>90</sup> In previous work relating to the U.S. corporate tax, one of us has favored credits, while the other has favored exclusions. See TREASURY AND ALI INTEGRATION REPORTS, *supra* note 75, at 7-8, 77-96, 637-90.

<sup>91</sup> SOPHIE FAY & FRANÇOIS GROSRIEUX, 67 *pôles de compétitivité pour dessiner une nouvelle France industrielle*, LE MONDE, July 13, 2005, at 8.

<sup>92</sup> Case C-39/04, *Laboratoires Fournier SA v. Direction des vérifications nationales et internationales*, 2005 E.C.R. I-2057; see also Case C-242/03, *Ministre des Finances v. Weidert*, 2004 E.C.R. I-7379 (invalidating a Luxembourg tax deduction for the foundation or expansion of domestic, but not foreign, corporations).

<sup>93</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Why Europe Needs Research Spending* (Press Release, June 9, 2005), available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/199>; see also LÁSZLÓ KOVÁCS, *European Comm'r for Taxation and Customs, EU Tax Policy and Its Implications for Ireland*, Speech to European Movement Ireland 12 (Feb. 24, 2006), available at [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kovacs/speeches/speech\\_dublin.pdf](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kovacs/speeches/speech_dublin.pdf) ("The Commission will issue a communication . . . proposing a common framework relating to R&D tax incentives [that] will set out the constraints of Community law and identify best practices.").

that Spain modify its tax deduction for research and development, because research outside Spain is subject to limitations that do not apply to research done in Spain<sup>94</sup> (Such formal requests are typically issued prior to instituting proceedings before the ECJ).

The strength of the Commission's negative view regarding tax benefits that are limited to a member state's territory is perhaps best illustrated by a noncorporate case it has filed in the ECJ seeking to invalidate a German income tax deduction for certain school expenses because the deduction was available only for schools in Germany<sup>95</sup>. The Commission reasoned that this restriction placed the provision of services by foreign schools at a disadvantage, making parents who would like their children to be educated in another member state worse off.

The Commission's position with respect to tax incentives for economic development is complicated by its role in enforcing treaty provisions that prohibit state aid to private enterprise that is incompatible with a single European market, while recognizing that some regional aid is appropriate<sup>96</sup>.

Exercise of the Commission's discretion to reconcile these positions is, of course, subject to the ECJ's interpretation of the treaty freedoms<sup>97</sup>. With respect to taxation, the Commission has drawn a highly problematic distinction between provisions that are generally applicable and those that are exceptions, with only the latter constituting prohibited state aid<sup>98</sup>.

Two recent examples of the Commission's use of state aid authority to invalidate tax incentives are its current investigation of Luxembourg's exemption for finance and holding companies (a benefit in effect since 1929) and its decision to condition preliminary approval of the *pôles de compétitivité* on an undertaking by France that

<sup>94</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Direct Taxation: Commission Requests Spain To Amend Laws Incompatible with the EC Treaty* (Press release, July 14, 2005), available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/933>.

<sup>95</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Commission Decides To Refer Germany to Court Concerning Tax Deductions for School Fees* (Press Release, July 15, 2005), available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/946>; see also EUROPEAN COMMISSION, *Commission Refers Sweden to Court over Discriminatory Rules on Capital Gains Tax Relief on Home Sales* (Press Release, Dec. 16, 2005), available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1621> (concluding that the deferral of gain on the sale of a home violated the treaty freedoms because it was conditioned on the purchase of another home in Sweden).

<sup>96</sup> EC Treaty art. 87; see also RAYMOND H.C. LUJA, *Assessment and recovery of tax incentives in the EC and the WTO* 77-80 (2003).

<sup>97</sup> See, e.g., Case C-156/98, *Germany v. Comm'n*, 2000 E.C.R. I-6857 (sustaining the Commission's rejection of a post-unification regional tax concession in certain former territories of East Germany on the ground that the state aid violated the freedom of establishment because the aid was limited to taxpayers headquartered in the region).

<sup>98</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Notice on the Application of the State Aid Rules to Measures Relating to Direct Business Taxation*, 1998 O.J. (C 384) 3, ¶ 13 (providing examples of general provisions including tax rates, measures to prevent double taxation or tax avoidance, and measures pursuing general economic policy objectives such as research and development). The distinction between general provisions and exceptions is based on language in Article 87 of the EC Treaty that prohibits state aid "favouring certain undertakings or the production of certain goods". See WOLFGANG SCHÖN, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, 36 COMMON MKT. L. REV. 911, 916-17 (1999) (comparing the scope of the four freedoms with that of the state aid provisions). This distinction between general provisions and exceptions also is typically used to construct "tax expenditure" budgets, which, although published by many countries, remain controversial. See, e.g., MICHAEL J. GRAETZ & DEBORAH H. SCHENK, *Federal Income Taxation: Principles and Policies* 41-56 (5th ed. 2005).

corporate tax reductions would not exceed a *de minimis* amount (€ 100,000 per taxpayer per year)<sup>99</sup>.

We offer no opinion on whether corporate tax incentives like those for the French *pôles de compétitivité* will eventually pass muster under either the state aid provisions or the treaty freedoms, but we think it is fair to conclude that the tax advantages involved are fundamentally inconsistent with the logic of the ECJ decisions that have invalidated tax provisions favoring domestic production. Indeed, we believe that member states may eventually find that their freedom to use a variety of tax measures to stimulate domestic economic development has been severely constrained by that jurisprudence.

We indicated earlier that there are two standard residence-country methods for reducing international double taxation in national laws and the bilateral tax treaties: exemption of foreign income and a foreign tax credit. Just as the ECJ decisions undermined the shareholder credit option for reducing economic double taxation of corporate income, some leading European analysts now argue that those decisions will also eliminate the foreign tax credit option for reducing international double taxation. We consider an indirect and a direct version of this argument.

As indicated in our discussion of *Marks & Spencer*, residence countries that have elected the foreign tax credit option do not generally tax the income of foreign subsidiaries of domestic corporations until it is repatriated as a dividend to the parent company. This deferral feature of international taxation creates a possibility for tax avoidance because earnings can be left to compound abroad in a safe investment in a low or zero-tax jurisdiction. In response, many countries have adopted “controlled foreign corporation” (CFC) provisions that mandate current taxation to parent companies of passive investment income earned by foreign subsidiaries<sup>100</sup>. Parent companies are not generally taxed on undistributed earnings of domestic subsidiaries, so the ECJ has been asked to invalidate CFC regimes because they apply only to foreign subsidiaries<sup>101</sup>.

Given the importance of these anti-avoidance provisions, the litigation has attracted widespread attention in Europe<sup>102</sup>. If the CFC provisions are invalidated, some analysts argue that a foreign tax credit regime cannot be maintained because taxation of foreign income will be undermined by indefinite deferral<sup>103</sup>.

<sup>99</sup> EUROPEAN COMMISSION, *State Aid: Commission Opens Formal Investigation into Luxembourg's 1929 Tax-Exempt Holdings* (Press Release, Feb. 8, 2006), available at <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/132>; Letter from NELLIE KROES, European Comm'n, to MICHEL BARNIER, Foreign Minister, France ¶¶ 14, 32 (Jan. 19, 2005), available at [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2004/n407-04.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2004/n407-04.pdf) (regarding the “*régime d'aide que la France envisage de mettre à exécution en faveur des projets de R&D dans les pôles de compétitivité*”). The reductions for social security were approved because they fell within a limited exception for research and development.

<sup>100</sup> E.g., I.R.C. subpt. F (2000).

<sup>101</sup> E.g., Case C-196/04, *Cadbury Schweppes plc v. Comm'rs of Inland Revenue* (filed Apr. 29, 2004).

<sup>102</sup> See, e.g., MICHAEL LANG ET AL. EDS., *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* (2004); BIRGITTA GLAD, *New Challenges to CFC Legislation in Norway – Developing EC Law*, 34 TAX NOTES INT'L 843 (2004); MARJAANA HELMINEN, *Is There a Future for CFC-Regimes in the EU?*, 33 INTERTAX 117 (2005); RAYMOND H.C. LUJA, *Tax Treaties and State Aid: Some Thoughts*, 44 EUR. TAX'N 234 (2004); ANDERS RUBINSTEIN & NIKOLAJ BJORNHOLM, *News Analysis: Do the Lenz and Manninen Decisions Invalidate Danish Dividend and CFC Taxation?*, 36 TAX NOTES INT'L 286 (2004).

<sup>103</sup> E.g., MALCOLM GAMMIE, *The Role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, 57 BULL. INT'L FISCAL DOCUMENTATION 86, 96 (2003).

A more direct form of the argument that the foreign tax credit method of reducing international double taxation is incompatible with the treaty freedoms is that it prevents a company resident in a high-tax country from benefiting from low taxes abroad<sup>104</sup>. This result is arguably the logical extension of the taxpayer's position in *Marks & Spencer* that a residence country cannot interfere with its companies' freedom to invest abroad<sup>105</sup>.

There is, however, a fundamental problem with this argument. Consider commerce between a high-tax country (High) and a low-tax country (Low), each with one company that engages only in domestic commerce ( $Hd$  and  $Ld$ ) and one company that engages only in commerce in the foreign country ( $Hf$  and  $Lf$ ). As shown in the following matrix, nondiscrimination against foreign producers and foreign production (or capital import and capital export neutrality) in this simple example requires equivalent treatment of two companies in each country.

**Figure 1.** - Equality of tax treatment

	High	Low
Nondiscrimination Against Foreign <b>Producers</b> Requires	$Hd = Lf$	$Ld = Hf$
Nondiscrimination Against Foreign <b>Production</b> Requires	$Hd = Hf$	$Ld = Lf$

Given the overlap of source and residence jurisdiction, there are three companies potentially subject to taxation in each country:  $Hd$ ,  $Hf$ , and  $Lf$  in High;  $Ld$ ,  $Lf$ , and  $Hf$  in Low. As long as the two countries have different tax rates and bases, however, there is no way to achieve the specified equality of tax results. Consider the purely domestic companies  $Hd$  and  $Ld$ . As shown in the matrix, each must bear the same burden as  $Lf$  and  $Hf$ , which means that  $Hd$  and  $Ld$  must also bear the same tax burden, implying equal taxes in both High and Low, which is impossible.

This result is often expressed as the impossibility of implementing both capital export and import neutrality. One of us has previously made this point in terms of an irreconcilable conflict between three simple principles in the context of U.S. taxation of international transactions:

*Principle 1:* People should pay equal taxes on their income regardless of the country that is the source of that income. In particular, U.S. taxpayers should be treated equally regardless of the source of their income.

*Principle 2:* All investments in the United States should face the same burden regardless of whether a U.S. person or a foreign person makes the investment. In other words, U.S. and foreign-owned investments and businesses should be treated equally.

<sup>104</sup> See PETER J. WATTEL, *Home Neutrality in an Internal Market*, 36 EUR. TAX'N 159 (1996) (arguing that the foreign tax credit is inconsistent with the idea of a common market). But see Case C-336/96, *Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, 1998 E.C.R. I-2793 (refusing to invalidate a foreign tax credit limitation in a French-German tax treaty, as applied to labour income of frontier workers).

<sup>105</sup> LEE A. SHEPPARD, *Responding to Marks & Spencer, or Not*, 104 Tax Notes 1489, 1490-92 (2004) (reporting comments of Malcolm Gammie).

*Principle 3:* Sovereign countries should be free to set their own tax rates and to vary them as their domestic economic situations demand<sup>106</sup>.

The essential difficulty is that the first two principles can hold simultaneously in two or more countries only if income is taxed identically (for example with the same rates and bases) in all such countries, which would rule out the third principle.

The conflicts underlying this impossibility result can produce irreconcilable claims of discrimination. Consider the case of *Hf* when High reduces international double taxation with a foreign tax credit. Unlike *Ld*, *Hf* will pay high taxes to High on its income in Low in order to achieve parity with *Hd*. As indicated above, *Hf* can describe its situation in terms of discrimination against international commerce by observing that it pays higher taxes than *Ld* solely because it is engaged in international commerce, whereas *Ld* is engaged in domestic commerce. On this view, the ECJ jurisprudence arguably requires High to replace its foreign tax credit with an exemption for foreign income in order to allow *Hf* to compete in Low on the same basis as *Ld*<sup>107</sup>.

Carried to its logical extreme, this view of nondiscrimination would fully implement capital import neutrality by permitting only source-country taxation and eliminating residence-country jurisdiction over international income within the EU<sup>108</sup>.

On the other hand, a conceptually parallel argument could be made on behalf of *Lf*, which, unlike *Ld*, is forced to pay high taxes to High in spite of its legal status as a Low company<sup>109</sup>. The idea here would be that High should not be able to interfere with a Low company's choice between domestic and foreign production by imposing high taxes on *Lf* when it engages in commerce outside its home country. On this view, companies would carry their home-country tax status and rates with them wherever they operated in the EU. Such a result would be consistent with ECJ decisions such as *Cassis de Dijon* requiring member states to accept products that satisfy a regulatory requirement in the exporting, but not the importing, member state<sup>110</sup>. As for the Commission, this approach would be consistent with its proposed experiment in "home state taxation," which will permit some smaller companies to compute their

<sup>106</sup> GRAETZ, *supra* note 34, at 272 n. 36.

<sup>107</sup> See WATTEL, *supra* note 104.

<sup>108</sup> See, e.g., JIMÉNEZ, *supra* note 40, at 283 (concluding that only source-country taxation is consistent with the Treaty freedoms).

<sup>109</sup> See IAN ROXAN, *Assuring Real Freedom of Movement in EU Direct Taxation*, 63 MOD. L. REV. 831, 873 (2000) (suggesting that freedom of movement would, if anything, give preference to residence taxation); see also CORDEWENER ET AL., *supra* note 42, at 224-26 (suggesting that an exemption may be invalid because it would preclude the deduction of foreign losses); HOWARD M. LIEBMAN & OLIVIER ROUSSELLE, *Discriminatory Treatment of Dividends in the European Union: Is the End Near?*, 39 Tax Notes Int'l 143 (2005) (explaining that a foreign tax credit is required for foreign withholding taxes to ensure that total taxes on incoming dividends are not higher than taxes on domestic dividends); LUJA, *supra* note 102, at 235 (suggesting that the exemption may be invalid as a form of state aid if it is only made available under a tax treaty).

<sup>110</sup> Case 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979 E.C.R. 649; see also Case C-250/95, *Futura Participations SA v. Administration des contributions*, 1997 E.C.R. I-2471 (citing *Cassis de Dijon* and holding that subjecting non-Luxembourg companies operating in Luxembourg to the same accounting requirements as Luxembourg companies was unduly burdensome and violated the Treaty freedoms); Case 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, 1974 E.C.R. 837.

EU taxable income under the tax laws of their country of origin beginning in 2007<sup>111</sup>. This approach would also be consistent with the Commission's proposal that a service provider generally be subject to regulation only in its country of origin<sup>112</sup>. Carried to its logical extreme, this view of nondiscrimination would fully implement capital export neutrality by permitting only residence-country taxation and eliminating source-country jurisdiction in the EU<sup>113</sup>.

The problem with the argument that the foreign tax credit (and residence taxation) is discriminatory should now be apparent. There is simply no principled basis to prefer it over the opposite argument that exemption of foreign income (and source taxation) is discriminatory<sup>114</sup>. Putting the point more generally, prohibiting discrimination based on destination is ultimately inconsistent with prohibiting discrimination based on origin. This indeterminacy confirms the limits of nondiscrimination as a tool for resolving basic issues of international taxation. The core tax policy issue here is the division of the tax base between source and residence countries, the resolution of which has depended more on compromise and practice than on any overarching principle<sup>115</sup>. Regulating that division by reasoning from a principle of nondiscrimination ultimately produces an incoherent result.

So far, we have considered the logical implications of the ECJ's robust approach to nondiscrimination. Are there more modest approaches that the Court might adopt that are less robust and not subject to our impossibility result? We will briefly consider two.

Our analysis, like the Court's, has viewed the four freedoms as protecting taxpayers against higher taxation of transnational income than domestic income. A

<sup>111</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Home State Taxation for Small and Medium- Sized Enterprises* (Non-Paper to Informal Ecofin Council, July 7, 2004), available at [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/HST\\_Non-Paper\\_EN.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/HST_Non-Paper_EN.pdf). As presently formulated, home state taxation would apply the home state tax base, but not its tax rate. A company's total EU income would be computed under home state legislation and then allocated to the member states on the basis of a formula, such as the company's payroll in each country, with the tax rate of each member state then applied to its allocation.

<sup>112</sup> See EUROPEAN COMMISSION, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Services in the Internal Market*, COM (2004) 2 final/3 (Mar. 5, 2004). In spite of limitations on the country of origin principle, this proposal played a role in the campaign against the EU Constitution in France, where it was said that foreign service providers, symbolized by a Polish plumber, would work in France without having to comply with French regulations.

<sup>113</sup> It has also been argued that exemption of foreign income may violate the provisions of the trade treaties that prohibit export subsidies. REUVEN S. AVI-YONAH, *Treating Tax Issues Through Trade Regimes*, 26 BROOK. J. INT'L L. 1683, 1688 (2001).

<sup>114</sup> Cfr. FRANS VANISTENDAEL, *Marché interne et souveraineté fiscale*, in *Regards Critiques et Perspectives sur le droit e la Fiscalité* 255, 267 (CYRILLE DAVID ED., 2005) (arguing that the simultaneous existence of credit and exemption systems is incompatible with the single market mandated by the EC Treaty, but that the ECJ does not have the authority to choose between the two systems).

<sup>115</sup> Since the 1920s, the standard compromise found in tax treaties with respect to corporate source income is that residence countries defer to source countries with respect to corporate business income by means of a foreign tax credit or an exemption for foreign income, while source countries defer to residence countries with respect to shareholder dividend income by reducing or eliminating withholding taxes on dividends paid to foreign shareholders. See MICHAEL J. GRAETZ & MICHAEL M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 DUKE L.J. 1021 (1997); see also RICHARD M. BIRD & J. SCOTT WILKIE, *Source- vs. Residence- Based Taxation in the European Union: The Wrong Question?*, in *Taxing Capital Income in the European Union* 78 (SJBREN CNOSSEN ED., 2000) (arguing that source and residence are not particularly useful principles for assigning tax jurisdiction).

more limited approach would be to view the freedoms as only precluding a member state from taxing more heavily income that crosses its borders than income that does not<sup>116</sup>. The key difference between these two approaches is that the latter would not take into account the tax situation in the other state. The most rigorous version of this approach would determine whether a taxing provision was neutral with respect to income and outgoing investment on the assumption that both countries had the same tax system and rates<sup>117</sup>. In the conventional language of international taxation, member states would be required only to apply capital import neutrality to incoming investment and capital export neutrality to outgoing investment. Taxing foreign producers at a higher rate than domestic producers would be prohibited on this view, as would be an investment tax credit or other tax benefit available for domestic, but not foreign, production. However, distortions resulting from the interaction of national tax systems would not be eliminated, because one member state's action would be tested without regard to the tax situation in another member state.

While it might have been possible to argue for such an approach in the past, the ECJ decisions discussed above indicate that the court does not consider itself subject to any such limitations today, if it ever did<sup>118</sup>. Consider again the *Marks & Spencer* decision, in which the Court held that whether residence-country limitations on offsets for foreign losses were discriminatory depended on the availability of deductions for such losses in source countries<sup>119</sup>. Or consider the *Manninen* decision, which struck down the Finnish imputation system because Finland did not provide tax credits to its residents for corporate taxes paid to a foreign country by a foreign corporation that then distributed dividends to Finnish shareholders. If the foreign tax were ignored, the Finnish legislation would not be discriminatory, because it would collect the same total amount of Finnish taxes (corporate and individual) on all corporate income distributed as dividends in Finland, whether the paying corporation was domestic or foreign. The successful claim of discrimination required

<sup>116</sup> See ROXAN, *supra* note 109 (proposing a cross-migration framework for identifying prohibited taxation of transborder income); Wolfgang Schön, *Tax Competition in Europe – the Legal Perspective*, 9 EC TAX REV. 90, 97-99 (2000) (arguing that the EC Treaty requires only that a country establish capital import neutrality within its borders and “not unreasonably hinder” exportation of capital, whether monetary, real, or human); Servaas van Thiel, *The Future of the Principle of Non-Discrimination in the EU: Towards a Right to Most-Favoured-Nation Treatment and a Prohibition of Double Burdens?* (Oct. 21, 2005) (unpublished manuscript, on file with authors).

<sup>117</sup> VAN DEN TEMPEL REPORT, *supra* note 80, at 37; see also VAN THIEL, *supra* note 116, at 12 (“[T]he question of how to address discrimination, i.e. neutrality within one tax system, should be distinguished from the question how to address disparities between two tax systems . . .”). Professor van Thiel criticizes our conclusion that the logic of the ECJ's jurisprudence involves an impossible quest to eliminate discrimination based on both origin and destination of economic activity, because he sees the court's decisions as remaining “within one tax system.” As we indicate in the text, that view fails to account for much of the ECJ's jurisprudence.

<sup>118</sup> In a recent opinion, Advocate General Geelhoed formulated the obligations of source and residence countries under the EC Treaty as nondiscrimination. Although he did not discuss the impossibility of fully eliminating discrimination based on both origin and destination, his interpretation of those obligations did lead him to reject or restrict some of the court's prior decisions finding treaty violations. Case C-374/04, *Test Claimants v. Comm'rs of Inland Revenue* (Feb. 23, 2006) (opinion of Advocate General Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-374/04”).

<sup>119</sup> Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey* (Dec. 13, 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-446/03”).



the Court to consider the taxes in both countries<sup>120</sup>. Such precedents have led some commentators to suggest that the ECJ decisions may now require member states to eliminate double taxation within the EU, a possibility that requires looking beyond the tax situation in a single country<sup>121</sup>.

A second approach related to nondiscrimination that would stop short of our impossibility result might be implied from the history of the double taxation and nondiscrimination provisions in the bilateral tax treaties developed under the aegis of the OECD<sup>122</sup>. As discussed above, the tax treaties conceptualize the essential problem presented by outgoing investment as double taxation, not discrimination. The traditional solution has been for the residence country to cede primary jurisdiction over business income to the source country through either an exemption or a foreign tax credit. Source countries have, arguably in return, made two concessions: First, the source country cannot discriminate against investment from the residence country.

Second, under the more recent OECD and EU attempts to limit tax competition<sup>123</sup>, the source country cannot favor incoming investment over domestic investment. The latter concession provides some discipline against source countries simply taxing incoming investment at lower rates, which could be considered inconsistent with the expectations of the residence countries when they ceded taxing jurisdiction. Similarly, one might argue that the foregoing two concessions by source countries are premised on the residence country not discouraging outgoing investment.

Given the starting point of double taxation solved by exemption and credit systems, one could then imagine a “nondiscrimination” approach in which source countries (as under current tax treaty practice) agree to apply the same rates to incoming investment that they apply to domestic investment, while residence countries (if discrimination against foreign production were prohibited) would apply the same rates to outgoing investment that they apply to domestic investment. Some might characterize this solution (like the EU state-aid rules) as prohibiting only special tax rates that favor or penalize transnational investment, while allowing countries full control over their general tax rates. As indicated above, we think such a distinction is problematic<sup>124</sup>.

<sup>120</sup> Case C-319/02, *In re Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477. There are several other cases in which the ECJ has considered not only the tax law in the member state subject to litigation, but also the tax law in another member state. *E.g.*, Case C-403/03, *Schempp v. Finanzamt München V*, 2005 ECJ CELEX LEXIS 329 (July 12, 2005) (upholding German legislation that conditioned deductibility of maintenance payments to a former spouse on taxability in the spouse’s country); Case C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst*, 2005 ECJ CELEX LEXIS 349 (July 5, 2005) (upholding wealth tax differences due to differences in tax treaties); *cf.* Case C-336/96, *Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, 1998 E.C.R. I-2793 (holding that a residence country’s limitation of foreign tax credit to the domestic tax rate did not violate the EC Treaty in the context of labour income).

<sup>121</sup> See, e.g., MICHAEL LANG, *Double Taxation and EC Law* (Oct. 21, 2005) (unpublished manuscript, on file with authors); VAN THIEL, *supra* note 116. Quite apart from the four freedoms, Article 293 of the EC Treaty provides that member states will eliminate double taxation. That Article was to be eliminated in the proposed constitution. For a critical view of the potential elimination, see MORIS LEHNER, *A Significant Omission in the Constitution for Europe?*, 2005 B.T.R. 337.

<sup>122</sup> We are grateful to Hugh Ault for bringing this possibility to our attention.

<sup>123</sup> OECD, CTR. FOR TAX POLICY & ADMIN., *The OECD’s Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report* (2004), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf>; *Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, Meeting Within the Council of 1 December 1997 on a Code of Conduct for Business Taxation*, 1998 O.J. (C 2) 1 (Annex 1), available at [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/COC\\_EN.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/COC_EN.pdf). Not all non-EU OECD countries have agreed to this constraint.

<sup>124</sup> See *supra* text accompanying note 98.

While we can imagine the OECD promoting this result<sup>125</sup>, there is little reason to think that the ECJ would consider the exemption and credit methods of avoiding double taxation as sacrosanct under the EC Treaty. Like the first limited approach discussed above, this solution would not in any event achieve locational neutrality, because there would still be different tax rates and different results under credit and exemption systems. Nations would retain some tax sovereignty because they could set rates, but they would no longer be able to use tax provisions (or presumably any other tool of public policy) to promote domestic investment. Even in the OECD context, it seems unlikely that countries such as the United States would be willing to abandon these tools.

Political compromise is another way to avoid the impossibility result, but that is not the institutional role of the court. Absent some broad legislative solution, which seems a long way off for Europe, the particular aspects of member states' tax laws that will be struck down will depend on the agenda of the ECJ. That agenda will in turn depend on which cases the Commission chooses to bring and which cases private parties consider worth the costs of litigation. The latter criterion suggests that the member states may well find themselves defending cases that are unwinnable and, at the same time, expensive to lose. Complete harmonization of member state tax bases and rates could eliminate the underlying conflicts, but such a resolution could come only from EU policymakers. Although the Commission is actively pursuing the possibility of base harmonization<sup>126</sup>, it currently opposes the policy of rate harmonization urged by some member states<sup>127</sup>. We will return to the possibility of base and rate harmonization below.

## 2.2. Fiscal Policy Implications

Not only does the ECJ's jurisprudence have troubling legal implications, it also raises a series of fiscal policy implications. One pattern emerging from the court's jurisprudence is that its decisions generally reduce taxes in the member states. Indeed, whenever the court decides a tax case brought by a private party (and referred to the ECJ by a national court), the best result a member state can achieve is to maintain the *status quo*. Private litigants simply will not pay the costs of litigating unless victory promises lower taxes. And while cases brought to the ECJ by the Commission might

---

<sup>125</sup> The OECD is presently studying possible changes to the nondiscrimination article in its model tax treaty. See BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 3 n. 4, on file with authors).

<sup>126</sup> 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 to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee COM (2001) 582 final (Oct. 23, 2001) [hereinafter *Communication on Consolidated Corporate Tax Base*]; EU Summarizes November Meeting of Harmonized Tax Base Working Group, *WORLDWIDE TAX DAILY*, Jan. 21, 2005, 2005 WTD 18-16 (LEXIS).

<sup>127</sup> E.g., JOHNATHAN RICKMAN & CHARLES GNAEDINGER, *European Commission Rebuffs French-German Initiative To Harmonize Corporate Tax*, *WORLDWIDE TAX DAILY*, May 14, 2004, 2004 WTD 94-3 (LEXIS). There are undoubtedly some member states that are skeptical of the future steadfastness of the opposition to rate harmonization on the part of a Commission committed to reduction of economic distortions within the EU. See, e.g., WORKING PAPER ON COMPANY TAXATION, *supra* note 80 (finding that different national tax rates are the single most important difference between national and transnational investment, a conclusion that would be strengthened by the proposed harmonization of tax bases).

either raise or lower taxes, we believe that, to date at least, they have tended to reduce taxes<sup>128</sup>. The ECJ has been quite explicit in refusing to take the revenue costs to a member state into account in reaching its decisions<sup>129</sup>, although a November 2005 advocate general's opinion suggests that the retroactivity of decisions might be limited in exceptional cases if there is a "risk of serious economic repercussions" and "objective, significant uncertainty" about the EU law at issue<sup>130</sup>.

Moreover, the ECJ has routinely rejected the defence that offending provisions are essential to the cohesion or coherence of member states' taxing statutes<sup>131</sup>. To be sure, member states have sometimes responded with a tax increasing measure to offset the potential effect of an ECJ decision on their national treasuries. This, for example, describes some member states' responses to the ECJ's decisions that would have required them to extend their corporate integration benefits both to residents of other member states and to investments in other member states by their own residents. Likewise, Germany's response to the ECJ's thin-capitalization decision<sup>132</sup>, which struck down Germany's restrictions on the ability of companies to use interest deductions to strip taxable earnings out of Germany into lower-tax member states, was to extend these restrictions to domestic transactions. But specific responses such as these do not put the lie to the general proposition that ECJ decisions have tended to increase fiscal pressures on the member states.

ECJ decisions also are limiting the ability of member states to use tax policy to stimulate their own domestic economies. We now know that the member states' economies do not move in tandem; some enjoy boom times while others struggle economically<sup>133</sup>. But, as with revenue consequences, differences in economic circumstances are of no consequence under the ECJ's interpretations of the requirements of the treaties. One standard method for combating recessions, for example, is to

<sup>128</sup> The exceptions are cases eliminating incentives for domestic production, unless the country decides to extend the incentive to foreign production.

<sup>129</sup> Case C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt*, 2002 E.C.R. I-11,779, ¶ 36 ("It is settled law that reduction in tax revenue does not constitute an overriding reason in the public interest which may justify a measure which is in principle contrary to a fundamental freedom."); see also *Joined Cases C-397 & C-410/98, Metallgesellschaft Ltd v. Comm'rs of Inland Revenue*, 2001 E.C.R. I-1727; *Case C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161.

<sup>130</sup> COURT OF JUSTICE OF THE EUR. COMMUNITIES, *Advocate General Tizzano Proposes that the German Tax Legislation Should Be Declared Incompatible with Community Law, but that the Effect of Such Incompatibility Should Be Limited in Time* (Press Release, Nov. 10, 2005), available at <http://curia.eu.int/en/actu/communiqués/cp05/aff/cp050096en.pdf> (discussing *Case C-292/04, Meilicke v. Finanzamt Bonn-Innenstadt*, ¶ 34 (Nov. 10, 2005) (opinion of Advocate General Tizzano), <http://curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-292/04")). Advocate General Tizzano suggested, for the first time, limiting the retroactivity of an ECJ decision. The case concerned dividends paid in 1995 through 1997 under the German imputation system, which favored dividends paid by domestic German companies over those paid to German individuals by companies resident elsewhere in the EU – a scheme held invalid by the ECJ in *Verkooyjen*. See *supra* Subsection II.A.1. The Advocate General denied relief in *Meilicke*, holding that Germany was responsible to issue refunds only for claims filed after the date of the *Verkooyjen* decision. It remains to be seen whether the ECJ will follow Advocate General Tizzano's opinion in this regard. See ALEXANDER F. PETER, *ECJ Advocate General Breaks New Ground in German Tax Case*, *Worldwide Tax Daily*, Dec. 8, 2005, 2005 WTD 235-3 (LEXIS). See *supra* note 74 for additional discussion of revenue considerations.

<sup>131</sup> See, e.g., *Case C-319/02, In re Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477; *Case C-9/02, De Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, 2004 E.C.R. I-2409.

<sup>132</sup> *Lankhorst-Hohorst GmbH*, 2002 E.C.R. I-11,779.

<sup>133</sup> See, e.g., FELDSTEIN, *supra* note 6.

increase depreciation allowances or to provide tax credits for new investments in plant and equipment. The United States often has used these techniques in efforts to stimulate its economy<sup>134</sup>. Economists frequently have argued that providing economic stimulus this way provides more bang for the buck than simply reducing corporate income tax rates, because benefits such as these apply only to new investments, while a corporate rate reduction reduces the tax burden on both old and new investments<sup>135</sup>.

Nations typically make more rapid depreciation or investment tax credits available only to plant and equipment used domestically since the governments are attempting to stimulate their domestic economies. Similarly, it is common for nations – including the member states of the EU – to provide special tax breaks for research and development conducted domestically on the grounds that these expenditures provide special benefits to the domestic economy and that they stimulate the creation of high-paying jobs. Other tax benefits, such as for oil and gas exploration, also are sometimes limited to domestic business activities for national policy reasons.

But, as we have shown, the ECJ has held that the EC Treaty's promise of free movement of capital and free establishment – that is, of nondiscrimination against foreign production – may prohibit member states from taking any of these actions without extending equivalent benefits to foreign production within any other EU nation. This severely constricts the tax policy instruments available to member states. Extending tax breaks for investments or for research and development to such activities in other member states both increases the costs to a member state's treasury and simultaneously dilutes the economic stimulus of such measures to that member state. It is not surprising, therefore, that no nation has agreed to this expansive concept of nondiscrimination in any other tax or trade treaties.

The decisions of the ECJ, therefore, are putting significant fiscal pressure on the member states: they are limiting member states' ability to structure their own tax systems, including their ability to respond to their own domestic economic conditions by benefiting domestic savings or investment. ECJ decisions also are restricting member states' ability to prevent resident individuals or corporations from shifting assets or income to another member state with lower income tax rates<sup>136</sup>. This puts downward pressure on tax rates – especially for mobile capital – within the EU.

While the United Kingdom and Ireland seem to be the nations most vocal about the loss of control over their tax policy, this loss of fiscal flexibility should be of special concern for those member states that have adopted the Euro as their currency. These nations have explicitly ceded their control of monetary policy to the central European bank (which has made preventing inflation rather than stimulating economic growth

<sup>134</sup> See GRAETZ & SCHENK, *supra* note 98, at 332-33, 338.

<sup>135</sup> E.g., LAWRENCE H. SUMMERS, *Taxation and Corporate Investment: A q-Theory Approach*, 1981 BROOKING PAPERS ON ECON. ACTIVITY 67, 118. Some economists go further to argue that the biggest bang for the buck is obtained with tax incentives for machinery and equipment. See, e.g., J. BRADFORD DE LONG & LAWRENCE H. SUMMERS, *Equipment Investment and Economic Growth*, 106 Q.J. ECON. 445 (1991) (presenting empirical evidence that economic growth is greater in countries that invest more heavily in equipment). But see ALAN J. AUERBACH ET AL., *Reassessing the Social Returns to Equipment Investment*, 109 Q.J. ECON. 789 (1994) (arguing that, over the long run, capital intensity should not matter for economic growth).

<sup>136</sup> See, e.g., WOLFGANG SCHÖN, *Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union*, 34 TAX NOTES INT'L 197 (2004) (analyzing the legality of corporate exit taxes under the EC Treaty); see also *supra* text accompanying note 102.

its main concern). And they have pledged, through the Growth and Stability Pact, to control their deficits<sup>137</sup>. But now they find their ability to fashion their own fiscal policy, by controlling their own income taxes, to be substantially eroded by the decisions of the ECJ.

### 3. The fork in the road

This state of affairs does not seem stable. Movement may occur in either of two directions: toward greater harmonization of income taxes within the EU or toward a restructuring of the treaties and institutions of the EU to return greater fiscal autonomy to the member states. As Yogi Berra famously remarked, “When you get to a fork in the road, take it”. The ECJ has now brought Europe to that fork.

#### 3.1. The Path of Greater Harmonization

In some sense, the widespread agreement that Europe now needs a constitution, rather than simply continuing to rely on existing treaties as its fundamental governing law, implies greater unification of the member states.

But in the arena we are considering here – income taxation – the proposed constitution would not change the structure of governance within the EU.

There have, however, long been forces pushing in the direction of greater harmonization of income taxes within Europe. The Commission, for example, has long maintained that harmonization of the corporate income taxes of the member states is essential to the full realization of the “common market” promised by the European treaties. As early as 1961, the Commission established working groups to study tax harmonization, and shortly thereafter it established a “Program for the Harmonization of Direct Taxes”<sup>138</sup>. The essential goal was to eliminate differences in taxation that affect the movement of capital and to coordinate the tax policies of member states as instruments of economic or social policies<sup>139</sup>. In the 1970s, the Commission pressed harmonization of member states’ income tax rates and tax bases even more vigorously, having identified a harmonized corporate income tax as a potential source of financing for European institutions<sup>140</sup>.

To shorten a long story, the Commission’s goal of harmonization was thwarted by the Council<sup>141</sup>. Some member states, notably France and Germany, have supported harmonization, and others, such as the Netherlands, have supported a minimum corporate income tax rate. Certain other members of the Council, however, have shown little interest in income tax harmonization measures other than those that

<sup>137</sup> The Growth and Stability Pact requires the budget deficits of member states to be below three percent of gross domestic product. *Qualified Majority Voting*, in *ENCYCLOPAEDIA OF THE EUROPEAN UNION* 395 (DESMOND DINAN ED., 2000).

<sup>138</sup> JIMÉNEZ, *supra* note 40, at 107, 109-11.

<sup>139</sup> *Id.* at 110.

<sup>140</sup> *Id.* at 115.

<sup>141</sup> For the long story, see *id.* at 115-24.

limit opportunities for tax avoidance or evasion<sup>142</sup>. Needless to say, the unanimity voting rule in the Council has inhibited the Commission's ability to do more<sup>143</sup>.

The Commission seems to have accepted that there will be no harmonization of corporate tax rates among the member states – at least not in the foreseeable future – and has shifted its efforts to the goal of harmonizing the corporate tax base. The Commission now justifies this effort by emphasizing the simplification advantages of a uniform tax base to companies doing business in Europe, relying less on claims of potential benefits to the common market. To some extent, this shift in argument became inevitable when the Commission abandoned its efforts to harmonize both the corporate income tax base and rates around a relatively narrow band of permissible variations.

Corporate tax rates in the twenty-five EU countries currently extend over a considerable range. In 2005, Estonia had no income tax on undistributed corporate profits at all<sup>144</sup>. Cyprus and Ireland had relatively low rates (10% and 12.5% respectively), while Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, and Spain all had rates in excess of 30%<sup>145</sup>. This variation in rates creates substantial incentives for where to locate capital within the EU. With harmonization of rates now off the table, it is difficult for the Commission (or anyone else) to contend that harmonizing the tax base will produce neutrality in corporate decision making within Europe. Both the history and current state of corporate tax harmonization efforts within Europe imply that competition for capital investments will remain an important feature of member states' tax policies for some time to come. No one versed in tax policy can comprehend the logic of allowing this to continue while banning all other forms of investment incentives, such as accelerated depreciation or tax credits. But this is precisely where Europe stands today.

One cannot help but ask whether the Commission's ongoing efforts to harmonize corporate tax bases is – despite its protestations – simply a stalking horse for a subsequent

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> For our purposes, it is not necessary to rehearse in great detail the Commission's ongoing efforts to harmonize member states' corporate income taxes. In 1990, the Commission issued a somewhat schizophrenic communication (1) urging harmonization on the ground that disparate member state tax systems inhibit the "development of the internal market" and, at the same time, (2) insisting that the member states should have the freedom to fashion their own tax systems except when this might cause "major distortions" in the operation of the internal market. EUROPEAN COMMISSION, *Communication to Parliament and the Council, Guidelines on Company Taxation*, SEC (90) 601 final (Apr. 20, 1990); JIMÉNEZ, *supra* note 40, at 127. The Commission considered the 1992 Ruding Committee Report as generally supportive of its 1990 conclusions. JIMÉNEZ, *supra* note 40, at 131-35. The Council responded to both the Commission and the Ruding Report in November 1992, by emphasizing the centrality of taxation to member state sovereignty and by treating the principle of "subsidiarity" – minimum EU-level action – as a foregone conclusion. *Id.* at 136; see also ANTONIO ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique* (2002). The European Parliament issued its views nearly two years later. It endorsed some of the Commission's conclusions, but it complicated the Commission's task by making clear its belief that any changes recommended by the Commission "should have regard to the general fiscal environment linked to" (1) "the establishment of the European Monetary Union," (2) member states' "budget constraints," (3) "implications for other forms of taxation of any changes in company tax bases or rates," and (4) the "wider role of company taxation as an instrument of economic policy." JIMÉNEZ, *supra* note 40, at 137 (quoting the Cox Report, which conveyed the European Parliament's response to the Commission).

<sup>144</sup> EUROPEAN TAX HANDBOOK 2005, *supra* note 88, at 185.

<sup>145</sup> KMPG, *Corporate Tax Rate Survey 2005*, at 2-3, available at [http://kpmg.com/om/PDF/212792%20Global%20Tax%20Rate\\_fin.pdf](http://kpmg.com/om/PDF/212792%20Global%20Tax%20Rate_fin.pdf) (including effects of subnational taxes on corporate income).

push to conform rates. The Commission's ongoing complaints about the unanimity requirement and its continuing calls for qualified majority voting on tax matters lend credence to this view<sup>146</sup>. But the United Kingdom, the Netherlands, and certain other member states show no sign of any willingness to cede their veto power over taxation measures. For now at least, harmonization of corporate tax rates throughout Europe seems to be at a dead end.

Putting aside the stalking horse view of the Commission's effort to harmonize member states' corporate tax bases but not their rates, let us examine what such a measure would accomplish. The Commission now justifies its harmonized base proposal as a method of simplifying EU corporate taxes and reducing the costs of tax compliance for EU companies<sup>147</sup>, and these two benefits should follow. In addition, harmonization of corporate tax bases in a manner approved by the Commission might reduce the number of cases likely to come before the ECJ. Presumably a Commission-led harmonization effort would attempt to purge from the member states' tax laws provisions that the Commission views as contravening the European treaties. As indicated above, a PricewaterhouseCoopers study has concluded that the corporate tax laws of all twenty-five member states contain such provisions<sup>148</sup>.

The Commission would couple the harmonization of the corporate base with apportionment of corporate tax revenues to the member states through a formula similar to that used within the United States. Such formulary apportionment should reduce (or perhaps even eliminate) the amount of residence-based taxation in Europe and thereby decrease the number of cases involving discrimination against foreign production coming before the ECJ.

The Commission is urging that all members must use the same formula, a requirement that the U.S. experience shows to be wise. Historically, the U.S. states used an equally weighted three-factor formula that allocated a share of corporate income to each state based on the amounts of property, wages, and sales in the state. However, many U.S. states now weigh sales more heavily in their formula than property or wages. Some have even adopted sales-only formulas that encourage companies to locate property and jobs in-state while taxing income from in-state sales of goods produced out of state. Thus, if the EU were to mimic the United States by harmonizing its corporate tax base<sup>149</sup> and allocating the revenues to the member states by formulary apportionment, the U.S. experience suggests that, without a prohibition on extra weighting of sales, formulary apportionment would make it easy for member

<sup>146</sup> For a description of qualified majority voting, see *supra* note 15.

<sup>147</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Communication on Consolidated Corporate Tax Base*, *supra* note 126, at 5; EUROPEAN COMMISSION, *Communication on Tax Policy Priorities*, *supra* note 17, at 6; EUROPEAN COMMISSION, *Working Paper on Company Taxation*, *supra* note 80, at 384. The European Parliament recently endorsed the idea of a common company tax base. See *European Parliament Adopts Report on Harmonized Tax Base*, *Worldwide Tax Daily*, Dec. 13, 2005, 2005 WTD 239-18 (LEXIS).

<sup>148</sup> Press Release, PRICEWATERHOUSECOOPERS, *supra* note 70.

<sup>149</sup> In the United States, harmonization of the tax base has occurred because the states piggyback on the federal corporate tax and simply use that tax base as a starting point. In fact, there are some relatively minor variations among the states. See 1 JEROME R. HELLERSTEIN & WALTER HELLERSTEIN, *State Taxation* ch. 7 (3d. ed. 1998 & Supp. 2005).

states to favour domestic investment, something the Commission has been litigating to prevent<sup>150</sup>.

In the United States, Congress has the constitutional power to impose a uniform formula on the states by legislation, but it has never done so<sup>151</sup>. In the EU, on the other hand, short of unanimous agreement on a single formula by all of the member states, there is no legislative body with the power to compel a uniform formula. While it is certainly possible for the member states to agree unanimously to move not only to formulary apportionment, but also to a specific formula, this seems unlikely any time soon. Thus, even if the Commission succeeded in harmonizing the corporate tax base, it might fail to harmonize either tax rates or the formula for allocation of profits to the member states. If the member states then followed our states' example of fashioning formulas to provide themselves a competitive advantage, the Commission would likely return to the ECJ arguing that any formulas that favor domestic products, producers, or production violate the EC Treaty. Based on the ECJ decisions to date, we would expect the court to restrict member states' discretion over the formula, something that both our Supreme Court and our Congress have refused to do.

In sum, harmonization of member states' tax rates is not in the cards for the foreseeable future. And we fail to see how – without some relatively narrow band of permissible variation in rates – harmonization of the corporate tax base coupled with formulary apportionment will accomplish the mission of strengthening the internal market. Indeed, based on our nation's experience, it seems more likely that such a regime would simply be another way station along the current litigious road. Even if harmonization of tax rates could be achieved, it is not at all clear that the resulting uniformity would be desirable, given the differences in the member states' economies and in their preferences regarding the size of government and the use of tax incentives for economic or social programs<sup>152</sup>.

Concerned that the obstacles to harmonization now seem too great to overcome, the Commission has also been pursuing what it calls “soft law” avenues to greater coordination among member states. The Commission, for example, has proposed “Codes of Conduct,” which are not legally binding on the member states, but allow them to pledge their cooperation<sup>153</sup>. And key Commission personnel have suggested that, if achieving unanimity is impossible, the search for “a negotiated solution adopted

<sup>150</sup> For further discussion of formulary apportionment, see *infra* text accompanying notes 200-207. The Commission seems to be recognizing some of these difficulties. For example, in a December 8, 2005 speech, László Kovács, the European Commissioner for Taxation and Customs, emphasized that even the harmonized tax base would be optional for member states. LÁSZLÓ KOVÁCS, *The Future of EU Taxation Policy*, Speech to Tax Directors' Institute and Pricewaterhouse Coopers 5 (Dec. 8, 2005), available at [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kovacs/speeches/51201TDI.pdf](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kovacs/speeches/51201TDI.pdf).

<sup>151</sup> See *MOORMAN MFG. CO. v. BLAIR*, 437 U.S. 267, 280 (1978) (“It is clear that the legislative power granted to Congress by the Commerce Clause of the Constitution would amply justify the enactment of legislation requiring all states to adhere to uniform rules for the division of income.”).

<sup>152</sup> See GEORGE R. ZODROW, *Tax Competition and Tax Coordination in the European Union*, 10 INT'L TAX & PUB. FIN. 651 (2003).

<sup>153</sup> See, e.g., Kovács, *supra* note 150, at 6; see also CHUCK GNAEDINGER, *EU Proposes Code of Conduct for Transfer Pricing Documentation*, 40 Tax Notes Int'l 688 (2005).



by consensus in a soft law format is the only available tool”<sup>154</sup>. Any such consensus may involve fewer than the full twenty-five EU member states and, if so, would apply only to those who agree<sup>155</sup>. In the meantime, the Commission fully intends to continue challenging member state income tax rules before the ECJ<sup>156</sup>.

### 3.2. The Path of Greater Autonomy

The ECJ’s tax decisions undoubtedly have produced headaches for the member states. As we have discussed, member states’ claims that a provision is necessary to maintain the coherence of their income taxes have generally been rejected by the court. And the court has paid little heed to the negative impact of its decisions on the revenues of the member states. Over time, many member states have abandoned their shareholder-credit systems for integrating their corporate and individual income taxes. The ECJ has also curtailed member states’ ability to provide tax incentives for domestic investment or for domestic research and development. ECJ decisions have also struck down (and threaten to strike down more) member state tax provisions designed to inhibit companies’ ability to shift income to lower-tax member states. The court has, for example, invalidated member states’ limitations on corporations’ ability to strip earnings from higher- to lower-tax countries within the EU. And other member state limitations on domestic corporations’ ability to locate income in lower-tax member states are in grave danger. ECJ precedents now threaten the extensive network of bilateral income tax treaties that has evolved since the 1920s, both within Europe and between EU member states and other nations.

Indeed, the foreign tax credit mechanism for relieving double taxation – used for more than half a century in the United Kingdom and elsewhere – now seems vulnerable to an adverse ECJ judgment. Even the European Commissioner for Taxation has conceded that he is “not happy with the fact that EU tax policy is increasingly being made as a result of [ECJ] decisions,” admitting that “recent developments in this area could lead to a situation where it will become almost impossible for member states to protect their tax bases”<sup>157</sup>.

The likelihood, however, that the ECJ’s tax decisions, coupled with its other intrusions on member state sovereignty, will drive member states to separate from the EU seems even more remote than the harmonization of member states’ income tax rates. The European project has come too far and the economic and political transformation has been too great for anyone to predict that Europe is about to fall apart. Member states have many reasons to maintain their political and economic union even if many also wish to retain autonomy over their tax systems, especially over

<sup>154</sup> MICHEL AUJEAN, Dir. of Analysis & Tax Policies, EU Comm’n, Conference Presentation: *The Future of Nondiscrimination – Direct Taxation in Community Law* (Oct. 21, 2005) (on file with authors).

<sup>155</sup> The EC Treaty provides for “enhanced cooperation” whenever at least eight member states agree. See EC Treaty art. 11; OTMAR THOEMMES, *An Europe à Deux Vitesses for Enterprise Taxation?*, 32 *INTERTAX* 536 (2004).

<sup>156</sup> AUJEAN, *supra* note 154; KOVÁCS, *supra* note 150, at 12 (“One of the main tasks of the Commission under the EC Treaty is to ensure that member states respect their Treaty obligations, including, where necessary, by launching infringements proceedings against the Member States”).

<sup>157</sup> KOVÁCS, *supra* note 150, at 13.

income taxation. Pulling Europe apart is one option, but not one that the member states or the people of Europe seem to desire.

On the other hand, the fiscal consequences of the ECJ's current path are becoming more and more difficult for the member states to swallow. They simply cannot afford to stand idly by and watch their corporate tax revenues shrink. Nor can they readily increase their own corporate tax rates.

Competition for capital investments within Europe blocks this avenue as a practical matter. (In fact, corporate tax rates in Europe and the OECD have been declining in recent years<sup>158</sup>).

One potential response by the member states to the ECJ's erosion of their sovereign power to shape their own income taxes would be to restrict the authority of the ECJ over such matters<sup>159</sup>. A future revision of the treaties or a new constitution might limit the ability of the ECJ to strike down member states' income tax provisions. Such a limitation on the jurisdiction of the ECJ, however, would permit considerable mischief by the member states. As our review of the ECJ cases has shown, some member state tax provisions are potentially quite protectionist, and some have been adopted to serve precisely that purpose. The dilemma for the nations of Europe is to find a way to retain their autonomy over tax matters without undermining the internal market and, as a practical matter, severely restricting the four freedoms.

The basic difficulty is that while the nondiscrimination requirements of international income tax and trade treaties may be too narrow to accomplish European integration, the nondiscrimination requirement that has emerged through the decisions of the ECJ is too broad. It stifles the member states' essential ability to promote their own domestic economies. The ultimate question is whether there lies any viable middle ground between the limited nondiscrimination requirements of international tax and trade treaties and the unduly inhibiting version of nondiscrimination fashioned by the ECJ, which does not allow for compromise among inconsistent principles. One alternative might be a slowing of ECJ intervention with more attention to the effect on the member states' fisc and a greater focus on protectionism as a potential middle ground. The court's inquiry might, for example, be redirected to whether the intent of the provision was protectionist<sup>160</sup>. The court also might move to mitigate the adverse impact of its decisions on member state revenues by limiting the retroactive effect of its decisions<sup>161</sup>.

<sup>158</sup> CONGRESS BUDGET OFFICE, *Corporate Income Tax Rates: International comparison* 14-15 (2005); CHRIS EDWARDS, Dir. of Tax Policy, Cato Inst., *A Proposal for a Dual-Rate Income Tax*, *Testimony to the President's Advisory Panel on Tax Reform* (May 11, 2005) (accompanying presentation available at [www.taxreformpanel.gov/meetings/docs/edwards\\_052005.ppt](http://www.taxreformpanel.gov/meetings/docs/edwards_052005.ppt)).

<sup>159</sup> See, e.g., TIMOTHY LYONS, *A Drive To Curb the Power of the ECJ*, 2005 B.T.R. 449.

<sup>160</sup> Cf. DONALD H. REGAN, *The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause*, 84 MICH. L. REV. 1091 (1986) (arguing that the U.S. Supreme Court should be concerned only with preventing purposeful protectionism in applying the dormant Commerce Clause).

<sup>161</sup> A step in this direction has been suggested by the opinion of the Advocate General in *Meilicke*. Case C-292/04, *Meilicke v. Finanzamt Bonn-Innenstadt* (Nov. 10, 2005) (opinion of Advocate General Tizzano), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-292/04"). The ECJ may also curb the revenue impact of its holdings by narrowing their scope. See Case C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey* (Dec. 13, 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-446/03"); see also *supra* notes 74, 130, 134 and accompanying text.

In the absence of some pullback from the ECJ's current jurisprudence, we expect greater resistance by the member states. Already, several national courts within Europe have shown a reluctance to certify questions to the ECJ. They would rather interpret the requirements of European law themselves, even though certification is mandatory under the treaties if the governing European rule is unclear. The courts of Ireland, Italy, and Spain have never submitted a tax case to the ECJ for decision. If other member states were to follow this practice, they would restrict somewhat the ECJ's power, in effect diminishing its jurisdiction. In addition, member states have considerable power to discourage their domestic companies from challenging member state tax laws in the ECJ. More intensive and intrusive tax audits of litigants are one possibility – unseemly, to be sure, but nevertheless possible. Or member states might respond to ECJ decisions by extending restrictions to domestic companies rather than eliminating the offending provisions altogether. This was Germany's response after the ECJ struck down its limitations on interest deductions for payments to thinly capitalized foreign corporations<sup>162</sup>.

Member states could respond similarly to the *Marks & Spencer* decision by restricting the use of certain domestic losses. Indeed, extending restrictions to intrastate transactions is how U.S. states have sometimes responded to adverse U.S. Supreme Court decisions<sup>163</sup>.

Alternatively, the Council and Parliament might limit the Commission's ability to bring cases either directly by reducing its mandate or indirectly by restricting its finances or increasing its workload (but not its personnel) in the tax arena. When the United Kingdom assumed the revolving presidency of the Council in 2005, the press indicated that curbs on the ECJ's tax jurisdiction would be on the agenda<sup>164</sup>.

Another possibility would be greater restraint by the ECJ itself. The court might, for example, give greater weight to arguments based on the fiscal coherence of a member state's tax system<sup>165</sup>. There are signals that the court could be moving to a more cautious mode. One advocate general, for example, has suggested that revenue implications might be germane to the court when deciding whether to strike down tax legislation<sup>166</sup>. Another has suggested limiting the retroactive effect of court decisions<sup>167</sup>. And the court itself declined to hold that the benefits of an intra-European tax treaty

<sup>162</sup> See *supra* notes 54-55, 132 and accompanying text.

<sup>163</sup> SUSANNAH CAMIC, *State Responses to Adverse Supreme Court Tax Decisions* (May 2004) (unpublished manuscript, on file with authors).

<sup>164</sup> CHRIS GILES, *UK Seeks To Curb European Tax Rules*, FIN. TIMES, June 20, 2005, at 1.

<sup>165</sup> Compare Case C-204/90, *Bachmann v. Belgium*, 1992 E.C.R. I-249 (holding that the denial of a deduction to Belgian purchasers of foreign insurance was justified because proceeds would not be taxed in Belgium), with Case C-80/94, *Wielockx v. Inspecteur der Directe Belastingen*, 1995 E.C.R. I-2493 (holding that the denial of a deduction by the Netherlands for pension contributions by a nonresident was not justified even though receipts from the pension plan would not be taxable under the Netherlands-Belgium tax treaty). See generally *Marks & Spencer* (Dec. 13, 2005); MASON, *supra* note 5, at 94-101 (discussing the scope of fiscal cohesion).

<sup>166</sup> Case C-475/03, *Banca Popolare di Cremona v. Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Mar. 17, 2005) (opinion of Advocate General Jacobs), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-475/03").

<sup>167</sup> Case C-292/04, *Meilicke v. Finanzamt Bonn-Innenstadt* (Nov. 10, 2005) (opinion of Advocate General Tizzano), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-292/04"); see also Case C-374/04, *Test Claimants v. Comm'rs of Inland Revenue* (Feb. 23, 2006) (opinion of Advocate General Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for "Case C-374/04") (criticizing the court's decisions in *Bosal Holding* and *Marks & Spencer*).

must be extended to nationals of member states not a party to the treaty<sup>168</sup>. One knowledgeable European commentator has criticized this decision as a sign that the court may be softening its approach to European integration<sup>169</sup>.

Alternatively, the court might fashion a less robust nondiscrimination requirement<sup>170</sup>.

Finally, the member states may simply divide, as they did with respect to monetary union, with some pursuing greater harmonization, while others insist on greater autonomy<sup>171</sup>. These possible responses illustrate the potential for member states to maintain their separatism in the face of ECJ decisions without pulling the EU apart. Essentially, this is a form of “muddling through”<sup>172</sup>.

## 4. The United States: Similarities and Differences

### 4.1 Comparable Decisions of the U.S. Supreme Court

Europeans may be tempted to look to decisions of the U.S. Supreme Court in the hopes of finding a way through Europe’s conundrum. After all, the U.S. Supreme Court since the nineteenth century has decided many cases analogous to the ECJ cases we discuss here. The two U.S. constitutional provisions that explicitly address the taxing powers of the states – the Import-Export Clause<sup>173</sup> and the Duty of Tonnage provision<sup>174</sup> – have not been important, but three other provisions have frequently been invoked: the Commerce Clause<sup>175</sup>, the Privileges and Immunities Clause<sup>176</sup>, and the Equal Protection Clause<sup>177</sup>.

Most of the cases have been decided under the Commerce Clause, and the Supreme Court explicitly requires that a state taxing provision must not “discriminate against interstate commerce” in order to be upheld under that Clause<sup>178</sup>. It therefore seems

<sup>168</sup> Case C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst*, 2005 ECJ CELEX LEXIS 349 (July 5, 2005).

<sup>169</sup> SERVAAS VAN THIEL, *A Slip of the European Court in the D Case (C-376/03): Denial of the Most-Favoured-Nation Treatment Because of Absence of Similarity?* 33 *INTERTAX* 454 (2005).

<sup>170</sup> For two possibilities, see, for example, text accompanying notes 116-125.

<sup>171</sup> THOEMMES, *supra* note 155, at 536 (observing that a “coalition of the willing” for greater harmonization could be formed under the “[e]nhanced [c]ooperation” provisions of the EC Treaty, which requires agreement of eight member states).

<sup>172</sup> CHARLES E. LINDBLOM, *The Science of “Muddling Through,”* 19 *Pub. Admin. Rev.* 79 (1959).

<sup>173</sup> U.S. Const. art. I, § 10, cl. 2 (“No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports . . .”).

<sup>174</sup> *Id.* cl. 3 (“No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage . . .”).

<sup>175</sup> *Id.* art. I, § 8, cl. 3 (“[Congress shall have power] [t]o regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.”).

<sup>176</sup> *Id.* art. IV, § 2, cl. 1 (“The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.”).

<sup>177</sup> *Id.* amend. XIV, § 1 (“[N]or shall any State . . . deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”). The Due Process Clause of the Fourteenth Amendment has also been important in state tax cases involving issues of jurisdiction to tax and extraterritorial taxation, but it is not germane to issues of nondiscrimination.

<sup>178</sup> *Complete Auto Transit, Inc. v. Brady*, 430 U.S. 274, 279 (1977). The other three requirements to satisfy the *Complete Auto* test are that (1) the activity taxed has a substantial nexus with the taxing state; (2) the tax is fairly apportioned to reflect the degree of activity that occurs within the taxing state; and (3) the tax is fairly related to benefits provided by the state. *Id.*

worthwhile to inquire whether the ECJ might benefit from the U.S. jurisprudence. Implementing a coherent nondiscrimination requirement, however, has not proved to be any easier for the U.S. courts.

Walter Hellerstein, the leading legal analyst of the U.S. decisions, claims correctly that it is futile to attempt to reconcile the Supreme Court's "hundreds of decisions delineating the scope of state tax power over interstate business"<sup>179</sup>, and we shall certainly not undertake that task here. Professor Hellerstein describes the incoherence of these decisions:

[1] Two taxes that have a substantially similar impact on interstate commerce are accorded different constitutional treatment.

[2] The Court, conceding that the "line is sometimes difficult to define with distinctness," nevertheless draws one that is discernable, if at all, only to itself.

[3] The line drawn is then explained in terms that effectively assure the Court ample discretion to draw lines in the future as it deems appropriate, without providing any clear guidance whether a particular levy will fall on one side or the other<sup>180</sup>.

It would be foolhardy, therefore, for Europeans to expect the U.S. Supreme Court to supply a way out of the mire, even if our political arrangements were similar, which they are not. Most importantly, the United States employs a federal corporate income tax that supplies both a uniform national corporate tax base and a minimum national tax rate<sup>181</sup>. The United States also has relatively low state corporate tax rates<sup>182</sup>, a more unified national economy than the EU, and a federal legislature that can both overturn Supreme Court judgments and enact legislation limiting the Court's power to nullify state taxes<sup>183</sup>. Notwithstanding these critical differences, however, we shall look briefly at a handful of Supreme Court decisions, employing once again the analytical framework we used above for classifying the corporate tax decisions of the ECJ. As before, we begin with discrimination against out-of-state products (and services).

The Supreme Court has consistently struck down laws that discriminate against out-of-state products. According to the Court, the "paradigmatic example of a law discriminating against interstate commerce is the protective tariff or customs duty, which taxes goods imported from other States, but does not tax similar products

<sup>179</sup> WALTER HELLERSTEIN, *The U.S. Supreme Court's State Tax Jurisprudence: A Template For Comparison* 11 (Oct. 21, 2005) (unpublished manuscript, on file with authors) [hereinafter HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*]; see also WALTER HELLERSTEIN, *Is "Internal Consistency" Foolish?: Reflections on an Emerging Commerce Clause Restraint on State Taxation*, 87 MICH. L. REV. 138 (1988) [hereinafter HELLERSTEIN, *Internal Consistency*]; WALTER HELLERSTEIN & DAN T. COENEN, *Commerce Clause Restraints on State Business Development Incentives*, 81 CORNELL L. REV. 789 (1996).

<sup>180</sup> HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, *supra* note 179, at 10 (quoting *In re State Tax on Ry. Gross Receipts*, 82 U.S. (15 Wall) 284, 296 (1872)).

<sup>181</sup> See *supra* note 149.

<sup>182</sup> Additionally, the fact that state corporate income taxes are deductible in determining federal taxable income typically reduces their financial impact by about one-third. See I.R.C. § 164 (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>183</sup> For elaboration of these distinctions, see, for example, WALTER HELLERSTEIN & CHARLES E. McLURE, JR., *Lost in Translation: Contextual Considerations in Evaluating the Relevance of US Experience for the European Commission's Company Taxation Proposals*, 58 Bull. Int'l Fiscal Doc. 86 (2004).

produced in State”<sup>184</sup>. Because the Court has frequently taken such a firm position against these taxes, states have adopted them with decreasing frequency, so the Court, at least in recent years, has rarely found itself in a position to invalidate them. One such decision struck down state sales tax exemptions in Hawaii for two kinds of locally produced liquors, where these exemptions were intended to encourage the growth of the infant industries that produced the liquors<sup>185</sup>. Similarly, the Court found an Ohio tax credit against the state’s motor vehicle fuel sales tax to be discriminatory<sup>186</sup>. Under that provision, taxpayers could receive a credit for ethanol sold (as a component of gasohol) by fuel dealers, but only if the ethanol was produced either in Ohio or in a state that granted tax advantages similar to those granted to ethanol produced in Ohio<sup>187</sup>.

The Court has also invalidated as discriminatory tax provisions that favor in-state provision of services – a type of tax that states seem to enact with increasing frequency. For example, the Court rejected a New York law that attempted to encourage stock trading in New York by offering a fifty percent reduction on the stock transfer tax levied on in-state stock transactions by non-New York residents<sup>188</sup>. The statute also limited the total liability of any taxpayer to \$ 350 for a single transaction involving a New York sale. The Court struck this statute down on the ground that it offered unconstitutionally preferential treatment to stock trading services provided in New York.

With respect to producers, the Court has made clear that the Commerce Clause prevents state tax laws from discriminating against those from out of state. In several of these cases, states have offered exemptions from state taxes to in-state producers, thereby discriminating against their out-of-state competitors. For example, West Virginia imposed a gross receipts tax on manufacturing corporations engaged in the business of selling tangible property in the state and allowed only local manufacturers exemptions from the tax<sup>189</sup>. Similarly, Washington imposed a “business and occupation” tax on companies for the privilege of engaging in economic activities in the state, including both manufacturing and wholesale sales<sup>190</sup>. The tax included a “multiple activities exemption” under which local businesses involved in both selling and manufacturing could exempt from the manufacturing tax the portion of their output subject to the wholesale tax<sup>191</sup>. The Court struck down this arrangement on

<sup>184</sup> *West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, 512 U.S. 186, 193 (1994).

<sup>185</sup> *Bacchus Imports, Ltd. v. Dias*, 468 U.S. 263 (1984). As discussed earlier, the categories of foreign products, producers, and production can overlap. Although some commentators, including Hellerstein, have classified this case as a tax incentive for in-state production, Hellerstein, *State Tax Jurisprudence*, *supra* note 179, at 22, 29, we believe it is better analyzed as a barrier to out-of-state products, because the provision seems primarily aimed against importation of non-Hawaii products, rather than against non-Hawaii production by Hawaiian taxpayers.

<sup>186</sup> *New Energy Co. of Ind. v. Limbach*, 486 U.S. 269 (1988).

<sup>187</sup> The Court itself viewed the Ohio regime as erecting “‘an economic barrier against competition’ that was ‘equivalent to a rampart of customs duties.’” *Limbach*, 486 U.S. at 275 (quoting *Baldwin v. G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511, 527 (1935)). The taxes at issue in these cases were taxes on consumption, not income, but it is unclear whether or how that would affect the Court’s analysis.

<sup>188</sup> *Boston Stock Exch. v. State Tax Comm’n*, 429 U.S. 318 (1977).

<sup>189</sup> *ARMCO v. Hardesty*, 467 U.S. 638 (1984).

<sup>190</sup> *Tyler Pipe Indus., Inc. v. Wash. State Dep’t of Revenue*, 483 U.S. 232, 232 (1987).

<sup>191</sup> *Id.*

the ground that both taxes “facially discriminated” against out-of-state companies attempting to do business in Washington<sup>192</sup>.

A third example of a case invalidating discrimination against out-of-state producers involved a Massachusetts tax and subsidy program under which every milk producer doing business within the state had to make monthly “premium payments” of an amount pegged to fluctuations in the national price of milk<sup>193</sup>.

The state then distributed the monthly collections to in-state dairy farmers, who received shares in direct proportion to their contribution to the state’s total production of raw milk. While both in-state and out-of-state producers made payments under this program, only in-state producers received compensatory benefits from the fund, a net result the Court found discriminatory.

The U.S. Supreme Court also has struck down state taxes that discriminate against out-of-state production, but this type of case does not occur frequently<sup>194</sup>. One such example concerned a New York statute that required parent companies owning Domestic International Sales Corporations (DISCs) to consolidate the assets and liabilities of the DISC with those of the parent company<sup>195</sup>. The state provided the parent companies with a credit that lowered the effective tax rate on DISC income to thirty percent of the otherwise applicable rate. This credit applied only to gross receipts from export products shipped from inside New York, and, crucially, the magnitude of the credit depended on the percentage of business the DISC carried out in New York.

The Court found that this law discriminated against companies producing outside of New York because an increase in out-of-state DISC-related production reduced the in-state tax benefit. Another decision along somewhat similar lines struck down a tax on the “first use” within the state of any natural gas, but allowed a variety of exclusions and credits against the tax for companies that had already paid a “severance” tax on the extraction of oil and gas within Louisiana<sup>196</sup>. According to the Court, this tax arrangement discriminated against interstate commerce by encouraging companies “to invest in mineral exploration and development within Louisiana rather than ... in other States”<sup>197</sup>. On another occasion, the Court invalidated a North Carolina “intangible property tax” on the fair market value either of stock owned by state residents, or

<sup>192</sup> *Id.* at 244, 248; see also HELLERSTEIN, *Internal Consistency*, *supra* note 179, at 144 (noting that, if one assumes that every state adopts this kind of arrangement, cross-border activity gets taxed twice, while the taxpayer who confines its activity to a single state is taxed only once).

<sup>193</sup> *West Lynn Creamery, Inc. v. Healy*, 512 U.S. 186 (1994).

<sup>194</sup> This is generally due to the U.S. states’ use of formulary apportionment for allocating corporate taxes among the states, which reduces the role of residence taxation because the allocation factors generally relate to source or consumption. See *infra* text accompanying notes 200-207. There are more state cases involving this type of discrimination. *E.g.*, *R.J. Reynolds Tobacco Co. v. City of New York Dep’t of Finance*, 667 N.Y.S.2d 4 (App. Div. 1997) (holding that an accelerated depreciation limited to in-state property discriminates against interstate commerce). See generally HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, *supra* note 179, at 24-28 (discussing state court precedents). Discrimination against non-U.S. source income under a state income tax would violate the Foreign Commerce Clause. See, *e.g.*, *Kraft Gen. Foods, Inc. v. Iowa Dep’t of Revenue & Fin.*, 505 U.S. 71, 79 (1992) (invalidating a dividends-received deduction for income from domestic but not foreign corporations and asserting that “a state’s preference for domestic commerce over foreign commerce is inconsistent with the Commerce Clause”).

<sup>195</sup> *Westinghouse Elec. Corp. v. Tully*, 466 U.S. 388 (1984).

<sup>196</sup> *Maryland v. Louisiana*, 451 U.S. 725, 731 (1981).

<sup>197</sup> *Id.* at 757.

of stock “having a business, commercial or taxable situs in the State”<sup>198</sup>. The state imposed the tax at a rate of 0.25%, but residents could calculate their tax liability by taking a taxable percentage deduction equal to the fraction of the issuing corporation’s sales, payroll, and property located in North Carolina – the factors that determined the amount of corporate tax paid to the state. The Court found that this calculation discriminated against companies that located their production outside of the state.

To recapitulate, the Supreme Court has invalidated state tax laws favoring in-state products, producers, and production. On the other hand, its jurisprudence has not yet had the same reach as the decisions of the ECJ, particularly with respect to the third category<sup>199</sup>. The primary reason for this, we think, is not found in the differences between the two courts’ approaches to nondiscrimination, but rather in the fact that state taxation of corporate “business income”<sup>200</sup> typically occurs through formulary apportionment.

Under this system, the states determine their corporate tax revenues by allocating shares of the total corporate tax base to each state depending on that state’s share of wages, property, and sales. Wages and property are factors of production, while sales relate to consumption. Three-factor formulary apportionment divides the state income tax base among source and consumption states, largely without regard to a company’s residence.

Residence-based taxation of corporate income is thus much less important to the U.S. states than it is to the EU member states. It is therefore not surprising that the U.S. Supreme Court has been less concerned than the ECJ with discrimination by states against out-of-state production by their residents<sup>201</sup>.

The great advantage of formulary apportionment is that it avoids the thorny problem (which haunts tax administrations throughout the world) of having to determine related-company transfer prices to measure each state’s income. But there is a rub. Economists regard formulary allocation of income taxes as essentially imposing burdens on the elements of the formula<sup>202</sup>.

The U.S. states have found that the wage element of the formula increases the tax burden on locating jobs within the state and that the property element burdens

<sup>198</sup> *Fulton Corp. v. Faulkner*, 516 U.S. 325, 327 (1996) (internal quotation marks omitted).

<sup>199</sup> See, e.g., CHARLES E. McLURE, JR., *The Long Shadow of History: Sovereignty, Tax Assignment and Judicial Decisions on Corporate Income Taxes in the US and the EU* 10 (unpublished manuscript, on file with authors) (“[T]he conflict between state tax sovereignty and the dormant Commerce Clause has been nowhere near as great as the analogous conflict in the EU.”).

<sup>200</sup> Most states define business income under the Uniform Division of Income for Tax Purposes Act or a substantially similar statute as “income arising from transactions and activity in the regular course of the taxpayer’s trade or business.” Unif. Div. Income Tax Purposes § 1(a), 7A U.L.A. 147 (2002). “Nonbusiness income” is typically allocated to a particular state or states based either on the situs of the property giving rise to the income (e.g., rents from real property) or on the taxpayer’s commercial domicile (e.g., interest and dividends not related to the taxpayer’s trade or business).

<sup>201</sup> The ECJ also has more difficulty limiting its decisions in this manner because of the Treaty’s prohibition against state aid. See *supra* text accompanying notes 96-99. It is worth recalling that the Supreme Court, unlike the ECJ, has considerable discretion regarding which cases it will hear.

<sup>202</sup> E.g., AUSTAN GOOLSBEE & EDWARD L. MAYDEW, *Coveting Thy Neighbor’s Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment*, 75 J. PUB. ECON. 125 (2000); CHARLES E. McLURE, JR., *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves’ Clothing*, in *THE ECONOMIST OF TAXATION* 327 (HENRY J. AARON & MICHAEL J. BOSKIN EDS., 1980).



the location of capital within the state. Consequently, over time states have moved toward weighing most heavily the sales element of the formula<sup>203</sup>.

Iowa was the first state to eliminate completely the property and wage aspects of the formula and to use only sales in its formula<sup>204</sup>. In *Moorman Manufacturing Co. v. Bair*<sup>205</sup>, the U.S. Supreme Court upheld the constitutional validity of Iowa's sales-only formula for allocating corporate profits. For many years, Iowa had been the only state to use a sales-only formula for apportioning corporate income, but five additional states have now moved to a sales-only formula, and more than half of the states weigh sales more heavily than the property or wage factors<sup>206</sup>. Under the U.S. Constitution, Congress has the power to require the states to adopt uniform formulas, but, so far at least, it has declined to act.

Dissenting in *Moorman*, Justice Powell described his view of what was at stake: "Iowa's use of a single-factor sales-apportionment formula – though facially neutral – operates as a tariff on goods manufactured in other States and as a subsidy to Iowa manufacturers selling their goods outside of Iowa"<sup>207</sup>.

However, a majority of the Court upheld Iowa's sales-only formula by refusing to accept the three-part formula as the appropriate baseline for assessing nondiscrimination. In other words, a sales-only formula does not favor in-state production if one ignores other states' three-part formulas or if one assumes that all states have moved to a sales-only formula. This result provides American states a means of favoring in-state production that does not exist in the EU.

An important case currently before the Supreme Court may provide some insight into whether its approach to discrimination will move closer to that of the ECJ regarding outgoing investments. In *Cuno v. DaimlerChrysler, Inc.*<sup>208</sup>, the Sixth Circuit Court of Appeals allowed an abatement from local property taxes but invalidated an Ohio investment tax credit for new investments in Ohio. Both benefits were intended to encourage a company to locate a manufacturing facility in Ohio. The appellate court struck down the investment tax credit on the ground that this incentive favored in-state over out-of-state investment<sup>209</sup>. Even though nearly all of the fifty states provide

<sup>203</sup> KIRK J. STARK, *The Quiet Revolution in U.S. Subnational Corporate Income Taxation*, 23 ST. TAX NOTES 775, 780-82 (2002).

<sup>204</sup> *Id.* at 780.

<sup>205</sup> 437 U.S. 267 (1978).

<sup>206</sup> Georgia, Illinois, Massachusetts, Nebraska, and Oregon have adopted single-factor sales formulas, and about half the states have formulas that double-weight sales in their apportionment formulas. JEROME R. HELLERSTEIN & WALTER HELLERSTEIN, *State and Local Taxation: Cases and Materials* 610-11 (8th ed. 2005); see also STARK, *supra* note 203, at 780-82.

<sup>207</sup> *Moorman*, 437 U.S. at 283-84 (Powell, J., dissenting). We do not question Justice Powell's characterization of Iowa's sales-only formula as a subsidy to exports (when compared to the three-part formula), but since sales of both Iowa and out-of-state products enter equally into Iowa's tax calculation, we do not agree that its formula necessarily operates as a tariff. See also CHARLES E. McLURE, JR. & WALTER HELLERSTEIN, *Does Sales-Only Apportionment of Corporate Income Violate International Trade Rules?*, 25 ST. TAX NOTES 779 (2002) (arguing that a single sales factor formula may be an illegal export subsidy under the international trade treaties).

<sup>208</sup> 386 F.3d 738 (6th Cir. 2004), *cert. granted sub nom.* DaimlerChrysler Corp. v. Cuno, 126 S. Ct. 36 (2005) (No. 04-1704).

<sup>209</sup> The court stated: [A]s between two businesses, otherwise similarly situated and each subject to Ohio taxation, the business that chooses to expand its local presence will enjoy a reduced tax burden, based directly on its new in-state investment, while a competitor that invests out-of-state will face a comparatively higher tax burden because it will be ineligible for any credit against its Ohio tax. *Cuno*, 386 F.3d at 743.

incentives for local investments, relatively few of these have been challenged, and the Supreme Court has not yet squarely confronted the question of their validity<sup>210</sup>.

If affirmed by the Supreme Court, the *Cuno* decision would invalidate a wide variety of tax incentives enacted to favor in-state investments and would move the United States further down the path taken by the ECJ with respect to this type of discrimination – and further into the labyrinth of impossibility we have described<sup>211</sup>.

While some, including Professor Hellerstein<sup>212</sup>, have argued that *Cuno* can readily be distinguished from *Moorman*, we disagree. The Ohio investment credit is simply a less expensive method of favoring in-state over out-of-state investments<sup>213</sup>. Rather than using a sales-only formula to avoid taxing any property located in the state, the credit is directed only at new investments.

While it is not our main subject here, we think the U.S. Supreme Court should uphold Ohio's investment credit incentive and avoid stepping further into the conundrum that exists under the ECJ's decisions<sup>214</sup>. In taking this position, however, we should make clear that we need not endorse local tax incentives to do so. The Commerce Clause gives Congress the power to determine the extent to which such incentives should be allowed. Legislation has been introduced in Congress that would permit investment tax credits of the sort struck down by the Sixth Circuit in *Cuno* and would generally authorize states to provide tax incentives that otherwise might be held to be unconstitutionally discriminatory<sup>215</sup>. These bills also attempt not to overturn the remainder of the Supreme Court's Commerce Clause jurisprudence – admittedly a difficult task<sup>216</sup>. But Congress, not the Court, is the most appropriate body to decide whether to permit states to provide incentives for local investments, and if Congress speaks, it will almost certainly respond affirmatively.

<sup>210</sup> One analyst claims that forty-six states offer more than 330 statutory income or franchise tax credits. TIMOTHY H. GILLIS, *Sixth Circuit Bans Ohio Tax Credit Under the Commerce Clause, Casting a Pall on Incentives*, 101 J. TAX'N 359, 360 (2004). Another survey of forty-eight states found that only Wyoming had not enacted at least one location incentive between 1991 and 1993. PETER D. ENRICH, *Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business*, 110 HARV. L. REV. 377, 383-84 (1996); see also CHRIS MICHELI, *A 50-State Comparison of Tax Incentives for Manufacturing Equipment Purchases*, 12 ST. TAX NOTES 1739 (1997) (explaining that nearly all states provide tax and other economic incentives for local economic activity).

<sup>211</sup> The Supreme Court may refuse to reach the merits in this case on the ground that *Cuno* and the other plaintiffs lack standing. See *DaimlerChrysler Corp. v. Cuno*, 126 S. Ct. 36, 36 (2005) (granting certiorari and directing the parties to brief the question of “[w]hether respondents have standing to challenge Ohio’s investment tax credit”).

<sup>212</sup> HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, *supra* note 179, at 29-34.

<sup>213</sup> Another example would be states’ piggybacking on the domestic manufacturing provision of § 199 of the Internal Revenue Code. I.R.C. § 199 (West Supp. 2005).

<sup>214</sup> A further reason to avoid striking down Ohio’s investment tax credit is the fact that direct subsidies to encourage in-state production have been permitted by the Supreme Court’s interpretations of the U.S. Constitution. See EDWARD A. ZELINSKY, *Cuno v. DaimlerChrysler: A Critique*, 34 ST. TAX NOTES 37 (2004); EDWARD A. ZELINSKY, *Restoring Politics to the Commerce Clause: The Case for Abandoning the Dormant Commerce Clause Prohibition on Discriminatory Taxation*, 29 OHIO N.U. L. REV. 29 (2002). Europe does not have the same discontinuity between tax incentives and direct expenditures because of the Treaty’s prohibitions against state aid. See *supra* text accompanying notes 96-99.

<sup>215</sup> H.R. 2471, 109th Cong. (2005); S. 1066, 109th Cong. (2005). These bills are identical.

<sup>216</sup> See WALTER HELLERSTEIN, *Cuno and Congress: An Analysis of Proposed Federal Legislation Authorizing State Economic Development Incentives 3* (2005) (unpublished manuscript, on file with authors) (“Congress must act with surgical precision if it is to perform the operation without killing the patient.”).

## 4.2. Implications of the ECJ Decisions for the United States

We began our discussion of the Supreme Court decisions in the previous Section by asking if they could help resolve the conundrum created by the ECJ. Let us now turn the question around and ask what, if anything, the jurisprudence of the ECJ implies for the United States. We will examine implications for U.S. judicial decisions, tax treaty provisions, WTO constraints on taxation, European bilateral tax treaties, and the level of corporate taxation in the EU.

The first issue is whether the ECJ's view of the European requirements of nondiscrimination might find its way into the jurisprudence of U.S. courts.

There are two contexts in which this might occur: first, in the Supreme Court's interpretations of the nondiscrimination requirements of the Commerce Clause of the U.S. Constitution in cases concerning state taxation of interstate commerce; and second, in judicial interpretations of the nondiscrimination requirements of U.S. bilateral income tax treaties.

Commentators have frequently remarked – sometimes unfavorably – that in recent years the Supreme Court of the United States has paid attention to practices and judicial opinions from abroad in interpreting the U.S. Constitution<sup>217</sup>. It would therefore be no surprise for the ECJ's nondiscrimination jurisprudence, over time, to influence the Supreme Court's decisions involving the constitutionality of U.S. state tax provisions. While, as we have made clear, these cases arise in an institutional and political context quite different from Europe's, they often involve similar issues: the legality of measures by state governments that may discriminate against the free interstate movement of goods, services, labour, or capital.

Our discussion of both the legal and fiscal policy implications of the ECJ's corporate tax decisions and of the U.S. Supreme Court's struggle with similar issues makes clear that we would not regard importation of ECJ jurisprudence by the U.S. Supreme Court as a positive development. We have emphasized the differences between the European and U.S. political structures and contexts, including the existence of a U.S. federal income tax<sup>218</sup>. Most importantly, Europe has no legislative body with authority comparable to our Congress's to act concerning these issues. Moreover, the ECJ's nondiscrimination jurisprudence is, in our view, a quest for an unattainable goal in the absence of harmonized income taxes – the simultaneous achievement of neutrality based on both origin and destination.

For that reason, among others, it is inherently unstable. Despite the serious shortcomings of U.S. Supreme Court decisions in this context, looking to the ECJ for help does not seem wise.

In the quite different context of federal courts interpreting the nondiscrimination clauses of bilateral U.S. income tax treaties, we think it is unlikely that the ECJ's cases will have any noticeable impact on the decisions of U.S. courts<sup>219</sup>. Recall that

<sup>217</sup> See, e.g., VICKI C. JACKSON, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 HARV. L. REV. 109 (2005); JEREMY WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 HARV. L. REV. 129 (2005); ERNEST A. YOUNG, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 HARV. L. REV. 148 (2005).

<sup>218</sup> See *supra* text accompanying note 183.

<sup>219</sup> See also BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 2-3, 31-32).

U.S. obligations under the tax treaties' nondiscrimination clauses extend only to inbound investments – in this case, investments in the United States – by individuals or companies who are neither citizens nor residents of the United States. Both the U.S. Department of the Treasury and U.S. courts have taken a more limited view of the scope of this obligation than is implied by the ECJ's view of the nondiscrimination requirements of the EC Treaty. The United States, for example, has long insisted that its thin-capitalization rules<sup>220</sup>, which were intended principally to limit the ability of U.S. subsidiaries of foreign parents to strip earnings out of the United States, are not discriminatory on the ground that they affect all entities exempt from U.S. taxation, not just foreigners<sup>221</sup>. The ECJ, in contrast, struck down similar German restrictions on interest deductions<sup>222</sup>. Additional examples exist. The ECJ, for example, has invalidated "exit taxes" that apply to taxpayers leaving one member state for another, while the United States allows such taxes<sup>223</sup>. It seems unlikely that the ECJ decisions concerning discrimination against inbound investors will, without more, affect U.S. courts' determinations of what constitutes discrimination under U.S. bilateral income tax treaties.

A more likely course is that the ECJ cases finding discrimination against inbound investments will affect interpretations by the OECD of the nondiscrimination clause of its model treaties<sup>224</sup>. Both ECJ interpretations of EC Treaty requirements and U.S. and OECD interpretations of the nondiscrimination requirements of income tax treaties require that the source country not treat a branch or subsidiary of a foreign company doing business in the source country (a "permanent establishment" in the language of the treaties) less favorably than it treats a domestic branch or subsidiary doing business in that country.

The main distinction is that the ECJ's nondiscrimination requirements also apply to foreign portfolio investors, while the income tax treaty rules do not. The ECJ's cases finding discrimination in cases involving services supplied by a foreigner also go beyond the income tax treaties' nondiscrimination requirements. Over time, the OECD model income tax treaty (and the OECD's interpretations thereof) could move closer to the ECJ's case law when inbound investments are at issue. Although the United States has always published its own model income tax treaty, which differs in some respects from the OECD model, the United States has also always been heavily influenced by the OECD model and its interpretations. We would not be surprised, therefore, if the U.S. model treaty also moved toward a more comprehensive view of discrimination regarding inbound investments<sup>225</sup>.

<sup>220</sup> I.R.C. § 163(j) (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>221</sup> See BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 19).

<sup>222</sup> Case C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt, 2002 E.C.R. I-11,779.

<sup>223</sup> See Case C-9/02, De Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2004 E.C.R. I-2409 (striking down a French tax for transfer of stock abroad). The United States, in contrast, believes that it is consistent with its treaty obligations to apply a toll charge under I.R.C. § 367(e)(2) (2000) when appreciated assets are transferred to foreign parents. I.R.S. Notice 87-66, 1987-2 C.B. 376 (rendered obsolete, but not repealed by, Rev. Rul. 2003-99, 2003-2 C.B. 388). Bennett, *supra* note 30 (manuscript at 42-43), concludes that a member state provision such as § 367(e)(2) would be struck down by the ECJ.

<sup>224</sup> See OECD MODEL CONVENTION, *supra* note 30, art. 24; BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 54-55).

<sup>225</sup> See BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 53-55).

Neither the OECD's model income tax treaty nor any U.S. bilateral income tax treaty limits the taxation rights of the home country regarding outbound investments, other than those articles requiring that double taxation be addressed either through a credit for foreign taxes or an exemption for foreign income<sup>226</sup>.

Although the OECD has announced that it is re-examining the scope of nondiscrimination in the tax treaties<sup>227</sup>, which conceivably could lead to a rule that applied to outgoing investment, we find it inconceivable that the United States would agree to expand its income tax treaties to mimic the ECJ's jurisprudence in this context. The United States is simply not going to negotiate away its ability to provide incentives for domestic investments or other activities, such as research and development or domestic exploration for energy resources.

A third forum in which the ECJ's nondiscrimination jurisprudence might affect U.S. tax policy is the WTO. GATT (and its successors), which the WTO is charged with enforcing, prohibits subsidies for exports. As we have indicated, this has led the WTO (and its predecessors) to strike down certain U.S. income tax provisions on the ground that they provided benefits to domestic exporters not available to foreign producers. In 2004, Congress responded by substituting a special deduction available only to domestic manufacturing activities<sup>228</sup>. Under WTO rules, as currently interpreted, this kind of subsidy is valid because it is available for the domestic manufacture of goods, whether exported or not. The ECJ, on the other hand, would likely strike down such a provision as discrimination against foreign production – a violation of the free movement of capital or the free establishment guarantee of the EC Treaty. It is conceivable – but unlikely – that the WTO might also someday extend its reasoning regarding export subsidies to this type of subsidy on the ground that it inhibits the free movement of goods and services.

This would be a major expansion of constraints on national legislation by the WTO, which, for both the legal and fiscal policy reasons we have discussed here, would be greatly resisted by many WTO members, including the United States. We do not expect the WTO to go this far in the absence of explicit authorization in a new treaty – authorization that surely will not be forthcoming.

With regard to the extensive network of bilateral income tax treaties now in force throughout the world, the ECJ jurisprudence poses another fundamental question: Can the bilateral nature of these treaties be sustained when an EU member state is one of the parties<sup>229</sup>? In a number of tax cases, the ECJ has made clear that, along with their other taxing powers, member states must exercise their rights to enter into tax treaties in a manner that is consistent with EU law<sup>230</sup>. When the ECJ has found that a bilateral treaty violates one of the four freedoms, it has typically required

<sup>226</sup> See *supra* text accompanying note 32.

<sup>227</sup> See BENNETT, *supra* note 30 (manuscript at 3 n. 4).

<sup>228</sup> I.R.C. § 199 (West Supp. 2005).

<sup>229</sup> See, e.g., RUTH MASON, *U.S. Tax Treaty Policy and the European Court of Justice* (Oct. 21, 2005) (unpublished manuscript, on file with authors) (arguing for a multilateral tax treaty between the United States and the EU member states).

<sup>230</sup> See, e.g., Case C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161; Case C-336/96, *Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, 1998 E.C.R. I-2793.

the member state at fault to extend treaty benefits unilaterally to residents of other member states<sup>231</sup>.

Whether member states will be able to maintain treaties on a bilateral basis at all, however, has been called into question by the ECJ's decision in the so-called *Open-Skies* cases<sup>232</sup>. In those cases, the ECJ held that clauses in bilateral air transport agreements between the United States and various member states, which limited benefits to nationals of the contracting member state, violated the freedom of establishment requirement of the EC Treaty. This created a dilemma since it is not possible for a European member state to extend the treaty benefits granted to it by the United States unilaterally to nationals of other member states. Nor could any member state force the United States to allow all EU nationals to enjoy the treaty benefits. Ultimately, the bilateral air transport treaties were saved when the United States agreed to new language allowing ownership and control by EU nationals of other member states.

As a result, British nationals, for example, may now own and control a French airline and take advantage of the French-U.S. treaty<sup>233</sup>.

Bilateral income tax treaties between EU member states and the United States now routinely contain "limitations on benefits" clauses, which are intended to limit the treaties' benefits to tax residents of the contracting state<sup>234</sup>.

The treaty between the United States and the Netherlands, for example, allows its reduced withholding tax rates on dividends, interest, and royalties to companies only if "more than 30 percent of the aggregate vote and value ... is owned, directly or indirectly, by qualified persons resident in the Netherlands"<sup>235</sup>.

While their purposes are generally the same, the details of these limitations clauses vary, depending on when the treaty was negotiated and sometimes on specific bilateral considerations<sup>236</sup>. The ECJ's *Open-Skies* decisions suggest that these clauses may have to be renegotiated to permit benefits to nationals of other member states.

The *Open-Skies* cases, along with certain tax cases<sup>237</sup>, raise the more fundamental question of whether any EU country will be able to enter into a treaty with a non-EU country that treats its own nationals more favorably than nationals of any other EU member state. The crucial issue for the United States would then be whether the ECJ

<sup>231</sup> E.g., *Saint-Gobain*, 1999 E.C.R. I-6161.

<sup>232</sup> Case C-475/98, *Comm'n v. Austria*, 2002 E.C.R. I-9797; Case C-471/98, *Comm'n v. Belgium*, 2002 E.C.R. I-9681; Case C-467/98, *Comm'n v. Denmark*, 2002 E.C.R. I-9519; Case C-476/98, *Comm'n v. Germany*, 2002 E.C.R. I-9855; Case C-472/98, *Comm'n v. Luxembourg*, 2002 E.C.R. I-9741; Case C-468/98, *Comm'n v. Sweden*, 2002 E.C.R. I-9575; Case C-466/98, *Comm'n v. United Kingdom*, 2002 E.C.R. I-9427; see also GEORG W. KOFLER, *European Taxation Under an 'Open Sky': LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States*, 35 *Tax Notes Int'l* 45 (2004).

<sup>233</sup> No intra-European bilateral transport agreements have, however, been entered into since the *Open-Skies* decisions.

<sup>234</sup> See, e.g., U.S. Model Income and Capital Tax Convention Treaty art. 22 (1996) (U.S. Dep't of the Treasury).

<sup>235</sup> Tax Convention, U.S.-Neth., art. 26, ¶ 4, Dec. 18, 1992, S. TREATY DOC. NO. 103-6 (1993).

<sup>236</sup> Compare Tax Convention, U.S.-FR.G., art. 28, Aug. 29, 1989, S. TREATY DOC. NO. 101-10 (1990) (establishing limitations on benefits), with Tax Convention, *supra* note 235, art. 26, ¶ 4.

<sup>237</sup> Case C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161; HANS VAN DEN HURK, *Is the Ability of the Member States To Conclude Tax Treaties Chained Up?*, 13 *EC Tax Rev.* 17 (2004).

has imposed a type of most-favored-nation rule that, in essence, overrides the bilateral nature of the tax treaty.

An opinion by the Advocate General in a recent ECJ case involving claims by a German resident for a wealth tax exemption the same as that granted by the Netherlands in a bilateral treaty to residents of Belgium suggested that – at least for bilateral treaties between EU member states – one member state could not grant benefits to nationals of another member state without making similar benefits available to nationals of all member states<sup>238</sup>. In allowing the German complainant benefits equivalent to those available to any Belgian national under the treaty, the Advocate General stated: [A]ccepting reciprocal obligations to another member state which limit the freedom of movement of the nationals of European non-member countries is contrary to Community law. The fact must not be overlooked that national provisions, which include validly concluded and ratified international treaties, must not infringe the fundamental freedoms of the European legal system....

...  
 ... I am aware of the dangers which the foregoing considerations imply for the equilibrium and reciprocity which prevail in the system of double-taxation treaties, *but those difficulties must not become obstacles to the establishment of the single market....* [T]he States in question have a duty to seek other formulae which, whilst achieving the objective sought, do not, in breach of Community law, prejudice the citizens of other Member States<sup>239</sup>.

The ECJ reached a different conclusion<sup>240</sup>. It upheld the Netherlands law allowing a wealth tax exemption only to its own residents on the ground that “the situation of a resident and that of a non-resident are as a rule not comparable”<sup>241</sup>. And – citing arguments by a number of member states that a contrary holding would entail “danger” and “legal uncertainty” for bilateral tax treaties – the court also found that the more favorable treatment granted by the Netherlands to a resident of Belgium under the bilateral treaty did not violate EC law<sup>242</sup>. The court, however, did not override a prior precedent holding that a member state must extend bilateral income tax treaty benefits to a permanent establishment owned by nationals of a member state not a party to the treaty<sup>243</sup>. Instead, its emphasis in the wealth tax case was on the reciprocal rights and obligations that are an “inherent consequence of bilateral double taxation conventions”<sup>244</sup>.

Given their conflicting conclusions, it is difficult to know what to make of the ECJ’s cases involving bilateral tax treaties. The court’s language suggests that the

<sup>238</sup> Case C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst* (Oct. 26, 2004) (opinion of Advocate General Colomer), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-376/03”).

<sup>239</sup> *Id.* ¶¶ 97, 101 (emphasis added).

<sup>240</sup> Case C-376/03, *D. v. Inspecteur van de Belastingdienst*, 2005 ECJ CELEX LEXIS 349 (July 5, 2005); see also Case C-374/04, *Test Claimants v. Comm’rs of Inland Revenue* ¶¶ 97-103 (Feb. 23, 2006) (opinion of Advocate General Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (search for “Case C-374/04”) (declining to extend bilateral tax treaty benefits to third-country residents).

<sup>241</sup> *Inspecteur van de Belastingdienst*, 2005 ECJ CELEX LEXIS ¶ 34.

<sup>242</sup> *Id.* ¶¶ 48, 63.

<sup>243</sup> *Id.* ¶ 56 (citing Case C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161).

<sup>244</sup> *Id.* ¶ 61.

results will depend on whether the court concludes that the resident and nonresident are “in similar circumstances,” which seems quite fact specific.

The court’s decision in the Netherlands wealth tax case suggests that it does not intend to impose a general most-favored-nation requirement on bilateral tax treaties, and it appears, for now at least, that the court will not lightly undermine even intra-European bilateral tax treaties<sup>245</sup>. The great divergence between the opinions of the Advocate General and the court in this regard deserves emphasis, and the court’s decision has been strongly criticized by some advocates of European integration<sup>246</sup>. The resulting uncertainty regarding bilateral tax treaties also makes it unclear whether the ECJ will uphold limitations on benefits clauses.

At a minimum, the United States must take into account potential interventions of the ECJ when negotiating bilateral tax treaties with EU member states. For the longer term, the United States should begin considering what kind of treaty it would be willing to negotiate with Europe as a whole<sup>247</sup>. In the airline context, the United States went to considerable lengths to avoid a multilateral European treaty, principally to continue pressure on the British to expand landing rights at London’s Heathrow Airport.

In the income tax context, given the wide variations in both tax rates and tax administrative capabilities among the twenty-five EU Member states, the United States should also move slowly, if at all, toward a one-size-fits-all European treaty. But over time that may be exactly what the ECJ’s jurisprudence will demand.

Finally – and perhaps most importantly – United States policymakers must begin to address how our nation should respond if, over time, the effect of the ECJ’s corporate tax jurisprudence is to dismantle corporate income taxes in Europe. The European retreat from shareholder-credit corporate tax integration has already had some impact on U.S. treaty negotiations with certain European partners and may have influenced the U.S. decision to pursue a dividend exclusion (or lower shareholder tax rate for dividends) rather than shareholder credits, although a 1992 Treasury Report recommending this course undoubtedly played a more important role<sup>248</sup>.

As we have discussed, one thread of the ECJ’s corporate tax decisions has struck down member state provisions designed to limit taxpayers’ ability to shift income from high- to low-tax member states.

Here we have emphasized the court’s nullification in the *Lankhorst-Hohorst* case of Germany’s provision inhibiting earnings stripping by excessive interest deductions and the *Marks & Spencer* case, which requires the United Kingdom to allow foreign losses to offset domestic earnings. But a variety of other limitations are also in jeopardy.

<sup>245</sup> See MARCEL BUUR, *ECJ Rejects ‘Most Favored Nation’ Argument in Dutch-German Tax Case*, *WORLDWIDE TAX DAILY*, July 7, 2005, 2005 WTD 129-2 (Lexis).

<sup>246</sup> See, e.g., VAN THIEL, *supra* note 169, at 455-57.

<sup>247</sup> See MASON, *supra* note 229 (arguing for a multilateral tax treaty between the EU and the United States as a response to the ECJ decisions).

<sup>248</sup> See U.S. DEP’T OF THE TREASURY, *supra* note 75. The United States currently taxes dividends at a fifteen percent rate. See I.R.C. § 1(h)(11) (West Supp. 2005). President Bush had proposed a one hundred percent exclusion for dividends from earnings on which corporate taxes had already been paid.



Many commentators believe, for example, that the ECJ is likely to find that widely used provisions limiting the ability of companies to use “controlled foreign corporations” to shift mobile income from higher-to lower-tax member states violate the free movement of capital or the freedom of establishment articles of the EC Treaty<sup>249</sup>. Decisions like these threaten to make collecting corporate income taxes in Europe far more difficult.

There are a number of potential responses by the United States if Europe becomes a place where corporate income can easily escape tax<sup>250</sup>.

Some policymakers, concerned with the potential for U.S. corporations to shift manufacturing and other investments to Europe – policymakers principally interested in maintaining capital export neutrality – will urge provisions imposing greater U.S. income taxes on such investments.

Other policymakers, concerned with maintaining the competitiveness of U.S. corporations doing business in Europe vis-à-vis European corporations operating there – policymakers principally interested in capital import neutrality – will not only resist any efforts to tighten U.S. taxes on foreign investments, but will also urge reductions in U.S. corporate income taxes in an effort to make investments in the United States more attractive<sup>251</sup>.

Thus, the ECJ decisions raise the possibility of a United States-European race to the bottom in corporate income taxation. Should this occur, either government spending would have to be reduced or the lost revenues would have to be replaced by other taxes.

## Conclusion

In an effort to advance economic and political integration in the EU, the European Court of Justice has decided numerous cases striking down provisions of member states’ corporate income taxes. These decisions have been intended to promote the four freedoms guaranteed by the European treaties – the free movement of goods, services, labour, and capital – and to eliminate discrimination based on nationality. In the process, the court has developed a jurisprudence of nondiscrimination that goes beyond such requirements in international trade or tax treaties.

We have shown here that the ECJ’s nondiscrimination jurisprudence reveals an impossible quest: to eliminate discrimination based on both the origin and destination

<sup>249</sup> See *supra* note 102.

<sup>250</sup> We have already seen something of the way the debate will unfold in the controversy over Treasury’s issuance of I.R.S. Notice 98-11, 1998-1 C.B. 433, which responded to certain tax planning techniques reducing corporate taxes in Europe. In that Notice, the IRS attacked transactions that reduced taxes of U.S. corporations in foreign countries. That unleashed an “explosion of criticism” attacking the Treasury and the IRS for attempting to use U.S. taxes as a “backstop” for “the tax systems of other countries.” See H. DAVID ROSENBLOOM, *International Tax Arbitrage and the “International Tax System,”* 53 TAX L. REV. 137, 157 (2000).

<sup>251</sup> The discussion in the text assumes the continuing existence of a corporate income tax in the United States. Some analysts, however, have urged substituting some form of consumption tax for the current U.S. corporate income tax. PRESIDENT’S ADVISORY PANEL ON FED. TAX REFORM, *Simple, Fair and Pro-Growth: Proposals to Fix America’s Tax System* 151-90 (2005). Such a development would, of course, put pressure on the Europeans either to protect or eliminate their own corporate income taxes.

of economic activity. We have also shown that this quest necessarily must fail in the absence of harmonized corporate income tax bases and rates among EU member states. This implies that the court will find it necessary somewhere along the way to retreat, creating not only legal uncertainty, but ultimately doctrinal incoherence.

At the same time, the ECJ's jurisprudence is restricting member states' flexibility over their own fiscal policies in a manner that conflicts sharply with the member states' retention of the power to veto any European income tax legislation. The constraints that the ECJ's view of nondiscrimination places on member states' abilities to use incentives to stimulate their own domestic economies makes it difficult for member states to use tax policy as a way to respond to recessions. This problem is most pressing for those member states that have joined the monetary union and have thereby given up their ability to use national monetary policy to combat recession.

We cannot predict where the dilemmas we have identified will lead. Europe, we think, has only two options: greater harmonization through coordination of income tax bases and rates, or greater restraint by the ECJ, either through its own decision making or externally imposed by the member states. The resistance of a number of important member states to European harmonization is firm, and any harmonization of tax rates seems a long way off. So, in the near term at least, we expect the ECJ to become more restrained.

Failing that, difficulties for the member states in fashioning their own tax policies will grow.

While it is tempting, from this side of the Atlantic, simply to watch these European developments with detachment, the United States's political and economic relationships with Europe are too extensive for our nation to remain unaffected. At a minimum, we would expect the ECJ's nondiscrimination jurisprudence concerning inbound investments to influence and ultimately enlarge the OECD and U.S. interpretations of related nondiscrimination provisions in income tax treaties. More fundamentally, the ECJ decisions render the future of bilateral treaties between the United States and EU member states uncertain. And if the U.S. Supreme Court were to become convinced that the ECJ's interpretations are appropriate for the United States, the Court might impose new constraints on the flexibility of our states to enact tax incentives promoting local investments.

Ultimately, if the ECJ continues along its current path, the ongoing ability of both EU member states and the United States to rely on corporate income taxes as an important source of government revenues could be threatened.

Some would welcome such a development; others would abhor it. But none can deny that diminishing corporate revenues would put significant financial pressure on countries already strapped to finance government expenditures – expenditures that seem destined to grow as all our populations age.

Finally, nothing we have said here should be taken as reflecting opposition to greater federalization of Europe.

We emphasize two points:

First, the U.S. experience amply demonstrates that successful federalization does not demand the limitations on member states' taxing autonomy that the ECJ appears to be imposing. In particular, it is unnecessary to restrict member states' ability to use tax incentives to stimulate their domestic economies.

Second, as we have shown, the tax decisions of the ECJ, spurred by the tax policy objectives of the European Commission, conflict directly with the member states' retention of veto power over issues of direct taxation. The draft European Constitution does not change this unanimity requirement, undoubtedly reflecting the view of at least some member states that retention of taxing authority is a crucial aspect of their sovereignty. To be sure, greater federalization may require giving up this autonomy. If that is to occur, however, we believe that such change should come through democratic processes, with the critical decisions made by elected representatives rather than by appointed judges. This will require new European constitutional arrangements.

When Europe reconsiders its constitutional arrangements, concerns like those we have expressed here will undoubtedly also emerge in legal contexts other than taxation<sup>252</sup>.

<sup>252</sup> See, e.g., THOMAS FERENCZI, *La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences*, LE MONDE, Jan. 13, 2006, at 8 (reporting the view of several member states that the ECJ had exceeded its judicial role in cases involving the role of women in the German army and the access of foreign students to Austrian universities).



## Le discriminazioni in materia di imposte dirette e l'integrazione politica ed economica in Europa

Michael J. Graetz e Alvin C. Warren, Jr.\*\*

**SOMMARIO:** *Abstract - Introduzione - 1. La tassazione delle Società nell'esperienza della Corte di giustizia; 1.1) La discriminazione nei confronti del commercio internazionale in base alla disciplina dei trattati internazionali in materia di scambi commerciali e alle Convenzioni in materia tributaria; 1.2) Le sentenze della C. giust. CE in tema di imposte sul reddito delle Società - 2. Le conseguenze delle sentenze della C. giust. CE; 2.1) Le conseguenze giuridiche; 2.1.1) La fine del meccanismo dell'imputazione; 2.1.2) Il futuro delle agevolazioni fiscali e la doppia imposizione internazionale; 2.2) Le implicazioni di politica fiscale - 3. Il bivio lungo il percorso; 3.1 Il sentiero verso una maggiore armonizzazione; 3.2 Il sentiero verso una maggiore autonomia - 4. Gli Stati Uniti: similitudini e differenze; 4.1 Le sentenze paragonabili della Corte Suprema degli Stati Uniti; 4.2 Gli effetti delle sentenze della C. giust. CE per gli Stati Uniti - Conclusioni.*

### Abstract

Negli ultimi anni, la Corte di giustizia europea (C. giust. CE) ha annullato molte norme dei Paesi membri dell'Unione europea (U.E.), in materia di imposte dirette, in quanto violavano le libertà di circolazione dei beni, dei servizi, delle persone e dei capitali garantite dal Trattato "costituzionale" europeo. A queste sentenze, tuttavia, non è sempre seguita una significativa attività legislativa in materia di imposte dirette da parte dell'U.E., questo in quanto non esiste alcuna istituzione politica Europea che abbia il potere di legiferare in tale materia senza il consenso unanime da parte degli Stati membri. In questo articolo descriveremo come lo sviluppo della giurisprudenza della C. giust. CE ha minacciato quella facoltà degli Stati membri di utilizzare gli incentivi di natura fiscale per stimolare le proprie economie nazionali e per risolvere i problemi in materia di doppia imposizione internazionale. Noi giungiamo alla conclusione che l'approccio della C. giust. CE è in fin dei conti incoerente, poiché si

\* Traduzione dall'inglese a cura di Renato Tarantelli.

La versione originale in lingua inglese di questo articolo è stata pubblicata sul YALE LAW JOURNAL, Vol. 115, n. 6, Aprile 2006. Esso viene pubblicato in questa Rivista per gentile concessione della Casa editrice e degli Autori.

\*\* Autori: MICHAEL J. GRAETZ è Professore alla Facoltà di Legge della Yale Law School (Justus S. Hotchkiss); ALVIN C. WARREN, JR. è Professore alla Facoltà di Legge della Harvard Law School (Ropes & Gray).

Gli autori ringraziano per il supporto economico ricevuto il Centro per gli studi internazionali dell'Università di Yale ed il fondo per la ricerca fiscale e tributaria della Law School dell'Università di Harvard, nonché per i commenti ricevuti da Alec Stone Sweet, Walter Hellerstein e dai numerosi partecipanti alla conferenza presso l'Università del Michigan e al seminario della Fondazione Tributaria OCSE/Canadese, e Susannah Camic per l'assistenza nella ricerca.

tratta di voler raggiungere un obiettivo che, in assenza di una armonizzazione delle basi imponibili e delle aliquote, è irraggiungibile: cioè eliminare quella discriminazione basata sia sull'origine sia sulla destinazione dell'attività economica. Compariamo inoltre la giurisprudenza della C. giust. CE con le decisioni prese, sulle corrispondenti problematiche, in tema di tassazione internazionale e di tassazione statunitense del commercio interstatale; e prendiamo, infine, in considerazione le possibili risposte sia dell'Unione europea sia degli Stati Uniti su tali sviluppi.

## Introduzione

Verso quale direzione va l'Europa? Questa è la domanda che giornali ed esperti si sono chiesti dopo che nell'estate del 2005 i Francesi e gli Olandesi hanno rifiutato la proposta di una Costituzione europea. Ma tale domanda rappresentava una perplessità già ben prima di questi ostacoli estivi, tanto che anche con la definitiva approvazione di una nuova Costituzione la domanda resterà comunque aperta. In questo nostro lavoro analizzeremo un aspetto critico dell'integrazione europea, concentrando la nostra attenzione sugli accordi raggiunti in materia tributaria all'interno della Costituzione europea e confrontandoli con i Trattati Europei. Tali accordi rimarranno invariati anche sotto una nuova Costituzione europea, eventualmente ratificata. La nostra principale conclusione è che la Corte di giustizia europea ha scardinato il principio dell'autonomia fiscale degli Stati membri attraverso una interpretazione incerta degli accordi in tema di imposizione diretta. In particolare la Corte ha annullato numerose norme tributarie degli Stati membri dell'Unione europea provocando un certo sconvolgimento in quei meccanismi di vecchia data che gli Stati membri adottano per evitare la doppia imposizione internazionale e per difendersi contro l'evasione fiscale internazionale. Le decisioni della Corte inoltre hanno minacciato quella capacità degli Stati membri di usare gli incentivi fiscali per stimolare le proprie economie.

Le azioni della Corte di giustizia devono essere comprese all'interno di un contesto istituzionale europeo più ampio. L'orientamento in materia tributaria della Corte di giustizia trova la sua interpretazione nelle libertà fondamentali garantite dai Trattati posti a fondamento dell'Europa.

Con il trattato di Roma del 1957, sei nazioni – Belgio, Francia, Germania dell'Ovest, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi – si unirono per creare un Mercato Comune conosciuto come Comunità Economica Europea<sup>1</sup>. Oltre al fatto che era “impensabile fare una guerra” nell'Europa dell'Ovest<sup>2</sup>, l'idea che spinse alla conclusione di questi trattati fu il voler rafforzare l'interdipendenza economica, principalmente attraverso l'incremento degli scambi commerciali tra questi Stati membri. Nel 1973 si unirono anche l'Inghilterra, la Danimarca e l'Irlanda; la Grecia

<sup>1</sup> Il Trattato che ha istituito la Comunità Economica Europea, Mar. 25, 1957, 298 U.N.T.S. 11 (entrato in vigore il 1° Gennaio 1958). Il Trattato di Roma è stato il successore del trattato di Parigi del 1951, Apr. 18, 1951, 261, U.N.T.S. 140, che istituì la Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio, che comprendeva le stesse sei nazioni ed eliminava le tariffe sul carbone e sull'acciaio.

<sup>2</sup> ALEC STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, 46(2004).

entrò nel 1981, seguita dalla Spagna e dal Portogallo nel 1986. Questi 12 Stati membri aderirono all'Atto Unico Europeo del 1986, il quale definiva un'area per "la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali"<sup>3</sup>. Queste sono comunemente chiamate "le quattro libertà" e ora sono inserite all'interno del Trattato della Comunità Europea e incluse anche nella proposta di Costituzione europea<sup>4</sup>.

I trattati successivi ampliarono "l'esperimento Europeo" e furono create varie istituzioni per il raggiungimento del suo obiettivo. Nel 1992 il Trattato di Maastricht ha dato vita all'U.E., una unione politica volta alla cooperazione in materia di affari esteri, di difesa e di diritto penale, oltre alle relazioni economiche<sup>5</sup>. Nello stesso anno, la maggior parte degli Stati membri adottarono l'Euro come moneta dell'U.E. e fondarono una nuova Banca Centrale Europea per realizzare una politica monetaria comune quasi ovunque nell'Unione europea. Tale accordo per una unione monetaria impose specifiche responsabilità inerenti il bilancio degli Stati membri. Attraverso il Patto di Stabilità e Crescita, questi Paesi si sono accordati per limitare il proprio debito pubblico al tre per cento del PIL – una limitazione che si è rivelata non coercibile<sup>6</sup>. I membri dell'Unione europea attualmente sono 25 (*N.d.T. oggi sono 27*), e 12 di questi usano l'Euro come propria moneta<sup>7</sup>.

Le istituzioni politiche e giuridiche che governano l'Unione europea non si collocano facilmente all'interno di categorie comuni. Alcuni studiosi descrivono l'Unione europea come una "unione di sovranità"<sup>8</sup>. Altri considerano l'Unione europea come una mescolanza di diritto internazionale, di diritto pubblico dei singoli Stati e di federalismo<sup>9</sup>. In ogni caso i diritti e i doveri derivanti dai Trattati

<sup>3</sup> Atto Unico Europeo art. 13, Feb. 17, 1986, 1987, O.J. (L169) I. Il Trattato che istituì la Comunità europea, Nov. 10, 1997, 1997 O.J. (C340) 3, incorporava le garanzie dell'Atto Unico Europeo: libertà di circolazione dei lavoratori, id. art. 39, libertà di stabilimento, id. artt. 43, 48, libertà di prestazione di servizi, id. art. 49, libertà di circolazione dei capitali, id. artt. 56, 58.

<sup>4</sup> L'Articolo I-4 della Costituzione europea stabilisce: "La libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali e la libertà di stabilimento sono garantite dall'Unione ed al suo interno in conformità della Costituzione." Trattato per la Costituzione europea, art. I-4, Oct. 29, 2004, 2004 O.J. (C310) 1.

<sup>5</sup> L'Unione europea fu ampliata a 15 Stati membri con l'aggiunta di Austria, Finlandia e Svezia nel 1995. Il trattato di Amsterdam del 1997 ha consolidato e rinumerato gli articoli dei Trattati dell'U.E. e della CE, e nel 2001 il Trattato di Nizza ha riordinato la struttura dell'Unione europea in vista dell'allargamento a 25 Stati membri. Cfr. Trattato di Amsterdam che ha modificato il Trattato dell'Unione europea, i Trattati che hanno istituito le Comunità Europee e gli atti correlati, Oct. 2, 1997, 1997, O.J. (340) 1; Il Trattato di Nizza che ha modificato il Trattato dell'Unione europea, i Trattati che hanno istituito le Comunità Europee e gli atti correlati, Feb. 26, 2001, 2001 O.J. (C80) 1. Con riferimento alle successive citazioni degli articoli dei Trattati Europei faremo riferimento alla versione consolidata del Trattato istitutivo della Comunità europea, Dic. 24, 2002, 2002 O.J. (C325) 33 (d'ora innanzi "Trattato CE"). Per maggiori approfondimenti cfr. RUTH MASON, *Primer on Direct Taxation in the European Union* 1-3 (2005). I Trattati Europei (e la proposta di Costituzione europea) possono essere modificati (o adottati) solo attraverso il voto unanime degli Stati membri, normalmente seguito dalla ratifica a livello nazionale, ad opera del legislatore nazionale o attraverso un referendum.

<sup>6</sup> Cfr. MARTIN FELDSTEIN, *The Euro and the Stability Pact* (Nat'l Bureau of Econ. Research, Working Paper No. 11,249,2005).

<sup>7</sup> In aggiunta ai Paesi finora menzionati, tra i Paesi membri dell'Unione europea vi sono anche Cipro, la Repubblica Ceca, l'Estonia, l'Ungheria, la Lettonia, la Lituania, Malta, la Polonia, la Slovacchia, la Slovenia. (*N.d.T. Bulgaria e Romania*).

<sup>8</sup> Cfr. ROBERT O. KEOHANE & STANLEY HOFFMANN, *Institutional Change in Europe in the 1980s*, in *The New European Community* 1, 7 (Robert O. Keohane & Stanley Hoffmann eds, 1991).

<sup>9</sup> Cfr. JAMES A. CAPORASO, *The European Union and Forms of State: Westphalian, Regulatory or Post-Modern?*, 34 J. Common Mt. Stud. 29 (1996); ALBERTA M. SBRAGIA, *The European Community: A Balancing Act*, Publius, Summer 1993, at 23.

si rivolgono tanto agli Stati membri e ai loro cittadini quanto alle Istituzioni che governano l'Unione europea<sup>10</sup>.

Vi sono quattro organi che promulgano e assicurano il rispetto della normativa europea: (1) il Parlamento europeo (Parlamento), che è l'unico organo istituzionale europeo i cui membri sono eletti direttamente dal popolo<sup>11</sup>; (2) il Consiglio Europeo dei Paesi Membri (Consiglio), che è composto dai ministri in carica degli Stati membri, che hanno l'autorità per rappresentare il proprio Stato; (3) la Commissione europea (Commissione) che ha il potere esclusivo di presentare disegni di legge e proposte di legge e di attuare la politica comunitaria; (4) la Corte di giustizia CE (ufficialmente Corte di giustizia delle Comunità Europee), che ha una funzione di Corte costituzionale dell'U.E.

La struttura istituzionale dell'U.E. ha una competenza legislativa limitata in materia di imposizione diretta dei singoli Stati membri, mentre un ruolo dominante lo assume la Corte di giustizia. In definitiva né il Parlamento, né il Consiglio, né la Commissione hanno l'autorità per adottare misure in materia di imposizione diretta rivolte a tutta l'Unione europea senza un livello di consenso tale che è praticamente irraggiungibile se non in questioni tecniche e sostanzialmente non controverse.

Anche se i Trattati hanno fortemente coinvolto il Parlamento nell'attività legislativa e con il passare del tempo hanno ampliato i suoi poteri (cercando in tal modo di restringere una mancanza di democrazia dell'Europa), la sua competenza resta comunque limitata. La maggior parte degli atti promulgati dal Parlamento devono essere approvati dal Consiglio prima di produrre effetti<sup>12</sup>.

Sebbene il Consiglio – che è considerato “il centro di gravità intergovernativo” dell'U.E.<sup>13</sup> – abbia il potere di regolare il commercio tra gli Stati membri e possa decidere su altre questioni, la sua competenza è comunque circoscritta. I Ministri delle Finanze dei singoli Stati membri raffigurano il Consiglio dell'Unione europea in quella particolare composizione che si occupa degli Affari Economici e Finanziari (ECOFIN), e hanno la responsabilità per le questioni in materia di fiscalità<sup>14</sup>, ma non possono comunque operare in materia di fiscalità diretta senza il consenso unanime. Ne consegue che ogni Stato ha diritto di veto su qualsiasi proposta<sup>15</sup>. Inoltre, prima di emanare “direttive” o regolamenti su questioni di natura fiscale, il Consiglio si deve consultare con il Parlamento e con il Comitato per gli Affari Economici e Sociali, che

<sup>10</sup> Sentenza 26/62, N.V. Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend&Loos contro Nederlandse administratie der belastingen, 1963 E.C.R. 1.

<sup>11</sup> I 732 membri del Parlamento sono in carica per cinque anni. MASON, op.cit.

<sup>12</sup> Cfr. TRACY A. KAYE, *Tax Discrimination: A Comparative Analysis of U.S. and EU Approaches*, 7 Fla.Tax Rev.

<sup>13</sup> STONE SWEET, op.cit.

<sup>14</sup> MASON, op.cit.

<sup>15</sup> Una prima bozza di proposta della Costituzione europea era stata approvata, con la maggioranza di voti in tema di imposta sul reddito delle società, ma la bozza definitiva è stata trattenuta per il requisito dell'unanimità, sul cui requisito insistevano l'Inghilterra e l'Irlanda. BRIAN GROOM & PETER NORMAN, *EU Leaders Draw Up Outline Deal on Treaty Revisions*, FIN, TIMES, Dec. 11, 2000, at 1. Su altre questioni le decisioni del Consiglio sono deliberate a maggioranza semplice, a maggioranza qualificata o all'unanimità, a seconda della materia oggetto della votazione. La procedura più comune è quella a maggioranza qualificata che richiede sia la presenza della maggioranza degli Stati membri (o in alcuni casi almeno i due terzi della maggioranza) sia una percentuale minima dei voti totali, pari al 72,3%. Ogni Stato membro può inoltre chiedere che il voto rappresenti il 62% della popolazione dell'U.E. per poter produrre i suoi effetti. MASON, op. cit.; STONE SWEET, op. cit. I voti espressi in Consiglio sono ponderati, normalmente dalla grandezza del Paese. Vi sono un totale di 321 voti. Per esempio, Germania, Italia e Inghilterra hanno 29 voti ciascuno, mentre la Slovenia ne ha 4. (*N.d.T. i numeri di voti di ciascuno Stato sono cambiati con l'ingresso dei nuovi membri*). La Presidenza del Consiglio cambia ogni sei mesi a rotazione tra gli Stati membri.



è un organo consultivo composto da 350 membri, rappresentanti “varie categorie di attività economiche e sociali”<sup>16</sup>.

Il Consiglio inoltre è maggiormente limitato dal fatto che può agire esclusivamente su proposta della Commissione (anche se può richiedere alla Commissione di approfondire specifiche problematiche). Vi sono 25 Commissari (*N.d.T. 27 Commissari con l'allargamento a Romania e Bulgaria*), uno per ogni Stato membro. Ma più che rappresentare lo Stato di appartenenza, ognuno di loro è responsabile per un'area circoscritta di legislazione e regolamentazione dell'Unione europea.

La Commissione è la forza motrice dietro alla maggior parte delle iniziative politiche e spesso ha annunciato i propri obiettivi relativi alla politica fiscale nei rapporti inviati al Consiglio, al Parlamento e al Comitato per gli affari Economici e Sociali<sup>17</sup>. La Commissione, inoltre, rappresenta l'U.E. nelle Organizzazioni internazionali, sia nell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) sia nell'Organizzazione Mondiale per il Commercio (OMC - WTO). Su una raccomandazione della Commissione, il Consiglio, soggetto ai necessari requisiti di unanimità e di consultazione, può emanare direttive in materia fiscale. Non c'è bisogno di dire che il meccanismo di adozione delle direttive è un processo lungo e lento, soggetto al diritto di veto di ogni Stato membro, il che ha portato a ben poche direttive in materia di fiscalità diretta<sup>18</sup>.

Tuttavia la Commissione non ha alternative in questo labirinto di procedure. La Commissione, i cui membri devono agire indipendentemente dai propri governi di provenienza e devono promuovere gli interessi dell'Unione europea<sup>19</sup>, ha il potere di intraprendere azioni coercitive contro gli Stati membri e spesso porta i casi dinanzi alla C. giust. CE.

La C. giust. CE ha competenza per la soluzione delle controversie tra i vari Stati membri, tra le istituzioni Europee e gli Stati membri, e tra le varie istituzioni dell'U.E. I suoi venticinque giudici decidono sulle questioni attinenti la normativa europea e portate alla loro attenzione dai Tribunali nazionali degli Stati membri. Tali giudici vengono indicati da ognuno degli Stati membri, rimangono in carica per 6 anni e sono rinnovabili. Le controversie trattate innanzi alla C. giust. CE, che qui analizzeremo, sono (1) azioni sollevate dalla Commissione contro uno Stato membro accusato di violare, con il proprio diritto interno, uno o più doveri derivanti dal Trattato o (2) questioni sollevate dai Tribunali nazionali affinché la C. giust. CE dia una regola interpretativa alla normativa comunitaria o agli obblighi derivanti dal Trattato, che sono emersi durante un processo tra parti private. Otto Avvocati Generali lavorano per fornire alla Corte una opinione sulle controversie prima che la Corte decida. Il più delle volte la Corte

<sup>16</sup> Trattato CE, art. 257.

<sup>17</sup> Cfr., Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: Tax Policy in the European Union – Priorities for the Years Ahead, COM (2001) 260 final (May 23, 2001) [d'ora in avanti *Communication on Tax Policy Priorities*]

<sup>18</sup> Vi sono alcune Direttive applicabili alla tassazione delle società. Per esempio, Direttiva 2003/49, 2003 O.J. (L157) 49 (riguardante il regime comune applicabile ai pagamenti di interessi e canoni fra società consociate); la Direttiva 90/434, 1990 O.J. (L225) 1, come modificata dalla Direttiva 2005/19, 2005 O.J. (L58) 19 (concernente il regime applicabile alle fusioni); Direttiva 90/435, 1990 O.J. (L225) 6, come modificata dalla Direttiva 2003/123, 2004 O.J. (L7) 41 (riguardante il regime madre-figlia); v. anche Direttiva 2003/48, 2003 O.J. (L157) 38 (in materia di tassazione dei redditi da risparmio); la Direttiva 77/799, 1977, O.J. (L336) 15, come modificata dalla Direttiva 79/1070, 1979 O.J. (L331) 8 e la Direttiva 92/12, 1992 O.J. (L76) 1 (riguardante la cooperazione amministrativa).

<sup>19</sup> Trattato CE, art. 213.

segue le conclusioni effettuate dall'Avvocato Generale. Le decisioni della C. giust. CE sono prese tramite votazione a maggioranza e né i voti né le opinioni contrarie sono resi pubblici<sup>20</sup>. Ad oggi la Corte di giustizia ha trattato oltre 100 casi riguardanti questioni di fiscalità diretta e nella maggioranza dei casi ha sanzionato le norme tributarie degli Stati membri ponendo a fondamento il fatto che queste violano una delle quattro libertà fondamentali stabilite dai Trattati o violano il principio stabilito dai Trattati per ostacolare la discriminazione in base alla nazionalità.

Mentre la separazione dei poteri dell'U.E. è ben nota agli Americani, i contorni di questa separazione non lo sono affatto. Spogliato di tutti i contesti politici, sociali ed economici sarebbe difficile prevedere se queste istituzioni generalmente agiscono per ampliare il loro governo sovranazionale rispetto agli Stati membri o se invece cercano semplicemente di mettere un freno agli Stati membri. Ma – almeno fino ad una ratificazione della Costituzione europea – sia le politiche Europee sia la crescente interdipendenza economica e sociale all'interno dell'U.E. promuovono una certa integrazione, con un sempre maggiore potere e controllo verso il centro. L'eliminazione delle barriere per il commercio, per gli investimenti, per il lavoro e per l'immigrazione all'interno dell'Europa, grazie anche all'unificazione del sistema monetario della maggior parte dei Paesi membri, ha provocato un grande impulso verso una politica accentratrice.

La C. giust. CE è l'istituzione che più ha incentivato tale politica accentratrice. Siamo d'accordo con il pensiero di Alec Stone Sweet, il quale afferma che la C. giust. CE ha trasformato l'U.E. aumentando il suo potere sovranazionale e “federalizzando” la sua politica<sup>21</sup>. Egli aggiunge: “Oggi la Corte di giustizia rappresenta il più autorevole giudice sovranazionale che sia mai esistito al mondo, anche comparandola con le più importanti Corti Costituzionali”<sup>22</sup>.

Oltre venti anni fa Eric Stein riassunse ottimamente il lavoro della C. giust. CE: “Collocata nell'incantevole Ducato di Lussemburgo e beata, fino a poco tempo fa, con benevola noncuranza dei “poteri forti” e dei mass media, la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha modellato una cornice costituzionale per una struttura europea di tipo federale”<sup>23</sup>.

Si pone ora, comunque, una questione importante: se la C. giust. CE può (o potrà) continuare a spostare il potere politico ed economico dagli Stati membri verso le istituzioni comunitarie. Attraverso le sue decisioni in tema di fiscalità diretta la C. giust. CE si sta inserendo in modo incalzante in quel potere degli Stati membri di

<sup>20</sup> Per una comparazione tra le decisioni della C. giust. CE, gli Stati Uniti e la Francia, v. MITCHEL DE S. – O. L'E. LASSER, *Judicial deliberations: A comparative analysis of Judicial Transparency and Legitimacy* (2004).

<sup>21</sup> STONE SWEET, op. cit.

<sup>22</sup> MIGUEL POIARES MADURO va ancora oltre discutendo sul fatto che la C. giust. CE insiste con questo “attivismo maggioritario” e “armonizzazione giuridica” per raggiungere un equilibrio costante che generalmente corrisponde al punto di vista della Commissione e alla legislazione vigente nella maggior parte degli Stati membri. MIGUEL POIARES MADURO, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 68 (1998). Maduro afferma: “La conclusione che viene tracciata è che ciò che accade nella Corte è una sorta di processo legislativo Comunitario, con la Corte che cerca di armonizzare la normativa nazionale in conformità con un “disegno ideale” che rappresenti gli interessi di tutti gli Stati.” Come vedremo oltre in questo Articolo, noi non crediamo che la descrizione del prof. Maduro (oggi Avvocato Generale) si adatti bene al contesto delle sentenze della C. giust. CE in materia di fiscalità diretta. V. *infra* Parte III e IV.

<sup>23</sup> ERIC STEIN, *Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution*, 75 Am. J. Int'l L. 1, 1 (1981); J.H.H. WEILER, *The transformation of Europe*, 100 Yale L. J. 2403 (1991) (il quale discute sul fatto che la trasformazione dell'Europa deve anche essere compresa come un processo politico di trasformazione).

legiferare in materia fiscale e nel loro potere di porre il veto su qualsiasi normativa fiscale Europea. Ogni singolo Stato membro detiene con fierezza la propria sovranità e il diritto di imporre tributi, pur essendosi integrato economicamente tramite i Trattati e attraverso il libero scambio e la libera circolazione dei lavoratori, dei residenti, delle merci, dei servizi e dei capitali (e anche attraverso l'Unione Monetaria). La C. giust. CE ha, in realtà, solo il potere di stabilire la non conformità con il diritto comunitario della normativa fiscale degli Stati membri. Nessuna Istituzione Europea può stabilire regole obbligatorie in tema di fiscalità diretta – a meno che non vi sia il consenso unanime degli Stati membri. Tuttavia, nel colpire la specifica normativa tributaria degli Stati membri che risulta incompatibile con i Trattati U.E. – tendenzialmente cercando di comprendere anche la logica interna e la struttura del sistema fiscale dei singoli Stati membri o gli effetti sulle loro finanze – la C. giust. CE sta lentamente facendo venir meno quel diritto di veto che gli Stati membri hanno su qualsiasi normativa europea, affinché si conformi e si armonizzi la fiscalità diretta di ogni singolo Stato.

Un forza irresistibile si sta ora scontrando con situazioni difficilmente modificabili. L'ultima questione è se l'attuale commistione tra unificazione e separatismo possa durare. In caso contrario, quali sono le implicazioni per il futuro dell'Europa? Come vedremo, affrontando il problema in maniera più dettagliata, questo è il punto fondamentale sollevato dalle sentenze della C. giust. CE in materia di fiscalità diretta. Iniziamo quindi ad analizzare alcune sentenze e ad identificare le conseguenze negative, di politica fiscale e giuridiche, per gli Stati membri. Prenderemo in considerazione, poi, le possibili reazioni sia dell'U.E. sia degli Stati Uniti.

## 1. La Tassazione delle Società nell'esperienza della C. giust. CE

Per un lettore Americano, la descrizione dei seguenti casi affrontati dalla C. giust. CE suonerebbe abbastanza familiare, in quanto sembra l'eco di alcuni casi di una certa importanza decisi dalla Corte Suprema sulla base della nostra Costituzione<sup>24</sup>. Ma piuttosto che tracciare queste analogie dottrinali, vorremmo invece esaminare queste decisioni attraverso la lente della “non discriminazione” – un concetto sviluppato principalmente attraverso l'interpretazione, da parte della C. giust. CE, delle quattro libertà fondamentali. Per quanto ci riguarda, in questo contesto non faremo una analisi dottrinale delle sentenze della C. giust. CE, ma analizzeremo le implicazioni di tale giurisprudenza per il futuro economico e politico dell'Europa (e per i *partners* dell'Europa, inclusi gli Stati Uniti), cercheremo di essere selettivi nella nostra analisi della giurisprudenza comunitaria – limitando la nostra discussione per lo più a quelle sentenze della C. giust. CE che riguardano la tassazione del reddito delle società e la tassazione dei dividendi. Come è testimoniato dalla pratica, appare evidente che le scelte delle società riguardo a dove localizzare la propria struttura sono dettate dalla diversità delle imposte sulle Società<sup>25</sup>, ed è diventato un luogo comune per le nazioni l'utilizzo della tassazione delle Società come strumento di concorrenza.

<sup>24</sup> V. *infra* Sezione IV. A.

<sup>25</sup> V. JAMES R. HINES, JR., *Taxation and U.S: Multinational Investment*, 2 Tax Pol'y & Econ. 33 (1988).

Incominceremo con il mostrare come la C. giust. CE abbia adottato un principio di non discriminazione diverso e più ampio rispetto a quello richiesto dalle Convenzioni Internazionali in materia tributaria.

### 1.1. La discriminazione nei confronti del commercio internazionale in base alla disciplina dei trattati internazionali in materia di scambi commerciali e alle Convenzioni in materia tributaria

Vi sono principalmente tre metodi attraverso i quali una nazione potrebbe utilizzare la propria imposta sui redditi per discriminare il commercio internazionale. Potrebbe favorire i prodotti nazionali più di quelli stranieri, o favorire i produttori nazionali più di quelli stranieri o la produzione nazionale più della produzione estera<sup>26</sup>.

La discriminazione nei confronti dei prodotti stranieri (inclusi i servizi) è l'argomento principale dei trattati multilaterali, come l'Accordo Generale sulle Tariffe e gli Scambi Commerciali (GATT), e i successivi (promossi dal WTO) che governano il commercio internazionale<sup>27</sup>. Tali accordi non limitano soltanto le tariffe sulle importazioni, ma anche le sovvenzioni alle esportazioni, che a volte sono pensate proprio per favorire i prodotti nazionali rispetto a quelli stranieri nei mercati esteri. Gli incentivi di natura tributaria per le esportazioni sono soggetti a questi limiti, come gli Stati Uniti hanno imparato in più di una occasione<sup>28</sup>. Se il GATT possa essere letto nel senso di vincolare ulteriori normative di carattere tributario è molto controverso<sup>29</sup>. Se così fosse gli Accordi potrebbero costringere un Paese a limitare le agevolazioni fiscali, quali ad esempio un ammortamento accelerato o un credito d'imposta per gli investimenti in macchinari e attrezzature di produzione nazionale.

La discriminazione sulla tassazione dei redditi che colpisce i produttori stranieri è il punto fondamentale dei trattati bilaterali, i quali governano i rapporti tributari internazionali<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> Per una più completa discussione su queste possibilità, v. ALVIN C. WARREN, JR., *Income Tax Discrimination Against International Commerce*, 54, TAX L. REV. 131 (2001).

<sup>27</sup> Accordi Multilaterali sullo Scambio delle Merci, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex, Legal Instruments – Result of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1154 (1994); General Agreement on Trade in Services, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex, Legal Instruments – Result of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1154 (1994); Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Apr. 15, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C, Legal Instruments – Results of the Uruguay Round, 33 I.L.M. 1125, 1197 (1994); General Agreement on Tariffs and Trade, Oct. 30, 1947, 61 Stat. A-11, 55 U.N.T.S. 194.

<sup>28</sup> Cfr. PAUL R. McDANIEL, *Trade Agreements and Income Taxation: Interactions, Conflicts, and Resolutions*, 57, TAX L. REV. 275 (2004) (in cui si traccia la storia delle decisioni del GATT e del WTO che sostengono che le agevolazioni fiscali degli Stati Uniti rappresentano delle sovvenzioni alle esportazioni inaccettabili secondo i trattati commerciali).

<sup>29</sup> I più recenti Trattati GATT prevedono delle eccezioni dagli obblighi derivanti dai trattati commerciali per quanto riguarda l'imposizione diretta e le previsioni normative disciplinate dai trattati in materia tributaria. V. REUVEN S. AVI-YONAH, *Treating Tax Issues Through Trade Regimes*, 26 Brook. J. Int'l L. 1683 (2001); SERVAAS VAN THIEL, *General Report, in WTO and Direct Taxation* 13, 17-25 (Michael Lang et al. eds., 2005).

<sup>30</sup> V. gli Articoli del Modello di Convenzione rispetto alle imposte sui redditi e sul capitale, art. 24 (OCSE, 2005) [d'ora in avanti Modello OCSE], disponibile all'indirizzo <http://www.oecd.org/dataoecd/50/49/35363840.pdf>. In realtà ci sono più di 2.500 trattati bilaterali in materia tributaria, per lo più tra i Paesi industrializzati. Questi Trattati in genere hanno in comune la struttura del Modello OCSE. Cfr. KEES VAN RAAD, *Nondiscrimination in International Tax Law* (1986); MARY BENNETT, *Nondiscrimination in international tax law: A concept in search of a Principle*, 59 TAX L. REV. (2006).

Questi accordi generalmente vietano alla nazione in cui è prodotto il reddito (normalmente chiamato Stato della fonte) di tassare le imprese straniere che operano in detto Stato in modo più gravoso rispetto alle imprese nazionali che si trovano in una situazione simile<sup>31</sup>.

Lo Stato della fonte quindi non potrebbe tassare il reddito d'impresa prodotto nel proprio territorio da un'impresa straniera con una aliquota maggiore rispetto a quella applicata ad un reddito simile prodotto da un'impresa nazionale. Né potrebbe lo Stato della fonte limitare le agevolazioni tributarie, quali un ammortamento accelerato o il credito d'imposta per gli investimenti, per i macchinari e le attrezzature possedute dalle sole imprese nazionali.

Né gli Accordi commerciali né quelli tributari impediscono la discriminazione nei confronti del reddito delle imprese nazionali che deriva da una produzione straniera. Tale discriminazione si verificherebbe qualora lo Stato in cui ha sede un'impresa (Stato di residenza) decida di tassare il reddito estero della società più pesantemente del reddito nazionale della stessa società.

Piuttosto che trattare la tassazione, da parte dello Stato di residenza, del reddito estero di una propria impresa come un problema di discriminazione, i trattati in materia tributaria riconducono il problema ad una questione di doppia imposizione internazionale, che si verifica poiché entrambi i Paesi, della fonte e di residenza, potrebbero far valere la propria giurisdizione in materia tributaria. Circoscrivendo la questione in tale ottica, si è trascurata l'analisi su come il reddito di produzione estera sia trattato in modo migliorativo o peggiorativo rispetto a quello nazionale, poiché la linea di demarcazione per capire se vi è un trattamento equivalente spesso non è espressa in modo chiaro.

Esistono due metodi tipici da parte dello Stato di residenza per ridurre la doppia imposizione del reddito estero, sia sotto il profilo del diritto interno, sia sotto il profilo delle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione<sup>32</sup>. Il primo consiste nel tassare il reddito estero, ma subito garantire un credito d'imposta per i tributi già pagati nello Stato della fonte per quel reddito (un credito d'imposta per le imposte assolte all'estero). La maggiore giustificazione logica offerta da questo metodo è la neutralità

<sup>31</sup> Dato che l'obiettivo di questo articolo è la tassazione sul reddito, è naturale pensare alla discriminazione fiscale nei confronti di soggetti non residenti come una discriminazione nei confronti dei produttori stranieri. Altri generi di discriminazione fiscale nei confronti dei non residenti sono comunque pensabili. Per esempio, un Paese potrebbe imporre una speciale tassa sulle stanze degli alberghi nazionali date in affitto a soggetti non residenti, a prescindere dal fatto che l'hotel sia di proprietà di un residente o di un non residente.

<sup>32</sup> Una terza possibilità emerge dal concetto di "neutralità nazionale", e si discute, per risolvere il problema della doppia imposizione internazionale, se non sia meglio parlare di una deduzione per le imposte assolte all'estero, piuttosto che il credito d'imposta o l'esenzione. L'idea centrale di tale teoria è che i tributi nazionali e stranieri sono differenti, in quanto ogni Paese garantisce agevolazioni solo per i tributi che incassa. In questa ottica bisognerebbe comparare il reddito nazionale, prima che venga tassato, con il reddito estero, dopo che però è stato tassato, così una deduzione successiva è corretta. Se lo stesso trattamento dopo la deduzione per i tributi assolti all'estero (e la neutralità nazionale) fosse considerata una corretta linea di partenza, allora i metodi del credito d'imposta e dell'esenzione per ridurre la doppia imposizione favorirebbero il reddito prodotto all'estero più del reddito prodotto all'interno dello Stato. Da una prospettiva di questi due metodi, comunque, ridurre la doppia imposizione tramite lo strumento della deduzione per le imposte assolte all'estero, che non è accettabile per i tipici trattati in materia tributaria, sarebbe discriminatorio nei confronti delle imprese straniere. Anche se non viene esplicitamente etichettato come un requisito della non discriminazione, le questioni attinenti il credito d'imposta e l'esenzione potrebbero, da questa prospettiva, essere considerate tali. V. PEGGY BREWER RICHMAN, *Taxation of Foreign Investment income: an economic analysis* (1963).

della esportazione dei capitali, per cui una società sarebbe soggetta a tassazione in base alla stessa aliquota marginale sul proprio reddito, sia che derivi da un investimento nazionale sia che derivi da un investimento straniero.

L'obiettivo di tale sistema è quello di assoggettare tutta l'attività d'impresa di un contribuente, nel suo complesso, ad uno stesso livello di tassazione, senza avere riguardo alla localizzazione degli investimenti. Tuttavia per evitare di rimborsare dei tributi che sono stati assolti in un altro Stato, il credito di imposta estero è generalmente limitato all'ammontare del tributo che sarebbe dovuto nello Stato di residenza<sup>33</sup>, in tal modo gli investimenti effettuati all'estero saranno gravati da una tassazione maggiore rispetto a quelli nazionali, qualora la tassazione nello Stato della fonte dovesse essere più elevata.

Il secondo metodo per ridurre la doppia imposizione internazionale consiste nell'esenzione del reddito estero da parte dello Stato di residenza. La *ratio* posta a fondamento di tale metodo è la neutralità dell'importazione dei capitali, per la quale è necessario che tutti gli investimenti effettuati in un determinato Paese scontino la stessa aliquota marginale di tassazione del reddito, senza avere riguardo alla residenza dell'investitore. Tale metodo vorrebbe assoggettare tutta l'attività d'impresa svolta all'interno di un determinato Stato, nel suo complesso, allo stesso livello di tassazione, a prescindere dal fatto che l'attività venga svolta da un residente o da un non residente<sup>34</sup>.

Con il regime del credito di imposta estero (e la neutralità per l'esportazione di capitali) un Paese di residenza non dovrebbe trattare il reddito prodotto all'estero in modo peggiore rispetto al reddito prodotto nel territorio del suo Stato, data una base di partenza di uno stesso rendimento netto. Dall'altra parte, nel regime di esenzione per i redditi prodotti all'estero (e la neutralità per l'importazione di capitali), lo Stato di residenza può trattare la produzione straniera meglio della produzione nazionale per raggiungere così lo stesso trattamento della produzione nazionale, data la stessa base di partenza.

Oltre ai rimedi stabiliti per eliminare la doppia imposizione internazionale, il credito di imposta e l'esenzione, non vi sono altre prescrizioni, nei trattati internazionali commerciali e tributari, che vietano esplicitamente allo Stato di residenza di compiere atti discriminatori nei confronti di redditi esteri rispetto ai propri redditi nazionali, purché sia equa la base di rilevamento.

Supponiamo che uno Stato di residenza, che abbia usato il meccanismo del credito di imposta estero per eliminare la doppia imposizione internazionale, applichi anche una maggiore aliquota per i redditi stranieri rispetto ai redditi prodotti nel territorio dello Stato. Anche se questo risultato non sarebbe coerente con la *ratio* della neutralità della esportazione dei capitali, normalmente pensata per soccombere rispetto al credito, una tale norma non sembrerebbe violare alcun obbligo derivante dai Trattati, a meno che l'aliquota maggiorata non andasse effettivamente ad eliminare l'agevolazione del credito.

<sup>33</sup> Per esempio, I.R.C., par. 904 (West Supp. 2005).

<sup>34</sup> Per maggiori approfondimenti in tema di neutralità nella importazione e nella esportazione dei capitali, anche se con valutazione critica del ruolo che questi concetti nell'analisi della tassazione internazionale, v. MICHAEL J. GRAETZ, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, 54 TAX L. REV. 261 (2001).

Piuttosto che tassare il reddito straniero più pesantemente, la pratica più comune è quella di offrire agevolazioni fiscali ai redditi nazionali. Un esempio di questa forma di discriminazione nel Codice Tributario degli Stati Uniti è la deduzione del nove per cento per “il reddito attribuibile ad attività di produzioni interne”<sup>35</sup>. Per ragioni di politica economica, gli Stati Uniti hanno scelto, con questa normativa, di favorire le produzioni interne rispetto a quelle straniere, per i contribuenti statunitensi – una preferenza che non è vietata dai trattati commerciali e tributari. Un altro esempio di questo tipo di preferenza è la frequente limitazione agli incentivi fiscali sul reddito, come l’ammortamento accelerato o il credito d’imposta per gli investimenti, per i macchinari e le attrezzature usate all’interno dello Stato<sup>36</sup>.

Ricapitolando, i trattati commerciali e tributari vietano alle nazioni di adottare due o tre pratiche discriminatorie. I trattati commerciali bloccano la discriminazione contro i prodotti stranieri o, in corrispondenza, a favore delle esportazioni dei prodotti nazionali. Il principio di non discriminazione previsto dai trattati in materia tributaria impedisce la discriminazione contro i produttori stranieri da parte dello Stato della fonte. Comunque né i Trattati commerciali né i Trattati in materia tributaria impediscono che lo Stato della residenza favorisca la produzione interna rispetto a quella straniera, limitatamente ai propri contribuenti.

Nella prossima Sezione illustreremo come la giurisprudenza della C. giust. CE è coerente con la prassi internazionale sulle prime due di queste dimensioni. Sulla terza, comunque, la C. giust. CE è andata oltre, limitando la possibilità degli Stati membri di favorire la produzione nazionale rispetto a quella estera, anche per le proprie imprese residenti.

Dopo aver analizzato sia le implicazioni di natura giuridica sia quelle di natura fiscale delle decisioni della C. giust. CE, prenderemo in considerazione alcune decisioni, equiparabili, della Suprema Corte degli Stati Uniti; tali sentenze annullano alcune leggi tributarie dei singoli Stati che sono apparse discriminatorie nei confronti del commercio interstatale.

## 1.2. Le sentenze della C. giust. CE in tema di imposte sul reddito delle Società

Come precedentemente indicato, la principale base giuridica su cui si fondano le decisioni della C. giust. CE in tema di imposta sulle Società è data dalle quattro libertà garantite dal Trattato, ossia la libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Il Trattato inoltre stabilisce il principio di non discriminazione in base alla nazionalità<sup>37</sup>, e vieta la tassazione interna dei prodotti provenienti da altri Stati membri in misura maggiore rispetto ai prodotti nazionali<sup>38</sup>, così come vieta anche le sovvenzioni governative (“Aiuti di Stato” nella dicitura espressa dal Trattato CE), in quanto incompatibili con il mercato comunitario<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> I.R.C. par. 199 (West Supp. 2005).

<sup>36</sup> Per esempio, I.R.C. par. 168(b), (g)(1)(A), (g)(2) (West 2002& Supp. 2005) (provocando un ammortamento più lento per i beni materiali usati al di fuori degli Stati Uniti).

<sup>37</sup> Trattato CE, art. 12.

<sup>38</sup> Trattato CE, art. 90.

<sup>39</sup> Trattato CE, art. 87.

Il nostro obiettivo, in questo paragrafo, è quello di illustrare come le sentenze della C. giust. CE possono essere lette in una chiave di divieto di discriminazione in tutte e tre le dimensioni descritte precedentemente, un approccio molto più vigoroso di quello espresso nel diritto del commercio internazionale e nel diritto tributario internazionale. Perciò non classificheremo le sentenze della C. giust. CE in base ai vari diritti o alle varie libertà previste nei trattati<sup>40</sup>. Né distingueremo le discriminazioni basate sulla nazionalità dalle restrizioni del mercato, una distinzione che a volte viene avanzata dalla C. giust. CE e dai suoi commentatori europei<sup>41</sup>. Alcune analisi più recenti evidenziano una crescente consapevolezza che tutti questi diritti e obblighi, presi nel loro insieme, costituiscono un divieto generale di discriminazione nei confronti del commercio tra gli Stati membri<sup>42</sup>. Per usare le parole di una recente conclusione di un Avvocato Generale, le leggi nazionali “non devono risultare meno favorevoli, nel trattamento accordato a fattispecie transnazionali, di quanto sia previsto per le fattispecie prettamente nazionali”<sup>43</sup>. È in questa ottica che suddividiamo le sentenze della C. giust. CE in termini di discriminazione nei confronti di prodotti, produttori e produzione straniera. La nostra riflessione sarà selettiva, più che esauriente, poiché il nostro obiettivo è semplicemente quello di illustrare come la giurisprudenza della C. giust. CE si occupi di tutte e tre le categorie.

La Corte ha a lungo annullato quelle leggi e quei regolamenti degli Stati membri che effettivamente discriminavano i prodotti stranieri. Un esempio famoso è quello di *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein* (più comunemente noto come *Cassis de Dijon*)<sup>44</sup>, nel quale la Germania aveva rifiutato l'importazione di alcuni liquori Francesi perché non rispettavano lo stesso tasso alcolico minimo che era applicabile agli altri prodotti nazionali e stranieri. La Corte annullò tale regolamentazione tedesca sulla base del fatto che effettivamente limitava l'importazione delle merci prodotte in un altro Stato membro<sup>45</sup>. Un'altra sentenza più recente,

<sup>40</sup> Per una classificazione dei casi riguardanti le libertà previste dal Trattato, v., ad esempio, MATTIAS DAHLBERG, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, 71-83 (2005); ADOLFO J. MARTIN JIMÉNEZ, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community: an Institutional and Procedural Analysis*, 205-257 (1999); e MASON, op. cit., 37-92.

<sup>41</sup> Nel linguaggio Europeo con il termine “discriminazione” a volte ci si riferisce solamente alla discriminazione in base alla nazionalità e con il termine “restrizione” ci si riferisce agli altri casi in cui un reddito di fonte estera è tassato più pesantemente di un reddito nazionale. Tale distinzione si adatta più o meno, quindi non esattamente, alla nostra distinzione tra “discriminazione contro i produttori stranieri” (gli investimenti importati) e “discriminazione contro la produzione straniera” (gli investimenti esportati). V., per esempio, DAHLBERG, op. cit., 107-113, 327-329.

<sup>42</sup> V., per esempio, MICHEL DE WOLF, *Souverainete Fiscale et Principe de Non Discrimination*, 45354 (2005); HANS-JORGEN AIGNER ET AL., *General Report, in CFC legislation, Tax Treaties and EC Law*, 13, 38-43 (Michael Lang et al. eds., 2004); AXEL CORDEWENER ET AL., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part Two)*, 44 *European Taxation* 218 (2004).

<sup>43</sup> Sentenza C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey*, paragrafo 37 (Apr. 7, 2005) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza “C446/03”). L'Avvocato Generale Maduro, inoltre, sostiene che i criteri differenti stabiliti dalla C. giust. CE per l'applicazione delle libertà previste dal Trattato, come il libero accesso al mercato e la non discriminazione basata sulla nazionalità, “tutte sgorgano dalla stessa fonte di ispirazione che ritengo sia il prevenire che gli Stati membri creino e portino avanti misure atte a promuovere il mercato interno a detrimento del mercato intracomunitario” (paragrafo 39).

<sup>44</sup> Sentenza 120/78, 1979, E.C.R. 649.

<sup>45</sup> V. anche la Sentenza 8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville*, 1974, E.C.R. 837 (in cui si è ritenuto che il Belgio non poteva escludere il Whisky scozzese già in circolazione in Francia, sulla base del fatto che l'esportatore francese non aveva il certificato del Regno Unito attestante l'autenticità del prodotto, che sarebbe stato necessario per le importazioni dirette in Belgio dal Regno Unito).



*Commissione contro Francia*<sup>46</sup>, ha invalidato una normativa tributaria discriminatoria nei confronti di prodotti e servizi stranieri, in quanto alcune deduzioni per le attività editoriali delle imprese francesi erano condizionate al fatto che i giornali fossero stampati nel territorio francese. La Corte ritenne che tale normativa rappresentava una restrizione all'importazione delle pubblicazioni stampate negli altri Stati membri, perciò tale norma aveva l'effetto equivalente ad una restrizione alle importazioni.

Riportiamo altri casi di norme che la C. giust. CE ha ritenuto violassero il Trattato CE, in quanto tassavano l'importazione di beni e servizi più pesantemente rispetto ai loro corrispettivi nazionali:

- La Svezia ha imposto una tassa del 15% sui premi pagati dai residenti svedesi a Compagnie Assicuratrici straniere per le assicurazioni sulla vita, ma non per i premi pagati alle compagnie svedesi<sup>47</sup>;
- La Germania ha imposto una tassa ai locatari, di nazionalità tedesca, degli equipaggiamenti, tipo gli aeroplani, ma solo qualora il locatore fosse stato straniero<sup>48</sup>;
- La Danimarca ha imposto maggiori restrizioni sulle deduzioni alle imprese che organizzavano le proprie riunioni in luoghi turistici all'estero piuttosto che in luoghi turistici danesi<sup>49</sup>.
- La Svezia ha limitato la deducibilità, per i datori di lavoro, dei premi per l'assicurazione delle pensioni dei lavoratori, alle sole assicurazioni acquistate da società assicuratrici svedesi<sup>50</sup>.
- La Finlandia ha tassato i propri residenti per le vincite provenienti dalle lotterie straniere, ma non dalle lotterie finlandesi<sup>51</sup>.

Qualche volta le decisioni della C. giust. CE hanno coinvolto più di una delle categorie di discriminazione di cui stiamo trattando, poiché le tre categorie possono sovrapporsi. Per esempio il caso Danese che si è menzionato riguardava un soggetto

<sup>46</sup> Sentenza 18/84, 1985 E.C.R. 1339.

<sup>47</sup> Sentenza C-118/96, Safir contro Skattemyndigheten i Dalarnas Lan, 1998 E.C.R. I-1987. La Corte ha rigettato l'argomentazione che la tassa non era discriminatoria in quanto le compagnie di assicurazione svedesi erano soggette alla tassazione svedese, mentre le compagnie straniere non lo erano.

<sup>48</sup> Sentenza C-294/97, Eurowing Luftverkehrs AG contro Finanzamt Dortmund-Unna, 1999 E.C.R. I-7447. La Corte ha rigettato l'argomentazione per cui la normativa non era discriminatoria in quanto i locatori tedeschi sono assoggettati a tassazione in Germania.

<sup>49</sup> Sentenza C55-98, Skatteministeriet contro Vestergaard, 1999, E.C.R. I-7641.

<sup>50</sup> Sentenza C-422/01, Forsakringsaktiebolaget Skandia (publ) contro Riksskatteverket, 1003 E.C.R. I-6817.

<sup>51</sup> Sentenza C-42/02, Caso Lindman, 2003 E.C.R. I-13,519. The court ha rigettato l'argomentazione per cui la norma non era discriminatoria in quanto gli organizzatori delle lotterie finlandesi potevano essere assoggettati a tassazione in Finlandia. In aggiunta alla sentenza discussa nel testo, la C. giust. CE ha deciso su numerosi altri casi riguardanti l'importazione di beni e servizi. V., per esempio, la Sentenza C-334/02, Commissione contro Francia, 2004 E.C.R. I-2229 (che ha rigettato la linea di condotta francese che accordava ai francesi che detenevano obbligazioni francesi la facoltà di scegliere una aliquota più bassa mentre i francesi che detenevano obbligazioni straniere non potevano); la Sentenza C-17/00, De Coster contro College des bourgmestres et echevins de Watermael-Boitsfort, 2001 E.C.R. I-9445 (che ha annullato la tassa imposta dal Belgio sulle antenne satellitari quando le compagnie trasmettitrici del Belgio, ma non quelle straniere, hanno la facoltà di scegliere se usare un sistema via cavo, non tassato, come sistema alternativo); La Sentenza C-478/98, Commissione contro Belgium, 2000 E.C.R. I-7587 (che ha annullato l'esclusione, fatta dal Belgio, degli investitori non istituzionali dall'emissione di "Eurobond" del Governo belga nei mercati tedeschi attraverso istituti finanziari tedeschi); La Sentenza C-439/97, Sandoz GmbH contro Finanzlandesdirektion fur Wien, Niederosterreich und Burgenland, 1999 E.C.R. I-7041 (che ha annullato una imposta di bollo sui prestiti effettuati dagli stranieri quando non vi era un contratto di mutuo scritto, ma tale tassa non era dovuta per i prestiti effettuati da soggetti austriaci).

danese che organizzava incontri di affari all'estero per clienti danesi<sup>52</sup>, quindi la decisione ha riguardato sia un prodotto straniero sia una produzione straniera. Noi non analizzeremo separatamente tali casi di sovrapposizione in quanto il nostro obiettivo è semplicemente quello di mostrare come la giurisprudenza della C. giust. CE opera su tutte e tre le dimensioni della discriminazione.

Per cercare sempre più di limitare la discriminazione nei confronti della importazione di prodotti provenienti da altri Stati membri, la C. giust. CE ha lungamente contrastato una maggiore tassazione, da parte degli Stati della fonte, delle imprese provenienti da altri Stati membri. Un esempio recente di questo secondo tipo di discriminazione è nato dalla questione dei dividendi pagati dalle società francesi alle compagnie assicuratrici francesi, le quali beneficiavano di un credito d'imposta, mentre ciò non avveniva per gli stessi dividendi pagati a compagnie assicuratrici non francesi che operavano in Francia<sup>53</sup>. La Corte evidenziò che se la Francia trattava le società straniere che operavano in Francia nello stesso modo in cui trattava le società francesi, relativamente alle modalità di tassazione dei loro redditi, di conseguenza non poteva trattarle diversamente in relazione alle connesse agevolazioni fiscali, altrimenti sarebbe andata incontro ad una discriminazione.

Un esempio recente ed importante di una potenziale discriminazione contro i produttori stranieri lo troviamo nella Sentenza *Lankhorst-Hohorst GmbH contro Finanzamt Steinfurt*<sup>54</sup>. In questa sentenza la C. giust. CE prendeva in considerazione una norma in base alla quale alle società-figlie tedesche di società-madri non tedesche venivano negate le deduzioni sugli interessi pagati alle società-madri estere qualora la società-figlia avesse un eccessivo indebitamento, nonostante che tali deduzioni venissero concesse per i pagamenti effettuati dalle società-figlie tedesche alle società-madri tedesche. Lo scopo generale di tale *thin capitalization*, comune nelle nazioni economicamente sviluppate<sup>55</sup>, è quello di prevenire l'evasione fiscale. Senza una tale normativa le società-figlie nazionali di società-madri straniere potrebbero far figurare i dividendi, che non sono deducibili, come se fossero interessi, che invece sono deducibili, in tal modo spostando una parte della base imponibile della società dal Paese della fonte ad un Paese straniero a fiscalità privilegiata. A dispetto di tale finalità la C. giust. CE ha ritenuto che l'applicazione di tali norme alle società-madri straniere, ma non a quelle nazionali, violasse le libertà previste dal Trattato.

Altri esempi di discriminazioni da parte dello Stato della fonte nei confronti degli investimenti stranieri, annullate dalla C. giust. CE, sono:

- Il Regno Unito pagava gli interessi sui rimborsi d'imposta dovuti alle società Inglesi, ma non sui rimborsi dovuti alle filiali inglesi di società non inglesi<sup>56</sup>.
- La Grecia assoggettava le filiali greche di banche straniere ad una aliquota maggiore rispetto a quella delle banche greche<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> Skatteministeriet, 1999, E.C.R., I-7644.

<sup>53</sup> Sentenza 270/83, Commissione contro Francia, 1986 E.C.R. 273. Questi crediti sui dividendi facevano parte di un sistema di imputazione per eliminare la doppia imposizione sul reddito delle società. Discuteremo su tale sistema nella Sezione II-A.

<sup>54</sup> Sentenza C-324/00, 2002 E.C.R. I-11, 779.

<sup>55</sup> Per esempio, I.R.C., par. 163 (j) (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>56</sup> Sentenza C-330/91, *The Queen* contro *Inland Revenue Commissioners*, 1993 E.C.R. I-4017.

<sup>57</sup> Sentenza C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc* contro *Grecia*, 1999 E.C.R. I-2651.

- Il Regno Unito ha imposto un “acconto sull'imposta societaria” sui dividendi delle società-figlie inglesi di società-madri non inglesi, ma non per le società-figlie inglesi di società-madri inglesi<sup>58</sup>.

Come indicato nella sezione precedente, le nazioni sono generalmente libere, in base ai trattati internazionali commerciali e tributari, di favorire la produzione nazionale piuttosto che quella straniera con riferimento alle proprie società residenti. La C. giust. CE, d'altra parte, ha annullato alcune norme di questo tipo, in particolar modo negli ultimi anni. Una sentenza importante in tale ambito è quella di *Marks & Spencer plc contro Halsey*<sup>59</sup>, che riguardava un'attività commerciale inglese, le cui filiali di Belgio, Francia e Germania avevano subito sostanziali perdite, e in alcuni casi erano state addirittura chiuse o vendute. La questione principale dinanzi alla Corte era se il Regno Unito dovesse permettere a *Marks & Spencer* di compensare le perdite estere con il proprio reddito imponibile in Inghilterra. Tale questione sollevò un enorme interesse e molte discussioni in Europa, poiché la non compensazione delle perdite delle società figlie straniere è una caratteristica comune dei sistemi fiscali degli Stati membri, quindi la potenziale perdita di gettito era enorme<sup>60</sup>.

Come molte altre nazioni, il Regno Unito tassa le società inglesi, comprese le società-figlie di società-madri inglesi, sia per i redditi prodotti nel territorio dello Stato sia per i redditi prodotti all'estero (soggetti poi ad un credito di imposta estero). Le filiali straniere di società inglesi non sono generalmente soggette a tassazione inglese sul loro reddito, ma le società-madri inglesi sono tassate sui dividendi che percepiscono dalle loro società-figlie straniere (sempre con un credito di imposta estero). Secondo la legge inglese le perdite delle filiali nazionali, ma non di quelle straniere, possono essere usate in compensazione con i redditi delle società-madri inglesi. Questo sistema di “compensazione di gruppo” prevede che la società-figlia “consegna” la perdita alla società-madre, così che la perdita non possa essere usata due volte.

Prima che il caso *Mark & Spencer* venisse portato all'attenzione della C. giust. CE, due dei maggiori esperti europei in fiscalità internazionale, discutendone in qualità di commissari speciali del Dipartimento delle Entrate del Regno Unito, decisero in favore del governo<sup>61</sup>. Questi affermavano che il rifiuto di estendere la compensazione delle

<sup>58</sup> Sentenze riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd contro Commissioners of Inland Revenue*, 2001 E.C.R. I-1727. L'“acconto sull'imposta societaria” era una componente di un sistema di imputazione teso a ridurre la doppia tassazione sul reddito di impresa. Discuteremo di tale sistema della Sottosezione II-A. Per ulteriori sentenze riguardanti la discriminazione da parte del Paese della fonte contro gli investimenti stranieri v. per esempio: Sentenza C-253/03, *CLT-UFA SA v. Finanzamt Koln-West* (Feb. 23, 2006), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricerca “Case C-253/03”), che ha invalidato una maggiore tassazione tedesca su una filiale di una società straniera rispetto ad una consociata tedesca di una società straniera; Sentenza C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contro Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161, che ha condannato lo sgravio fiscale per gli investimenti stranieri che era disponibile per le società tedesche, ma non per le società straniere che operavano in Germania; e la Sentenza C-1/93, *Halliburton Servs. BV contro Staatssecretaris van Financiën*, 1994 E.C.R. I-1137, che ha invalidato l'esenzione dall'imposta sui trasferimenti olandese disponibile solo qualora sia il cedente che il cessionario fossero olandesi.

<sup>59</sup> Sentenza C-446/03 (13 Dic. 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (Ricerca “C-446/03”).

<sup>60</sup> Per esempio, CORDEWENER ET AL., v. nota 42; GERARD T.K. MEUSSEN, *Cross-Border Loss Relief in the European Union Following the Advocate General's Opinion in the Marks & Spencer Case*, 45 EUR. TAX'N 282 (2005); LEE A. SHEPPARD, *Dowdy Retailer Set To Destroy European Corporate Tax*, 104 TAX NOTES 16 (2004); CHRISTIAN WIMPISSENGER, *Beyond Marks & Spencer: Cross-Border Losses and EC Law*, 38 TAK NOTES INT'L 923 (2005).

<sup>61</sup> *Marks & Spencer plc v. Halsey*, No SPC 00352 (17 Dic. 2002) (Opinione dei Commissari straordinari Jones e Gammie).

perdite alle filiali straniere non violava il Trattato CE, perché il reddito delle filiali straniere non è soggetto a tassazione inglese. Citando i precedenti giurisprudenziali della C. giust. CE, i commissari conclusero che la tassazione inglese dei dividendi distribuiti alle società-madri non era rilevante, poiché società-madre e società-figlia sono comunque contribuenti diversi.

Successivamente l'Avvocato Generale della C. giust. CE riteneva che la normativa del Regno Unito fosse considerata incompatibile, interpretando le libertà derivanti dal Trattato nel senso che rendono impossibile un trattamento meno favorevole per i redditi transnazionali rispetto alle situazioni puramente nazionali<sup>62</sup>. Da questa prospettiva egli concludeva che in base alla legge inglese gli investimenti all'estero erano svantaggiati rispetto agli investimenti nazionali. Mentre gli speciali commissari inglesi avevano focalizzato la loro attenzione sul simmetrico trattamento degli utili e delle perdite straniere, l'Avvocato Generale ha focalizzato la propria attenzione sul fatto che le società-madri inglesi e le loro filiali nazionali non potevano entrambe usare una perdita ceduta posteriormente.

Di conseguenza, l'Avvocato Generale concluse che il Regno Unito non poteva evitare, da parte della società-madre inglese, l'uso della perdita di una società-figlia straniera, tranne nel caso in cui tale perdita poteva essere dedotta, o portata in avanti, nello Stato della fonte.

La C. giust. CE raggiunse lo stesso risultato dell'Avvocato Generale, anche se senza rifarsi agli espliciti principi di interpretazione<sup>63</sup>. Dal punto di vista della Corte il sistema inglese di compensazione di gruppo rappresentava semplicemente un vantaggio fiscale, e quindi non poteva essere limitato alle filiali nazionali<sup>64</sup>. È facile quindi esprimere esattamente il risultato ovvio per evitare la discriminazione contro la produzione straniera: le perdite delle filiali nazionali possono essere portate in compensazione nel reddito delle società-madri inglesi (a condizione che le società-figlie non possano usare le perdite); perciò anche le perdite delle società-figlie straniere devono essere portate in compensazione con il reddito delle società-madri. È altrettanto facile vedere come tale risultato si applica al caso *Marks & Spencer*, poiché le sue filiali erano state liquidate o vendute. D'altra parte la Corte non è riuscita a fornire una linea guida

<sup>62</sup> Sentenza C-446/03, *Marks & Spencer plc v. Halsey* (7 Apr. 2005) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Maduro) <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricerca "C-446/03"). Come indicato sopra, v. il testo alla nota 43, l'Avvocato Generale Maduro suggeriva che le libertà derivanti dal Trattato dovrebbero essere considerate nel senso di evitare le misure che promuovono i mercati interni a detrimento degli scambi intracomunitari.

<sup>63</sup> La Corte ha affermato la sua posizione ("ruling" nel linguaggio della C. giust. CE) come segue: "As Community law now stands, Articles 43 EC and 48 EC do not preclude provisions of a Member State which generally prevent a resident parent company from deducting from its taxable profits losses incurred in another Member State by a subsidiary established in that Member State although they allow it to deduct losses incurred by a resident subsidiary. However, it is contrary to Articles 43 EC and 48 EC to prevent the resident parent 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." *Marks & Spencer*, par. 61 (13 Dic. 2005). Il Regno Unito ha annunciato la sua intenzione di modificare la sua legislazione per ammettere le perdite estere rientrando nella seconda parte della regolamentazione stabilita dalla Corte, ma solo se le perdite non fanno parte di una transazione motivate solo da una convenienza fiscale. Press Release, HM Revenue & Customs, *Changes to Company Tax Relief Following European Court of Justice (ECJ) Judgment* (Feb. 20, 2006), disponibile all'indirizzo internet <http://www.gnn.gov.uk/Content/Detail.asp?ReleaseID=18812&NewsAreaID=2>.

<sup>64</sup> *Marks & Spencer*, par. 32-34 (13 Dic. 2005).

che possa aiutare in altre circostanze, specialmente quando la definizione di perdite e le norme sulla deducibilità sono diverse tra gli Stati membri. Non ci sorprenderemo quindi nel vedere nuovamente dinanzi alla C. giust. CE una questione riguardante la deducibilità delle perdite estere.

Gli investimenti stranieri di Marks & Spencer, attraverso una filiale straniera, sono comunemente chiamati investimenti diretti. Un'ulteriore forma di investimento straniero si ha quando gli individui di una nazione acquistano le azioni di società straniera. Tale operazione è conosciuta come "portafoglio di investimento". La C. giust. CE ha invalidato numerose norme tributarie degli Stati di residenza che limitavano gli investimenti all'estero in entrambe le categorie, tra cui si segnalano le seguenti:

- Il Regno Unito non permetteva alle Società  *Holding* inglesi di consolidare le perdite a meno che i loro affari non consistessero totalmente o principalmente nella detenzione di partecipazioni in filiali inglesi<sup>65</sup>.
- La Francia permetteva alle società che vendevano prodotti medicinali di dedurre i costi sostenuti per la ricerca e lo sviluppo, ma solo se quei costi erano stati sostenuti in Francia<sup>66</sup>.
- L'Olanda tassava i dividendi che gli azionisti olandesi percepivano dalle società straniere, ma non i dividendi che percepivano dalle società olandesi<sup>67</sup>.
- L'Austria, allo stesso modo, tassava i dividendi che gli azionisti austriaci ricevevano dalle società straniere con una aliquota maggiore rispetto ai dividendi che ricevevano dalle società austriache<sup>68</sup>.
- La Finlandia concesse crediti agli azionisti per le imposte societarie, ma solo ai Finlandesi che possedevano azioni in società nazionali, non in società straniere<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Sentenza C-264/96, Imperial Chemical Industries plc contro Colmer, 1998 E.C.R. I-4695.

<sup>66</sup> Sentenza C-254/97, Société Baxter contro Premier Ministre, 1999 E.C.R. I-4809.

<sup>67</sup> Sentenza C-35/98, Staatssecretaris van Financien contro B.G.M. Verkooijen, 2000 E.C.R. I-4071 (che ha deciso il caso sulla base di una direttiva della Commissione che implementava le libertà previste dal Trattato).

<sup>68</sup> Sentenza C-315/02, Lenz contro Finanzlandesdirektion für Tirol, 2004 E.C.R. I-7063.

<sup>69</sup> Sentenza C-319/02, Caso Manninen, 2004 E.C.R. I-7477. Ulteriori questioni riguardanti la discriminazione contro gli investimenti all'estero o i trasferimenti. V., per esempio, C-471/04, Finanzamt Offenbach am Main-Land v. Keller Holding GmbH (Feb. 23, 2006), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricerca "C-471/04") (che ha invalidato una normativa tedesca che vietava la compensazione dei costi finanziari per le filiali di secondo livello straniere, ma non per quelle nazionali); C-268/03, De Baeck v. Belgium, 2004 E.C.R. I-5961 (che ha invalidato una tassa sui capital gains del Belgio per le azioni trasferite ad acquirenti stranieri, ma non a quelli nazionali); C-9/02, De Lasteyrie du Saillant contro Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, 2004 E.C.R. I-2409 (che ha invalidato una tassa francese sul trasferimento delle azioni all'estero); C-168/01, Bosal Holding BV contro Staatssecretaris van Financien, 2003 E.C.R. I-9409 (che ha invalidato una deduzione olandese per i costi finanziari per le filiali nazionali ma non per quelle straniere a meno che non producano reddito in Olanda); C-436/00, X contro Riksskatteverket, 2002 E.C.R. I-10,829 (che ha invalidato una norma in base alla quale il trasferimento di azioni a società straniere, o a società con capogruppo straniera, ad un valore inferiore di quello di mercato, veniva tassato in capo agli azionisti svedesi, mentre questo non avveniva per il trasferimento a società svedesi che non avevano la capogruppo straniera); C-141/99, Algemene Maatschappij voor Investeren en Diensverlening NV (AMID) contro Belgium, 2000 E.C.R. I-11,619 (che ha stabilito che le perdite in Belgio non potevano essere portate all'anno successivo nei confronti di un reddito belga se quelle perdite potevano essere compensate con il reddito esente, in base ai trattati contro la doppia imposizione, di un'affiliata straniera); C-251/98, Baars contro Inspecteur der Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen Gorinchem, 2000 E.C.R. I-2787 (che ha invalidato una esenzione olandese per la tassa sul patrimonio nel caso di azioni in società nazionali, ma non nel caso di società straniere); C200/98, X AB contro Riksskatteverket, 1999 E.C.R. I-8261 (che ha invalidato una norma svedese che riconosceva uno sgravio fiscale per i trasferimenti infragruppo, ma non per i trasferimenti fatti verso una società-figlia svedese parzialmente posseduta da una "controlled foreign company" - CFC).

Come spiegheremo in seguito, queste ultime tre decisioni sopra descritte, che riguardano un “portafoglio di investimento” straniero, hanno aiutato a demolire un sistema diffuso in Europa per ridurre o eliminare la doppia imposizione sugli utili societari.

## 2. Le conseguenze delle sentenze della C. giust. CE

### 2.1. Le Conseguenze giuridiche

È evidente che la C. giust. CE ha adottato un concetto di discriminazione più ampio di quello che si trova nel diritto tributario internazionale e nel diritto del commercio internazionale, in particolar modo con riferimento alla esportazione degli investimenti. Infatti, un recente studio fatto da PricewaterhouseCoopers conclude che il sistema di tassazione delle società di tutti i venticinque membri dell’U.E. contiene norme che contrastano con la giurisprudenza della Corte<sup>70</sup>.

Le vittorie da parte degli Stati membri nelle cause riguardanti la tassazione societaria sono state rare<sup>71</sup>. In linea di massima le norme che violano le libertà previste dal Trattato CE possono essere giustificate sulla base di alcune necessità, come la coerenza interna dei sistemi fiscali degli Stati membri (normalmente definita “coesione” o “coerenza” secondo l’opinione della C. giust. CE) e il contrasto all’evasione fiscale. Nel passato, tuttavia, la Corte ha approvato raramente quei provvedimenti basati su tale giustificazione, sostenendo spesso che per tali finalità si potrebbero utilizzare strumenti meno invasivi (principio della proporzionalità)<sup>72</sup>. La C. giust. CE, tra l’altro, ha metodicamente rigettato le argomentazioni degli Stati membri basate sulla perdita di gettito e sull’erosione della base imponibile<sup>73</sup>, anche se una recente conclusione dell’Avvocato Generale ritiene che le conseguenze finanziarie possono essere rilevanti<sup>74</sup>.

Un forte contrasto alla discriminazione nei confronti del commercio tra gli Stati membri può apparire innocuo e addirittura benevolo, dato l’obiettivo di creare un unico mercato interno nell’U.E. Tuttavia, il requisito della non discriminazione è un approccio troppo lineare rispetto alle molteplici questioni in tema di pianificazione fiscale. Le

<sup>70</sup> Press Release, PricewaterhouseCoopers LLP, PricewaterhouseCoopers Study Shows All 25 EU Countries’ Tax Systems To Be in Breach of EU Law (Oct. 14, 2004), disponibile all’indirizzo internet <http://www.ukmediacentre.pwc.com/content/detail.asp?ReleaseID=1026&NewsAreaID=2>. Per una analisi più recente, v. *European Union: Fundamental Freedoms for Citizens, Fundamental Restrictions on National Tax Law*, 40 EUR. TAX’N (SPECIAL ISSU.E.) 3 (2000) (che identifica le norme di diritto interno che contrastano con la giurisprudenza della C. giust. CE).

<sup>71</sup> Una eccezione è la Sentenza 81/87, *The Queen contro HM Treasury*, 1988 E.C.R. 5483 (che approva la richiesta inglese affinché il governo consenta ad una società inglese che sposta la propria sede centrale di affari all’estero di essere cancellata dalla giurisdizione tributaria inglese).

<sup>72</sup> V. MASON, op.cit., 93-114.

<sup>73</sup> V. MASON, op.cit., 110.

<sup>74</sup> Sentenza C-475/03, *Banca Popolare di Cremona contro Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Mar. 17, 2005) (Conclusioni dell’Avvocato Generale Jacobs), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricerca “C-475/03”) (che prende in considerazione se un’imposta regionale sulla produzione (*N.d.T. IRAP*) riscossa in Italia sia compatibile con il divieto alle nazioni di imporre altri tributi della stessa natura dell’Imposta sul Valore Aggiunto); v. anche MICHAEL LANG, *The Marks & Spencer Case - The Open Issues Following the ECJ’s Final Word*, 46 EUR. TAX’N 54, 67 (2006) (che riflette su come la Sentenza Marks & Spencer sia stata motivata da considerazioni riguardanti il gettito erariale).

decisioni della C. giust. CE propongono, in teoria, delle barcollanti restrizioni alla libertà delle nazioni per giungere a quella che ci appare come la problematica giuridica centrale – si tratta, cioè, di restrizioni che sono fondamentalmente incoerenti con l'autonomia fiscale mantenuta dagli Stati membri tramite il loro diritto di veto sulla normativa tributaria Europea. In questa Sezione analizzeremo le conseguenze giuridiche della giurisprudenza della C. giust. CE, sia in retrospettiva sia come conseguenze future. Inizieremo con il mostrare come la Corte abbia scardinato un sistema, di vecchia data, utilizzato in molti Stati membri per evitare la doppia imposizione dei redditi societari. Analizzeremo quindi se gli Stati membri dell'U.E. sono ancora liberi di incoraggiare gli investimenti nazionali tramite agevolazioni fiscali e se sono ancora liberi di eliminare la doppia imposizione internazionale tramite il credito di imposta estero.

### 2.1.1 *La fine del meccanismo dell'Imputazione*

Fino a poco tempo fa molte nazioni dell'U.E. risolvevano il problema della doppia imposizione sugli utili societari (una prima volta in capo alla società e una seconda volta in capo ai soci nel momento in cui percepiscono il dividendo) prevedendo un credito d'imposta totale o parziale per i soci, in ragione dell'imposta sulle società precedentemente pagata e con riferimento all'utile societario distribuito come un dividendo<sup>75</sup>. Un incremento pieno di tale credito potrebbe portare, in definitiva, al risultato che il reddito societario sia tassato solo una volta, con l'aliquota del socio, perciò si dice che il reddito viene imputato ai soci<sup>76</sup>.

L'altra maggiore politica adottata per integrare i tributi dovuti dalla società con quelli dovuti dal socio è quella di una totale o parziale esenzione dei dividendi distribuiti al socio<sup>77</sup>. Un incremento pieno di tale esclusione potrebbe portare, in

<sup>75</sup> Per maggiori riflessioni riguardanti la strutturazione di un sistema fiscale integrato, vedere U.S. Dep't Of The Treasury, *Integration Of The Individual And Corporate Tax Systems: Taxing Business Income Once* (1992); ALVIN C. WARREN JR., *Am. Law Inst., Integration of the Individual and Corporate Income Taxes, Reporter's Study of Corporate Tax Integration* (1993); e MICHAEL J. GRAETZ & ALVIN C. WARREN JR., *Integration of Corporate and Individual Income Taxes: An Introduction*, 84 TAX NOTES 1767 (1999). I lavori appena citati sono raccolti in *Integration of the U.S. Corporate and Individual Income Taxes: the Treasury Department and American Law Institute Reports* (Michael J. Graetz & Alvin C. Warren Jr. eds., 1998) [d'ora in avanti *Treasury and Ali Integration Reports*].

<sup>76</sup> Prendiamo in considerazione una società che guadagna \$200, paga \$60 di imposta sulle società con una aliquota del 30%, e distribuisce il restante utile di \$140 per metà ad ognuno dei soci A e B, le cui aliquote sono 25% e 35%. Come mostrato nel riquadro qui sotto, l'imputazione totale trasforma l'imposta societaria in una ritenuta d'imposta, con ogni socio che riceve in definitiva lo stesso rendimento netto che avrebbe ricevuto se la sua parte del reddito societario fosse stato tassato in base alla propria aliquota:

Soci	A(25%)	B(35%)
1. Dividendi distribuiti ai soci	\$70	\$70
2. Reddito tassabile dei soci	\$100	\$100
3. Prima tassazione dei soci	\$25	\$35
4. Credito d'imposta	(\$30)	(\$30)
5. Tassazione finale del socio (3-4)	(\$5)	\$5
6. Ammontare netto del dividendo percepito dal socio (1-5)	\$75	\$65

Per evitare confusione, appare utile evidenziare come l'imputazione del credito ai soci è totalmente differente dal credito di imposta estero di cui abbiamo discusso sopra. Il precedente mira a ridurre la doppia imposizione sul reddito societario (spesso chiamata doppia imposizione economica) che può accadere in un singolo Stato, mentre la seconda mira a ridurre la doppia imposizione internazionale (che riguarda la tassazione in più di uno Stato). Le due forme di tassazione multipla convergono quando una società è tassata in un Paese e i suoi soci in un altro Paese.

<sup>77</sup> Una terza opzione, la deduzione dei dividendi, è generalmente rifiutata poiché estenderebbe automaticamente i benefici della integrazione ai soci esenti e stranieri. V. *Treasury and Ali Integration Reports*,

definitiva, al risultato che il reddito societario sia tassato solo una volta, con l'aliquota della società. In larga parte, come risultato delle sentenze in materia tributaria della C. giust. CE, l'adozione del sistema del credito d'imposta per i soci è stato recentemente abbandonato in Europa<sup>78</sup>, in alcuni casi anche prima che la C. giust. CE decidesse se questo meccanismo rappresentava una violazione, o meno, delle libertà previste dal Trattato. Per poter comprendere questo sviluppo è necessario spiegare due possibili complicazioni del sistema dell'imputazione.

Primo, un reddito societario non tassato complica l'imputazione in quanto il credito d'imposta per il socio presuppone che la società abbia pagato le imposte che vengono accreditate sulla percezione del dividendo. Piuttosto che richiedere ad ogni società di comunicare ad ogni socio l'ammontare di un credito d'imposta variabile per ogni divisione degli utili, il meccanismo Europeo dell'imputazione è stato quello di prevedere un credito *standard* e richiedere alla società di pagare un'imposta in compensazione sulla divisione degli utili se l'imposta societaria pagata precedentemente risultava minore dell'ammontare totale dei crediti disponibili per gli azionisti.

Secondo, il reddito di natura internazionale complica l'imputazione sia per gli investimenti in entrata sia per quelli in uscita<sup>79</sup>. La questione chiave riguardo agli investimenti in entrata è se il credito d'imposta del socio sia disponibile anche per gli investitori stranieri. Un Paese della fonte normalmente impone una unica aliquota (*flat-rate*), con una ritenuta d'imposta ("withholding taxes"), sui dividendi distribuiti a soci stranieri, poiché non vi è alcun modo per conoscere la complessiva situazione reddituale del socio. La prassi comune è stata quella di ridurre queste ritenute di imposta agli stessi livelli, bassi, tramite le Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione. Il reddito societario perciò verrebbe assoggettato ad una prima tassazione nel Paese della fonte (in ragione dell'esenzione o del credito di imposta estero in vigore nel Paese di residenza), mentre i dividendi che successivamente vengono distribuiti agli investitori stranieri verrebbero assoggettati ad una prima tassazione nel Paese di residenza (a causa di una riduzione della ritenuta d'imposta nel Paese della fonte). In tale situazione il metodo dell'imputazione raggiungerebbe una integrazione per gli investitori nazionali, mentre lasciamo alla negoziazione dei trattati la questione se il credito d'imposta per i soci debba essere esteso anche agli investitori stranieri.

Gli Stati si sono differenziati nella loro volontà o meno di aderire a quei trattati che estendono il credito d'imposta ai soci stranieri. La decisione più comune – quella di non estendere tali crediti agli investitori stranieri – crea la possibilità di favoritismi, da parte del Paese della fonte, nei confronti degli investitori nazionali, poiché le tasse societarie sui redditi nazionali si riunirebbero quando tale reddito viene distribuito ai soci nazionali, ma non quando viene distribuito ai soci stranieri.

Relativamente agli investimenti in uscita, la questione centrale è se le imposte estere pagate sul reddito societario prodotto all'estero possano ridurre le imposte del

op. cit., 251-53, 641.

<sup>78</sup> V., per esempio, RICHARD J. VANN, *General Report*, 88A Cahiers de Droit Fiscal International [Stud. Int'l Fiscal L.] 21 (2003).

<sup>79</sup> V. PETER A. HARRIS, *Corporate/Shareholder income Taxation and allocating taxing rights between countries* (1996); Treasury and Ali Integration Reports, op.cit., 12-14, 183-98, 735-63; HUGH J. AULT, *Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practices*, 47 TAX L. REV. 565 (1992); HUGH J. AULT, *International issues in Corporate Tax Integration*, 10 Law & Pol'y Int'l Bus. 461 (1978).



socio quando il reddito viene distribuito come dividendo. La tendenza è stata quella di ignorare le imposte straniere a livello societario quando si computano le imposte individuali del socio sui dividendi derivanti dal reddito estero. La distribuzione del reddito estero ai soci potrebbe dunque innescare una tassa di compensazione, arrivando alla possibilità di un pregiudizio da parte del Paese di residenza contro gli investimenti all'estero. Il reddito societario estero viene tassato nel Paese della fonte e generalmente beneficia o di una esenzione o di un credito di imposta estero nel Paese di residenza, ma tale reddito in genere viene tassato nuovamente quando viene distribuito ai soci come dividendo.

Il potenziale per favorire gli investitori e gli investimenti nazionali con il sistema dell'imputazione è stato sempre conosciuto e durante gli anni sono state proposte molte soluzioni negli studi fatti dalla Commissione<sup>80</sup>. L'unanimità necessaria, tuttavia, ha sempre precluso l'adozione di una particolare soluzione e gli Stati membri hanno iniziato a temere che i propri sistemi di imputazione venissero considerati dalla C. giust. CE come una violazione delle libertà previste dal Trattato CE. Dopo che la Corte stabilì nel 2000 che una esenzione per i dividendi nazionali doveva essere estesa ai dividendi provenienti dagli altri Stati membri<sup>81</sup>, la Commissione sostenne energicamente che anche l'imputazione violava le libertà previste dal Trattato<sup>82</sup>. Successivamente, nel 2004, la C. giust. CE alla fine bloccò il sistema di imputazione Finlandese poiché non prevedeva i crediti d'imposta per i soci finlandesi per le imposte societarie pagate ad altri Stati membri da società con sede in questi Stati membri<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> V. "Commission Staff Working Paper, Company Taxation in the Internal Market", SEC(2001) 1681 (Oct. 23, 2001), disponibile all'indirizzo internet [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/company\\_tax\\_study\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/company_tax_study_en.pdf) [d'ora in avanti "Working Paper on Company Taxation"] (che pur considerando la differenza di aliquote come la più importante distorsione della tassazione societaria in Europa, propone una armonizzazione della base imponibile); Comm'n of the Eur. Communities, Report of the Committee of Independent Experts on Company Taxation (Ruding Committee Report) (Mar. 1992) (che propone alcuni passaggi in successione per ridurre le distorsioni della tassazione societaria, includendo una aliquota minima e una base imponibile minima, e propone anche l'estensione dei crediti dell'imputazione ai redditi esteri); Proposta della Commissione per una Direttiva del Consiglio riguardante l'armonizzazione dei sistemi di tassazione societaria e di ritenute sui dividendi, 1975 O.J. (C 253) 2 (che propone un sistema di imputazione comune); A.J. VAN DEN TEMPEL, *Corporation Tax and Individual Income Tax in the European Communities* (EEC Comm'n, Approximation of Legislation Series No. 15, 1970) [d'ora in avanti "Van den Tempel Report"] (che propone un sistema comune di tassazione separata per le società e per i soci); EEC Comm'n, *The Development of a European Capital Market* (Segré Report) (Nov. 1966), disponibile all'indirizzo internet [http://europa.eu.int/comm/economy\\_finance/emu\\_history/documentation/chapter1/19661130en382\\_deveuro\\_capitm\\_a.pdf](http://europa.eu.int/comm/economy_finance/emu_history/documentation/chapter1/19661130en382_deveuro_capitm_a.pdf) (che propone che l'imputazione dei crediti venga stesa al reddito estero o ai soci stranieri); EEC Comm'n, Fiscal and Fin. Comm., Report on Tax Harmonization in the Common Market (Neumark Report) (July 8, 1962), ristampata in *Tax Harmonization in the Common Market* 7 (Commerce Clearing House, Inc. ed. & trans. 1963) (che propone un sistema di tassazione societaria con aliquote divise in base al quale le aliquote privilegiate verrebbero applicate ai guadagni distribuiti).

<sup>81</sup> Sentenza C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen*, 2000 E.C.R. I-4071.

<sup>82</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Europeo per gli affari economici e sociali, "Dividend Taxation of Individuals in the Internal Market", COM(2003) 810 final (Dec. 19, 2003).

<sup>83</sup> Sentenza C-319/02, *Caso Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477; V. anche la Sentenza E-1/04, *Fokus Bank ASA contro Norway*, [2005] 1 C.M.L.R. 10 (Eur. Free Trade Area Ct. Nov. 23, 2004), disponibile all'indirizzo internet [http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e\\_1\\_04decision-e.pdf](http://www.dinesider.no/customer/770660/archive/files/Decided%20Cases/2004/e_1_04decision-e.pdf) (che stabilisce che la mancanza da parte della Norvegia di riconoscere crediti per l'imputazione a soci tedeschi e inglesi di una società norvegese violava le norme sulla libera circolazione dei capitali previste dall'Accordo per l'Area Economica Europea, accordo che estende alcuni aspetti del mercato interno dell'U.E. anche all'Islanda, al Liechtenstein e alla Norvegia).

Le maggiori nazioni Europee avevano, comunque, già iniziato ad abbandonare i loro sistemi d'imputazione anticipando la decisione negativa della C. giust. CE. La legislazione entrata in vigore nel 2001 sostituì il sistema di imputazione tedesco con una esclusione per i soci pari alla metà dei dividendi percepiti, sia che provenissero dalla Germania sia che provenissero dall'estero, includendo anche i Paesi al di fuori dell'U.E. Mentre alcuni analisti politici hanno appoggiato tale cambiamento sulla base dello sviluppo della Giurisprudenza della C. giust. CE, altri si sono opposti in quanto il risultato di una parziale doppia imposizione sugli utili societari era economicamente dannosa per la Germania<sup>84</sup>. Il Regno Unito aveva eliminato gran parte del suo sistema d'imputazione con la legislazione in vigore già dal 1999, che però aveva mantenuto la forma di un credito di imposta per i soci al fine di non violare alcune norme della Convenzione contro la doppia imposizione tra Regno Unito e Stati Uniti<sup>85</sup>. Da allora queste norme della Convenzione sono state eliminate, così alcuni studiosi ora prevedono una versione più trasparente della legislazione inglese, che eliminerà il credito per i soci, anche solo come un questione di forma<sup>86</sup>. Infine, la Francia e l'Italia hanno adottato, entrambe nel 2003, una norma che sostituisce i propri sistemi di imputazione con una parziale esclusione dei dividendi per i soci<sup>87</sup>. Al tempo in cui scriviamo solo pochi degli Stati membri dell'U.E. hanno ancora sistemi d'imputazione; la maggior parte ha adottato un meccanismo di esclusione dei dividendi<sup>88</sup>.

Il crollo dei sistemi di imputazione in Europa sarebbe stato abbastanza rilevante se questo fosse stato una conseguenza di una esplicita decisione della C. giust. CE che rispecchiava il consenso comune sul fatto che la discriminazione nei confronti del commercio internazionale era una caratteristica insita di tali sistemi. Tuttavia molti Stati membri abrogarono la propria legislazione, ormai datata, già prima di una decisione definitiva della C. giust. CE. Inoltre, l'Avvocato Generale indicò infine, nella causa *In re Manninen*, che "l'imputazione potrebbe ben conformarsi con le libertà previste dal Trattato se venissero fatte alcune modifiche"<sup>89</sup>.

Qui non discuteremo sul fatto che il sistema del credito per i soci sia necessariamente migliore come mezzo per eliminare la doppia imposizione del reddito societario

<sup>84</sup> V. KLAUS EICKER, *EC Tax Scene: Germany Introduces a 'Classical' System of Corporate Taxation in Order To Meet European Requirements*, 28 *Intertax* 453 (2000); STEPHAN EILERS & HOLGER HÄUSELMANN, *German Tax Reform 2001*, *Derivatives Rep.*, Oct. 2000, at 1; DIETER ENDRES & ANDREAS OESTREICHER, *2001 Tax Reform in Germany - Planning for a New Era*, 28 *Intertax* 408 (2000); KLAUS SIEKER, *The German Reduction Tax Act 2001*, 30 *Tax Mgmt. Int'l J.* 115 (2001).

<sup>85</sup> V. MALCOLM GAMMIE, *UK Imputation, Past, Present and Future*, 52 *Bull. Int'l Fiscal Documentation* 429 (1998).

<sup>86</sup> V. VANN, *op. cit.*, 50.

<sup>87</sup> ERIC BERENGIER, *France Amends Treatment of Dividend Distributions*, 38 *Tax Notes Int'l* 467 (2005); GIANLUCA QUEIROLI, *Italy's Dividends Tax Treatment: A Chance of Harmonization*, 35 *Tax Notes Int'l* 535 (2004).

<sup>88</sup> Austria, Malta, Spain, and the United Kingdom retain some version of imputation. *European Tax Handbook 2005*, at 56, 464, 613, 725 (Juhani Kesti ed., 16th ed. 2005). Nel 2003, gli Stati Uniti hanno esteso ai dividendi una aliquota privilegiata sui capital gains, che ha lo stesso effetto di una esclusione parziale. V. I.R.C. § 1(h)(11) (West Supp. 2005).

<sup>89</sup> Sentenza C-319/02, *Caso Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477, ¶ 80 (Mar. 18, 2004) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott). Per una recente discussione sui metodi per ridurre i pregiudizi contro gli investimenti internazionali nel contesto del sistema di imputazione australiano, v. C. JOHN TAYLOR, *Alternative Treatments for Foreign Source Income in Australia's Dividend Imputation System*, 20 *AUSTL. TAX F.* 189 (2005).

rispetto al meccanismo della esclusione dei soci<sup>90</sup>. La scelta riguarda in gran parte il compromesso tra innovazione e semplicità. Un credito applicherebbe al reddito di natura societaria l'aliquota marginale del socio, mentre l'esclusione eviterebbe le numerose problematiche dell'imputazione. La scelta quindi ci appare essenzialmente come una scelta legislativa. La nostra opinione è che considerare la non discriminazione quale unico criterio per una tale scelta, necessariamente annulla qualsiasi considerazione sull'efficienza, sulla giustizia e sulla amministrabilità, considerazioni che dovrebbero essere tenute presenti nelle complesse decisioni di politica fiscale. Neanche neghiamo la possibilità che alcuni Paesi possano aver usato lo spettro dell'azione della C. giust. CE come copertura per abrogare l'imputazione per altri motivi; anche questa evenienza dimostrerebbe la portata della giurisprudenza della C. giust. CE.

### 2.1.2 Il futuro delle agevolazioni fiscali e la doppia imposizione internazionale

Il crollo dell'imputazione è foriero di altre profonde conseguenze per la normativa fiscale rivolta alle imprese degli Stati membri? Partiamo da questa domanda per riflettere sui possibili effetti delle decisioni della C. giust. CE nell'ambito di due ulteriori aspetti relativi alla tassazione societaria: le agevolazioni per gli investimenti nazionali e l'eliminazione della doppia imposizione internazionale.

Stimolata dal successo di *Silicon Valley*, la Francia ha recentemente annunciato la creazione di 67 "pôles de compétitivité", ossia siti regionali in cui gli sforzi della ricerca pubblica e privata si uniscano per raggiungere il massimo in specifici settori dell'attività d'impresa<sup>91</sup>. Il governo francese ha promesso una sovvenzione di almeno un miliardo e mezzo di euro per tre anni, inclusa una riduzione dell'imposta sulle società e per i contributi di sicurezza sociale per i partecipanti.

Le riduzioni fiscali previste per questi luoghi, che si trovano tutti in Francia, sono compatibili con quanto è stato stabilito dalla giurisprudenza della C. giust. CE? In aggiunta alle sentenze sopra menzionate, consideriamo che la Corte ha recentemente considerato incompatibile quella legislazione francese che prevedeva un credito di imposta per la ricerca, ma lo limitava alla ricerca condotta in Francia<sup>92</sup>. Riguardo alla Commissione, questa ha fatto presente che l'Europa ha bisogno di ulteriori investimenti nella ricerca<sup>93</sup>, ma allo stesso tempo la Commissione ha anche richiesto

<sup>90</sup> In un precedente articolo riguardante l'imposta societaria statunitense, uno di noi ha favorito il sistema dei crediti, mentre l'altro ha preferito il sistema delle esclusioni. V. Treasury and Ali Integration Reports, op. cit., 7-8, 77-96, 637-90.

<sup>91</sup> SOPHIE FAY & FRANÇOIS GROSRICHARD, *67 pôles de compétitivité pour dessiner une nouvelle France industrielle*, Le Monde, July 13, 2005, 8.

<sup>92</sup> Sentenza C-39/04, Laboratoires Fournier SA contro Direction des vérifications nationales et internationales, 2005 E.C.R. I-2057; v. anche la Sentenza C-242/03, Ministre des Finances contro Weidert, 2004 E.C.R. I-7379 (che ha invalidato una deduzione fiscale del Lussemburgo per la costituzione o l'allargamento delle Società per Azioni nazionali, ma non per quelle straniere).

<sup>93</sup> Press Release, European Comm'n, Why Europe Needs Research Spending (June 9, 2005), disponibile all'indirizzo internet <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/05/199>; V. anche LÁSZLÓ KOVÁCS, *European Comm'r for Taxation and Customs, EU Tax Policy and Its Implications for Ireland, Speech to European Movement Ireland*, 12 (Feb. 24, 2006), disponibile all'indirizzo [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kovacs/speeches/speech\\_dublin.pdf](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kovacs/speeches/speech_dublin.pdf) ("The Commission will issue a communication. proposing a common framework relating to R&D tax incentives [that] will set out the constraints of Community law and identify best practices.")

formalmente alla Spagna di modificare la propria norma sulle deduzioni fiscali per la ricerca e lo sviluppo, poiché in base a tale normativa la ricerca al di fuori del territorio spagnolo è soggetta ad alcune limitazioni che non vengono applicate per la ricerca effettuata in Spagna<sup>94</sup>. (Tali richieste formali vengono normalmente avanzate prima di avviare un'azione dinanzi alla C. giust. CE). La forza del punto di vista negativo della Commissione, relativamente a quelle agevolazioni fiscali che sono limitate al territorio dello Stato membro, è illustrata meglio, probabilmente, in una questione non in materia societaria, in cui la C. giust. CE ha tentato di invalidare una norma della Germania che prevedeva una deduzione dal reddito per alcune spese scolastiche, ma tale deduzione era applicabile esclusivamente per le scuole situate in Germania<sup>95</sup>. La Commissione ritenne che tale restrizione rappresentava uno svantaggio per la fornitura di servizi da parte di scuole straniere, mettendo in una condizione peggiorativa i genitori che desideravano far istruire i loro figli in un altro Stato membro.

La posizione della Commissione rispetto agli incentivi fiscali per lo sviluppo economico viene complicata dalla sua funzione di far valere le norme del Trattato, le quali proibiscono gli Aiuti di Stato alle imprese private in quanto incompatibili con un unico mercato Europeo, ma che riconoscono anche che alcuni aiuti di carattere regionale possono essere appropriati<sup>96</sup>. L'esercizio della discrezionalità della Commissione per far coesistere queste posizioni è, naturalmente, soggetta all'interpretazione che la C. giust. CE stabilisce per le libertà previste dal Trattato<sup>97</sup>. In materia fiscale la Commissione ha elaborato una distinzione molto confusa tra le norme che sono normalmente applicabili e quelle che invece rappresentano una eccezione, considerando solo queste ultime come un Aiuto di Stato e quindi vietate<sup>98</sup>. Due esempi recenti sull'uso da parte

<sup>94</sup> Press Release, European Comm'n, Direct Taxation: Commission Requests Spain To Amend Laws Incompatible with the EC Treaty (July 14, 2005), disponibile ad <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/933>.

<sup>95</sup> Press Release, European Comm'n, Commission Decides To Refer Germany to Court Concerning Tax Deductions for School Fees (July 15, 2005), disponibile all'indirizzo <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/946>; v. anche Press Release, European Comm'n, Commission Refers Sweden to Court over Discriminatory Rules on Capital Gains Tax Relief on Home Sales (Dec. 16, 2005), disponibile all'indirizzo <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1621> (concludendo che la "posticipazione" del profitto derivante dalla vendita di una casa violava le libertà del Trattato in quanto era condizionato all'acquisto di un'altra casa in Svezia).

<sup>96</sup> TRATTATO CE, art. 87; v. anche RAYMOND H.C. LUJA, *Assessment and Recovery of Tax Incentives in the EC and the WTO*, 77-80 (2003).

<sup>97</sup> V., per esempio, la Sentenza C-156/98, Germany contro Comm'n, 2000 E.C.R. I-6857 (che a ritenuto corretto il rifiuto della Commissione per una concessione su una tassa regionale, dopo l'unificazione della Germania, da applicare ad alcuni dei territori della ex-Germania dell'Est sulla base del fatto che l'aiuto di Stato violava la libertà di stabilimento poiché l'Aiuto era limitato ai contribuenti che avevano la sede principale in quella regione).

<sup>98</sup> *Commission Notice on the Application of the State Aid Rules to Measures Relating to Direct Business Taxation*, 1998 O.J. (C 384) 3, ¶ 13 (che prevede alcuni esempi di provvedimenti di carattere generale come le aliquote fiscali, gli strumenti per prevenire la doppia imposizione o per prevenire l'evasione fiscale, e le misure per perseguire gli obiettivi di politica economica in generale, come lo sviluppo e la ricerca). La distinzione tra provvedimenti generali e eccezioni si basa sulla lettera della norma di cui all'art. 87 del Trattato CE che vieta gli Aiuti di Stato "che favoriscono alcune imprese o la produzione di determinati beni". V. WOLFGANG SCHÖN, *Taxation and State Aid Law in the European Union*, 36 COMMON MKT. L. REV. 911, 916-17 (1999) (il quale compara l'ambito delle Quattro libertà con quello delle norme sugli Aiuti di Stato). Questa distinzione tra normative generali ed eccezioni è anche normalmente utilizzata per formulare i bilanci delle "Tax expenditures" (N.d.T. letteralmente "spese fiscali", ma si tratta di una lista di elementi impositivi e agevolativi), i quali, anche se pubblicati da numerosi Paesi, restano discutibili. V., per esempio, MICHAEL J. GRAETZ & DEBORAH H. SCHENK, *Federal Income Taxation: Principles and Policies* 41-56 (5th ed. 2005).

della Commissione della propria autorità in tema di Aiuti di Stato per invalidare gli incentivi di natura fiscale, sono la sua attuale attività di indagine sull'esenzione che il Lussemburgo garantisce per le società finanziarie e per le *holding* (agevolazioni in vigore fin dal 1929) e la sua decisione di condizionare preliminarmente l'approvazione dei *pôles de compétitivité* ad un impegno da parte della Francia affinché le deduzioni dall'imposta societaria non superino un determinato importo considerato di minimo valore (*N.d.T. c.d. Regola de minimis, in base alla quale al di sotto di una determinata soglia quantitativa, gli aiuti possono essere erogati alle imprese senza che l'ente erogatore notifichi lo strumento alla Commissione Europea, notifica che altrimenti sarebbe obbligatoria*) (€ 100.000 per contribuente e per anno)<sup>99</sup>.

Non diamo una opinione sul fatto che gli incentivi sulle imposte societarie, come quelli per i *pôles de compétitivité* francesi, possano o meno superare l'appello sia nei confronti della normativa sugli Aiuti di Stato sia nei confronti delle libertà previste dal Trattato, ma pensiamo che sia doveroso concludere che i vantaggi di natura fiscale che ne derivano sono fondamentalmente incompatibili con la logica delle sentenze della C. giust. CE, che ha invalidato quelle norme tributarie che favoriscono la produzione nazionale. Infatti crediamo che gli Stati membri potranno alla fine scoprire che la loro libertà, nell'utilizzare una molteplicità di provvedimenti fiscali per stimolare lo sviluppo dell'economia nazionale, è stata enormemente vincolata dalla giurisprudenza della C. giust. CE.

Abbiamo precedentemente illustrato che esistono comunemente due metodi utilizzati da parte di un Paese di residenza per ridurre la doppia imposizione internazionale, previsti dalle leggi nazionali e dalle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione: l'esenzione del reddito straniero e il credito d'imposta estero. Appena le sentenze della C. giust. CE hanno scardinato l'opzione del credito per i soci quale strumento per ridurre la doppia imposizione economica sul reddito societario, alcuni fra i principali analisti europei ora discutono sul fatto che quelle sentenze elimineranno anche l'opzione del credito di imposta estero utilizzato per ridurre la doppia imposizione internazionale.

Come abbiamo illustrato nella nostra riflessione sulla sentenza *Marks & Spencer*, i Paesi di residenza che hanno scelto di adottare l'opzione del credito di imposta estero normalmente non tassano gli utili delle filiali delle società nazionali fintanto che tali utili non vengono rimpatriati come dividendo della società madre. Questa caratteristica di differimento della tassazione internazionale crea la possibilità per l'evasione fiscale, poiché i guadagni possono essere lasciati crescere all'estero in un investimento sicuro in un sistema a bassa fiscalità, o a fiscalità nulla. In risposta molte nazioni hanno adottato norme per le "*Controlled Foreign Corporation*" (CFC) che impongono la tassazione applicata per le società madri anche ai redditi per gli investimenti passivi

<sup>99</sup> Press Release, European Comm'n, State Aid: Commission Opens Formal Investigation into Luxembourg's 1929 Tax-Exempt Holdings (Feb. 8, 2006), disponibile all'indirizzo [http://europa.eu.int/rapid/press\\_ReleasesAction.do?reference=IP/06/132](http://europa.eu.int/rapid/press_ReleasesAction.do?reference=IP/06/132); Letter from Neelie Kroes, European Comm'n, to Michel Barnier, Foreign Minister, France ¶¶ 14, 32 (Jan. 19, 2005), disponibile ad [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/comp-2004/n407-04.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2004/n407-04.pdf) (riguardanti il "[r]égime d'aide que la France envisage de mettre à exécution en faveur des projets de R&D dans les pôles de compétitivité"). Le riduzioni per la sicurezza sociale sono state approvate in quanto rientravano in una eccezione limitata alla ricerca e allo sviluppo.

guadagnati dalle filiali straniere<sup>100</sup>. Le società madri normalmente non sono tassate sugli utili non distribuiti delle filiali nazionali, per tale ragione è stato chiesto alla C. giust. CE di invalidare il regime delle CFC poiché si applica esclusivamente alle filiali straniere<sup>101</sup>. Data l'importanza di queste norme anti-evasione, la questione ha avuto una grande risonanza in Europa<sup>102</sup>. Se le norme sulle CFC dovessero essere annullate, alcuni studiosi ritengono che il regime del credito di imposta estero non potrà essere mantenuto, poiché la tassazione del reddito estero verrebbe minata da un differimento indefinito di tale tassazione<sup>103</sup>.

Una questione ancora più diretta del fatto che il credito di imposta estero per ridurre la doppia imposizione sia incompatibile con le libertà previste da Trattato, è che tale credito impedisce ad una società residente in uno Stato a tassazione elevata di beneficiare di una tassazione minore all'estero<sup>104</sup>. Tale risultato è molto probabilmente l'estensione logica della posizione del contribuente nella sentenza *Marks & Spencer*, nel senso che un Paese di residenza non può interferire con la libertà, per le proprie società residenti, di investire all'estero<sup>105</sup>.

Esiste, tuttavia, un problema fondamentale in questa riflessione. Consideriamo il commercio tra un Paese ad alta tassazione (HIGH) ed un Paese a bassa fiscalità (LOW), ognuno con un'impresa coinvolta solo nel commercio nazionale (Hd – *High Domestic* – e Ld – *Low Domestic*), e un'impresa coinvolta solo nel commercio all'estero (Hf – *High Foreign* – e Lf – *Low Foreign*). Come illustrato nello schema, la non discriminazione nei confronti dei produttori stranieri e della produzione straniera (o neutralità per l'importazione e l'esportazione dei capitali) in un esempio così semplice richiede un trattamento paritario delle due società in ognuno dei Paesi.

**Figura 1.** - Parità di trattamento fiscale

	High	Low
La non discriminazione nei confronti dei produttori stranieri richiede che:	Hd = Lf	Ld = Hf
La non discriminazione nei confronti della produzione straniera richiede che:	Hd = Hf	Ld = Lf

<sup>100</sup> Per esempio, I.R.C. subpt. F (2000).

<sup>101</sup> Per esempio, Sentenza C-196/04, Cadbury Schweppes plc contro Comm'rs of Inland Revenue (filed Apr. 29, 2004).

<sup>102</sup> V., per esempio, CFC Legislation, Tax Treaties and Ec Law (Michael Lang et al. ed., 2004); BIRGITTA GLAD, *New Challenges to CFC Legislation in Norway—Developing EC Law*, 34 Tax Notes Int'l 843 (2004); MARJANA HELMINEN, *Is There a Future for CFC-Regimes in the EU?*, 33 Intertax 117 (2005); RAYMOND H.C. LUJA, *Tax Treaties and State Aid: Some Thoughts*, 44 Eur. Tax'n 234 (2004); ANDERS RUBINSTEIN & NIKOLAJ BJORNHOLM, *News Analysis: Do the Lenz and Manninen Decisions Invalidate Danish Dividend and CFC Taxation?*, 36 Tax Notes Int'l 286 (2004).

<sup>103</sup> Per esempio, MALCOLM GAMMIE, *The Role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, 57 Bull. Int'l Fiscal Documentation 86, 96 (2003).

<sup>104</sup> V. PETER J. WATTEL, *Home Neutrality in an Internal Market*, 36 Eur. Tax'n 159 (1996) (che riflette sul fatto che il credito di imposta estero è incompatibile con l'idea di un mercato comune). Ma v. la Sentenza C-336/96, Gilly contro Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, 1998 E.C.R. I-2793 (che non ha invalidato la limitazione al credito di imposta estero nella Convenzione Francia-Germania, come veniva applicata al reddito da lavoro dei lavoratori transfrontalieri).

<sup>105</sup> LEE A. SHEPPARD, *Responding to Marks & Spencer, or Not*, 104 Tax Notes 1489, 1490-92 (2004) (il quale riferisce i commenti di Malcolm Gammie).

Data la sovrapposizione della giurisdizione del Paese della fonte e del Paese della residenza, vi sono tre società potenzialmente soggette a tassazione in ciascuna nazione: Hd, Hf e Lf nel Paese ad elevata tassazione; Ld, Lf e Hf nel Paese a bassa tassazione. Finché i due Paesi avranno una diversa aliquota e una diversa base imponibile, comunque, non vi è modo per arrivare ad una parità di trattamento della tassazione finale.

Consideriamo le società solamente nazionali, Hd e Ld. Come mostrato nello schema, ciascuna deve sopportare lo stesso onere che sopportano Lf e Hf ( $Hd = Lf$  e  $Ld = Hf$ ), il che significa che anche Hd e Ld devono sopportare lo stesso onere tributario, implicando quindi uno stesso livello di tassazione sia nel Paese ad alta fiscalità sia nel Paese a bassa fiscalità, il che è impossibile.

Questo risultato spesso è espresso come l'impossibilità di realizzare la neutralità sia nell'esportazione sia nell'importazione dei capitali. Uno di noi ha in precedenza considerato tale questione come un inconciliabile conflitto fra tre semplici principi nel contesto della tassazione degli Stati Uniti per le transazioni internazionali:

*Primo Principio:* I cittadini dovrebbero pagare le stesse tasse sui propri redditi, senza tener conto del Paese in cui tale reddito è prodotto; in particolare, i contribuenti degli Stati Uniti dovrebbero ricevere lo stesso trattamento senza tener conto della fonte del proprio reddito.

*Secondo Principio:* Tutti gli investimenti negli Stati Uniti dovrebbero sopportare lo stesso onere, senza tener conto del fatto che la persona che effettua l'investimento sia statunitense o straniera.

In altre parole gli investimenti e le attività possedute negli Stati Uniti e all'estero dovrebbero essere trattati in modo paritario.

*Terzo Principio:* Gli Stati nella loro sovranità dovrebbero essere liberi di fissare le proprie aliquote e di cambiarle, a seconda dell'esigenza della propria situazione economica<sup>106</sup>.

La difficoltà principale è che i primi due principi possono essere applicati simultaneamente in due o più Stati solo se il reddito è tassato nello stesso modo (ad esempio con le stesse aliquote e la stessa base imponibile) in tutti questi Paesi, il che precluderebbe il terzo principio.

I conflitti che sottolineano una tale impossibilità di risultato potrebbero creare delle inconciliabili istanze di discriminazione. Prendiamo in considerazione ora il caso di Hf quando il Paese a tassazione elevata cerca di ridurre la doppia imposizione internazionale con un credito d'imposta estero. A differenza di Ld, Hf pagherà tasse maggiori al Paese a tassazione elevata sui suoi redditi prodotti nel Paese a bassa fiscalità al fine di raggiungere una parità con Hd. Come detto precedentemente, Hf può descrivere la sua situazione in termini di discriminazione nei confronti del commercio internazionale, osservando che pagherà tasse più elevate di Ld unicamente per il fatto che ha operato nel commercio internazionale, mentre Ld ha operato nel commercio nazionale. Da questo punto di vista la giurisprudenza della C. giust. CE molto probabilmente richiede al Paese a fiscalità elevata di sostituire il suo credito di imposta estero con una esenzione per il reddito prodotto all'estero, al fine di permettere ad Hf

<sup>106</sup> GRAETZ, *op. cit.*, 272 n. 36.

di competere nel Paese a bassa fiscalità sullo stesso piano di Ld<sup>107</sup>. Portato ad una logica estrema, tale aspetto della non discriminazione dovrebbe implementare pienamente la neutralità per l'importazione dei capitali permettendo soltanto la tassazione nello Stato della fonte ed eliminando la giurisdizione dello Stato di residenza sul reddito internazionale all'interno dell'U.E.<sup>108</sup>

D'altra parte, un discorso concettualmente parallelo potrebbe essere fatto riguardo a Lf, che a differenza di Ld è obbligato a pagare le tasse più gravose al Paese a fiscalità elevata, prescindendo dal suo status giuridico di società residente nel Paese a bassa fiscalità<sup>109</sup>. L'idea qui sarebbe quella che al Paese a fiscalità elevata non dovrebbe essere permesso di interferire con la scelta della società, che è residente nel Paese a bassa fiscalità, tra produzione nazionale o straniera, attraverso l'imposizione di tasse più gravose alla società Lf quando questa sceglie di esercitare la propria attività nel commercio al di fuori del proprio Stato di residenza. Da questo punto di vista le società si porterebbero dietro lo *status* fiscale del proprio Paese di residenza, con le proprie aliquote, ovunque vadano ad operare nell'U.E. Un tale risultato sarebbe compatibile con le sentenze della C. giust. CE tipo la sentenza *Cassis de Dijon*, che prevede che gli Stati membri accettino i prodotti che soddisfano i requisiti necessari previsti nello Stato membro di esportazione, ma non nello Stato membro di importazione<sup>110</sup>. Riguardo alla Commissione, questo approccio sarebbe compatibile con la sua proposta di sperimentare una "tassazione dello Stato di residenza", la quale permetterebbe ad alcune piccole società di calcolare il proprio reddito tassabile in Europa in base alle norme tributarie del proprio Paese di origine a partire dal 2007<sup>111</sup>. Questo approccio sarebbe inoltre compatibile con la proposta avanzata dalla Commissione in base alla quale il fornitore di servizi normalmente sia soggetto alle norme solo del proprio Paese

<sup>107</sup> V. WATTEL, *op. cit.*

<sup>108</sup> V., per esempio, JIMÉNEZ, *op. cit.*, 283 (che conclude nel senso che solamente la tassazione nel Paese della fonte è compatibile con le libertà previste dal Trattato).

<sup>109</sup> V. IAN ROXAN, *Assuring Real Freedom of Movement in EU Direct Taxation*, 63 Mod. L. Rev. 831, 873 (2000) (il quale ritiene che la libertà di movimento preferirebbe la tassazione nel Paese di residenza); v. anche CORDEWENER ET AL., *op. cit.*, 224-26 (il quale ritiene che l'esenzione può essere invalidata in quanto precluderebbe la deduzione delle perdite straniere); HOWARD M. LIEBMAN & OLIVIER ROUSSELLE, *Discriminatory Treatment of Dividends in the European Union: Is the End Near?*, 39 Tax Notes Int'l 143 (2005) (il quale spiega che il credito di imposta estero è richiesto per le trattenute effettuate all'estero al fine di assicurare che la totalità della tassazione sui dividendi esteri percepiti non sia più elevata della tassazione sui dividendi nazionali); LUJA, *op. cit.*, 235 (il quale ritiene che l'esenzione possa essere invalidata in quanto rappresenta una sorta di Aiuto di Stato se tale esenzione è resa disponibile solo in forza di una Convenzione bilaterale contro la doppia imposizione).

<sup>110</sup> Sentenza 120/78, *Rewe-Zentral AG contro Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, 1979 E.C.R. 649; v. anche la Sentenza C-250/95, *Futura Participations SA contro Administration des contributions*, 1997 E.C.R. I-2471 (che citando la *Cassis de Dijon*, ha sostenuto che assoggettare le società non lussemburghesi che operano a Lussemburgo agli stessi obblighi contabili delle società lussemburghesi rappresentava un onere eccessivo e violava le libertà del Trattato); Sentenza 8/74, *Procureur du Roi contro Dassonville*, 1974 E.C.R. 837.

<sup>111</sup> *Commission Non-Paper to Informal Ecofin Council, Home State Taxation for Small and Medium-Sized Enterprises* (July 7, 2004), disponibile all'indirizzo [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/HST\\_Non-Paper\\_EN.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/HST_Non-Paper_EN.pdf). Per come è attualmente formulata, la tassazione del Paese di residenza applicherebbe la base imponibile del Paese di residenza, ma non la sua aliquota. Un reddito totalmente europeo di una società verrebbe calcolato secondo la legislazione del Paese di residenza e distribuito agli Stati membri sulla base di una formula, una sorta di libro paga delle società per ogni Paese, con l'aliquota di ogni Stato membro che viene applicata al propria parte di reddito attribuito.



di origine<sup>112</sup>. Portato alla sua estrema logica, questa ottica di non discriminazione implementerebbe pienamente la neutralità della esportazione dei capitali permettendo la tassazione nel solo Paese di residenza ed eliminando la giurisdizione del Paese della fonte, all'interno dell'U.E.<sup>113</sup>

Il problema su cui riflettere, ossia che il credito di imposta estero (e la tassazione nel Paese di residenza) rappresenti una discriminazione, dovrebbe ora essere evidente. Semplicemente non ci sono questioni di principio per preferire questa argomentazione rispetto a quella opposta, che considera come discriminatoria l'esenzione del reddito straniero (e la tassazione del Paese della fonte)<sup>114</sup>. Osservando la questione da un punto di vista più generale, il proibire la discriminazione in base al Paese di destinazione è in definitiva incompatibile con il proibire la discriminazione in base al Paese di origine. Una tale indeterminatezza conferma i limiti della non discriminazione quale strumento per risolvere le problematiche fondamentali della tassazione internazionale. Il nocciolo della questione, in tema di politica fiscale, è la divisione della base imponibile tra i Paesi della fonte e della residenza, ma la soluzione a tale problema è dipesa dal compromesso e da esigenze pratiche piuttosto che sulla base di qualche brillante principio<sup>115</sup>. Porre delle regole per una tale divisione di base imponibile attraverso l'analisi del principio di non discriminazione in definitiva porta ad un risultato incoerente.

Finora noi abbiamo preso in considerazione le implicazioni logiche di un approccio forte della C. giust. CE nei confronti della non discriminazione.

Esistono degli approcci più moderati che la Corte potrebbe adottare e che, essendo meno di impatto, non sarebbero soggetti ad una impossibilità di risultato? Ne considereremo brevemente due.

La nostra analisi, come anche quella della Corte, ha osservato le quattro libertà come una protezione dei contribuenti nei confronti di una maggiore tassazione del reddito transnazionale rispetto al reddito nazionale. Un approccio più circoscritto sarebbe quello di guardare alle quattro libertà solo come una preclusione, per gli Stati membri, dal tassare più gravemente il reddito che attraversa i propri confini rispetto

<sup>112</sup> V. *Commission Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Services in the Internal Market*, COM (2004) 2 final/3 (Mar. 5, 2004). Senza tener conto delle limitazioni del principio del Paese di origine, questa proposta ha giocato un ruolo nella campagna contro la Costituzione europea in Francia, dove è stato detto che i fornitori di servizi stranieri, simbolizzati da un idraulico Polacco, avrebbero lavorato in Francia senza doversi attenere alla legislazione francese.

<sup>113</sup> È stato anche sostenuto che l'esenzione del reddito straniero può violare le norme dei trattati commerciali che proibiscono i sussidi alle esportazioni. REUVEN S. AVI-YONAH, *Treating Tax Issues Through Trade Regimes*, 26 BROOK. J. INT'L L. 1683, 1688 (2001).

<sup>114</sup> Cfr. FRANS VANISTENDAEL, *Marché interne et souveraineté fiscale*, in *Regards Critiqu.E.S et Perspectives sur le Droit et la Fiscalité* 255, 267 (Cyrille David ed., 2005) (il quale sostiene che l'esistenza simultanea dei sistemi di credito e di esenzione è incompatibile con il mercato unico previsto dal Trattato CE, ma che la C. giust. CE non ha l'autorità per scegliere tra i due sistemi).

<sup>115</sup> Dagli anni '20, il tipico compromesso trovato nelle Convenzioni bilaterali, con riferimento ai redditi di natura societaria, è che i Paesi di residenza rinviano ai Paesi della fonte, con riferimento al reddito d'impresa delle società, attraverso il meccanismo del credito di imposta estero o dell'esenzione del reddito straniero, mentre i Paesi della fonte rinviano ai Paesi della residenza, con riferimento al reddito derivante dai dividendi distribuiti ai soci, attraverso la riduzione o l'eliminazione delle ritenute sui dividendi distribuiti ai soci stranieri. V. MICHAEL J. GRAETZ & MICHAEL M. O'HEAR, *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, 46 DUKE L.J. 1021 (1997); v. anche RICHARD M. BIRD & J. SCOTT WILKIE, *Source- vs. Residence-Based Taxation in the European Union: The Wrong Question?*, in *Taxing Capital Income in the European Union* 78 (Sijbren Cnossen ed., 2000) (il quale ritiene che "fonte" e "residenza" non sono principi particolarmente utili per stabilire la giurisdizione tributaria).

a quel reddito che non attraversa i propri confini<sup>116</sup>. La differenza fondamentale tra questi due approcci è che il secondo non terrebbe conto della situazione fiscale vigente nell'altro Stato. La teoria più rigida di questo approccio determinerebbe se una norma tributaria sia, o meno, neutrale con riferimento agli investimenti in entrata e in uscita, sull'assunto che entrambi i Paesi abbiano lo stesso sistema fiscale e le stesse aliquote<sup>117</sup>. Per usare il linguaggio convenzionale della tassazione internazionale, agli Stati membri verrebbe richiesto solo di applicare la neutralità dell'importazione di capitali agli investimenti in entrata e la neutralità dell'esportazione di capitali agli investimenti in uscita. In questa ottica, tassare i produttori stranieri con una aliquota maggiore rispetto ai produttori nazionali sarebbe vietato, così come sarebbe vietato un credito d'imposta per gli investimenti o altri vantaggi fiscali applicati alla produzione nazionale ma non a quella straniera. Tuttavia le distorsioni risultanti dalla interazione dei sistemi fiscali nazionali non verrebbero eliminate, poiché l'azione di uno Stato membro verrebbe portata avanti senza tener conto della situazione fiscale nell'altro Stato membro.

Mentre in passato si sarebbe potuto discutere su tale approccio, oggi le sentenze della C. giust. CE di cui abbiamo trattato indicano che la Corte non ritiene di essere soggetta a nessun tipo di limitazione, e forse non lo è mai stata<sup>118</sup>.

Consideriamo di nuovo la sentenza *Marks & Spencer*, nella quale la Corte ha affermato che il fatto che le limitazioni nello Stato di residenza sulle compensazioni delle perdite estere sia, o meno, discriminatorio dipende dal fatto che sia, o meno, consentito di effettuare le deduzioni per tali perdite nello Stato della fonte<sup>119</sup>. Oppure guardiamo anche la sentenza *Manninen*, la quale ha fatto venir meno il sistema di imputazione finlandese poiché la Finlandia non garantiva il credito d'imposta ai suoi residenti per le imposte societarie pagate ad un Paese straniero da una società straniera che poi distribuiva i dividendi ai soci finlandesi. Se le imposte straniere fossero state ignorate, la normativa finlandese non sarebbe stata discriminatoria, poiché avrebbe riscosso lo stesso ammontare totale dei tributi finlandesi (societari e personali) su tutto il reddito societario distribuito come dividendo in Finlandia, sia che la società contribuente fosse

<sup>116</sup> V. ROXAN, *alla nota* 109 (il quale propone una struttura di migrazione incrociata per identificare quella tassazione vietata dei redditi transfrontalieri); WOLFGANG SCHÖN, *Tax Competition in Europe – the Legal Perspective*, 9 Ec Tax Rev. 90, 97-99 (2000) (che riflette sul fatto che il Trattato CE prevede solo che un Paese garantisca la neutralità dell'importazione di capitali entro i propri confini e "non impedisca irragionevolmente" l'esportazione di capitali, siano essi capitali monetari, beni reali, o esseri umani); SERVAAS VAN THIEL, *The Future of the Principle of Non-Discrimination in the EU: Towards a Right to Most-Favoured-Nation Treatment and a Prohibition of Double Burdens?* (Oct. 21, 2005) (manoscritto inedito).

<sup>117</sup> VAN DEN TEMPEL Report, v. alla nota 80, 37; v. anche VAN THIEL, alla nota 116, 12 ("La questione su come guardare alla discriminazione, cioè la neutralità all'interno di un sistema fiscale, dovrebbe essere distinta dalla questione su come guardare alle disparità tra due sistemi fiscali."). Il Professor VAN THIEL critica la nostra conclusione sul fatto che la logica della giurisprudenza della C. giust. CE implica una ricerca impossibile per eliminare la discriminazione basata sia sull'origine sia sulla destinazione dell'attività economica, poiché egli vede le sentenze della Corte come rivolte "all'interno di un unico sistema fiscale." Come abbiamo indicato nel testo, tale teoria non tiene conto della più diffusa giurisprudenza della C. giust. CE.

<sup>118</sup> In una recente conclusione, l'Avvocato Generale Geelhoed ha elencato gli obblighi, per evitare la discriminazione, dei Paesi della fonte e dei Paesi della residenza in base al Trattato CE the EC. Anche se egli non ha discusso sull'impossibilità di una eliminazione totale della discriminazione basata sia sull'origine sia sulla destinazione, la sua interpretazione di tali obblighi lo ha portato a rifiutare o a limitare alcune delle precedenti sentenze della Corte che avevano individuato delle violazioni del Trattato. Sentenza C-374/04, *Test Claimants contro Comm'rs of Inland Revenue* (Feb. 23, 2006) (conclusione dell'Avvocato Generale Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (cerca la sentenza C-374/04).

<sup>119</sup> Sentenza C-446/03, *Marks & Spencer plc contro Halsey* (Dec. 13, 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (cerca la sentenza C-446/03).

stata nazionale sia che fosse stata straniera. Le istanze vittoriose in tema di discriminazione richiedevano che la Corte considerasse le tasse di entrambi i Paesi<sup>120</sup>. Tali precedenti hanno portato alcuni studiosi ad affermare che le sentenze della C. giust. CE possono, ora, chiedere agli Stati membri di eliminare la doppia imposizione all'interno dell'U.E., una evenienza che presuppone di guardare oltre la situazione tributaria di un singolo Stato<sup>121</sup>.

Un secondo approccio relativo alla non discriminazione, che potrebbe bloccare di colpo questa impossibilità di risultato, potrebbe essere sottinteso nel percorso che hanno fatto le norme sulla doppia imposizione e sulla non discriminazione che si trovano nelle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione sviluppate sotto l'egida dell'OCSE<sup>122</sup>. Come osservato in precedenza, le Convenzioni bilaterali considerano la doppia imposizione, e non la discriminazione, quale problema fondamentale che emerge riguardo agli investimenti all'estero. La soluzione tradizionale è stata quella per cui il Paese di residenza cede al Paese della fonte la sua giurisdizione principale sul reddito d'impresa attraverso lo strumento dell'esenzione o del credito d'imposta. I Paesi della fonte hanno fatto, molto probabilmente in ricambio, due concessioni: primo, lo Stato della fonte non può avere atteggiamenti discriminatori nei confronti degli investimenti provenienti dallo Stato di residenza; secondo, soprattutto con i recentissimi tentativi dell'OCSE e dell'U.E. di limitare la competizione fiscale<sup>123</sup>, lo Stato della fonte non può favorire gli investimenti in entrata maggiormente rispetto agli investimenti nazionali. La seconda concessione prevede una disciplina contro quei Paesi della fonte che semplicemente tassano gli investimenti in entrata con aliquote più basse, il che potrebbe essere considerato incompatibile con le aspettative dei Paesi della residenza quando questi rinunciano alla propria giurisdizione tributaria. Similarmente, si potrebbe discutere sul fatto che le due concessioni del Paese della fonte, appena menzionate, sono la premessa affinché il Paese della residenza non scoraggi gli investimenti in uscita.

Dato come punto di partenza il fatto che la doppia imposizione è risolta attraverso i sistemi dell'esenzione e del credito d'imposta, si potrebbe immaginare un approccio di "non discriminazione" in cui gli Stati della fonte (come previsto dalla prassi delle Convenzioni bilaterali vigenti) concordano nell'applicare agli investimenti in entrata le

<sup>120</sup> Sentenza C-319/02, Caso Manninen, 2004 E.C.R. I-7477. Ci sono numerose altre sentenze in cui la C. giust. CE ha preso in considerazione non solo il diritto tributario dello Stato membro coinvolto nel giudizio, ma anche la normativa fiscale di un altro Stato membro. Per esempio Sentenza C-403/03, Schempp contro Finanzamt München V, 2005 Ecj Celex Lexis 329 (12 Luglio, 2005) (nella quale la Corte ha stabilito che la normativa tedesca che condizionava la deducibilità dei costi per gli alimenti versati all'ex coniuge al fatto che il reddito fosse tassabile nel Paese di residenza dell'ex coniuge); Sentenza C-376/03, D. contro Inspecteur van de Belastingdienst, 2005 Ecj Celex Lexis 349 (5 Luglio, 2005) (che ha stabilito quelle diversità nelle imposte sul patrimonio dovute in base alle diversità presenti nelle Convenzioni in materia tributaria); cfr. la Sentenza C-336/96, Gilly contro Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin, 1998 E.C.R. I-2793 (la quale ritiene che un Paese di residenza possa limitare il credito d'imposta estero all'ammontare della quota di tributo nazionale, in quanto questo, nel contesto dei redditi da lavoro, non violava il Trattato CE).

<sup>121</sup> V., per esempio, MICHAEL LANG, *Double Taxation and EC Law* (Oct. 21, 2005) (manoscritto inedito); VAN THIEL, *alla nota* 116. Abbastanza distante dalle quattro libertà, l'Articolo 293 del Trattato CE prevede che gli Stati membri eliminino la doppia imposizione. Tale Articolo stava per essere eliminato nella proposta della Costituzione europea. Per un punto di vista critico di una possibile eliminazione, v. MORIS LEHNER, *A Significant Omission in the Constitution for Europe?*, 2005 B.T.R. 337.

<sup>122</sup> Siamo grati a HUGH AULT per aver portato alla nostra attenzione tale possibilità.

<sup>123</sup> Org. for Econ. Cooperation and Dev., Ctr. for Tax Policy & Admin., the Oecd's Project on Harmful Tax Practices: the 2004 Progress Report (2004), disponibile all'indirizzo <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf>; *Resolution of the Council and the Representatives of the Governments of the Member States, Meeting Within the Council of 1 December 1997 on a Code of Conduct for Business Taxation*, 1998 O.J. (C 2) 1 (Annex 1), disponibile all'indirizzo [http://europa.eu.int/comm/taxation\\_customs/resources/documents/COC\\_EN.pdf](http://europa.eu.int/comm/taxation_customs/resources/documents/COC_EN.pdf). Non tutti, tra i Paesi non europei aderenti dell'OCSE, sono stati d'accordo con tali restrizioni.

stesse aliquote che applicano agli investimenti in uscita, mentre gli Stati della residenza (se la discriminazione contro la produzione straniera fosse proibita) applicherebbero agli investimenti in uscita le stesse aliquote che applicano agli investimenti nazionali. Alcuni potrebbero definire questa soluzione (come le norme Europee sugli Aiuti di Stato) come una proibizione solo nei confronti delle aliquote speciali che favoriscono o penalizzano gli investimenti transnazionali, mentre si permetterebbe agli Stati un pieno controllo sulle loro aliquote ordinarie. Come abbiamo precisato precedentemente, noi riteniamo che una tale distinzione sia problematica<sup>124</sup>.

Mentre possiamo ipotizzare che l'OCSE promuova un tale risultato<sup>125</sup>, ci sono poche ragioni per pensare che la C. giust. CE consideri i metodi dell'esenzione e del credito di imposta, utilizzati per evitare la doppia imposizione, come inviolabili in base alle norme del Trattato CE. Come il primo approccio che abbiamo affrontato, il quale presentava dei limiti, così anche questa soluzione non raggiungerebbe in nessun caso la "locational neutrality", perché con i sistemi di esenzione e credito di imposta continuerebbero comunque ad esistere aliquote differenti e risultati differenti. Le nazioni potrebbero mantenere una certa sovranità tributaria in quanto potrebbero stabilire le aliquote, ma non sarebbero più in grado di utilizzare le norme tributarie (o presumibilmente nessun altro strumento di politica pubblica) per promuovere gli investimenti nazionali. Anche in ambito OCSE appare improbabile che Paesi come gli Stati Uniti accettino di abbandonare tali strumenti.

Il compromesso politico è un altro modo per evitare una impossibilità di risultato, ma questo non è il ruolo istituzionale della Corte. Mancando una soluzione legislativa di larga intesa, che appare molto lontana per l'Europa, i singoli aspetti che verranno colpiti, nella normativa tributaria degli Stati membri, dipenderanno dall'agenda della C. giust. CE. Tale agenda dipenderà dai casi che la Commissione sceglierà di portare innanzi alla Corte e dai casi che le parti private riterranno valere il costo del giudizio. Il secondo criterio suggerisce che gli Stati membri si potranno ben trovare a difendere casi che non è possibile vincere e, allo stesso tempo, onerosi da perdere.

Una completa armonizzazione delle basi imponibili e delle aliquote degli Stati membri eliminerebbe i conflitti evidenziati, ma una tale soluzione può giungere solo dai politici europei.

Anche se la Commissione sta cercando attivamente la possibilità di una armonizzazione della base imponibile<sup>126</sup>, allo stesso tempo si oppone alla politica della armonizzazione delle aliquote sostenuta da parte di alcuni Stati membri<sup>127</sup>. Torneremo in seguito a discutere sulla possibilità di armonizzazione della base imponibile e dell'aliquota.

<sup>124</sup> V. il testo di cui alla nota 98.

<sup>125</sup> L'OCSE sta attualmente studiando le possibili modifiche all'articolo sulla non discriminazione all'interno del proprio Modello di Convenzione bilaterale. V. BENNETT, alla nota 30 (manoscritto).

<sup>126</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, *al Parlamento europeo e al Comitato per gli Affari Economici e Sociali: Verso un Mercato interno senza ostacoli di natura fiscale – Una strategia per dare alle Società la possibilità di calcolare una base imponibile consolidata per le loro attività in tutta l'Europa*, COM (2001) 582 final (Oct. 23, 2001) [d'ora in avanti *Communication on Consolidated Corporate Tax Base*]; *EU Summarizes November Meeting of Harmonized Tax Base Working Group*, *Worldwide Tax Daily*, Jan. 21, 2005, 2005 WTD 18-16 (LEXIS).

<sup>127</sup> Per esempio, JOHNATHAN RICKMAN & CHARLES GNAEDINGER, *European Commission Rebuffs French-German Initiative To Harmonize Corporate Tax*, *Worldwide Tax Daily*, May 14, 2004, 2004 WTD 94-3 (LEXIS). Vi sono indubbiamente alcuni Stati membri che sono scettici nei confronti della futura fermezza dell'opposizione all'armonizzazione delle aliquote da parte di una Commissione impegnata a ridurre le distorsioni economiche all'interno dell'U.E. V., per esempio, *Working Paper on Company Taxation*, alla nota 80 (che ritiene che la differenza delle aliquote nazionali sia l'unica più importante differenza esistente tra gli investimenti nazionali e quelli transnazionali, una conclusione che sarebbe rafforzata dalla proposta di armonizzazione delle basi imponibili).

## 2.2. Le Implicazioni di Politica Fiscale

La Giurisprudenza della C. giust. CE crea implicazioni non solo di natura giuridica, ma solleva anche una serie di risvolti di politica fiscale. Una questione che emerge dalla Giurisprudenza della Corte è che le sue decisioni generalmente riducono le entrate tributarie degli Stati membri. Infatti, ogni volta che la Corte decide su una questione di carattere fiscale promossa da una parte privata (e trasferita alla C. giust. CE da un giudice nazionale), il miglior risultato che uno Stato membro possa ottenere è quello di mantenere lo *status quo*. Le parti private non sostengono i costi del giudizio neanche se la vittoria garantisce loro una tassazione minore. Mentre i casi sollevati dalla Commissione potrebbero portare sia a un aumento che a una diminuzione del tributo, noi crediamo che, almeno fino ad oggi, tali casi abbiano portato ad una riduzione dei tributi<sup>128</sup>.

La C. giust. CE è stata abbastanza esplicita nel rifiutare, per il raggiungimento delle proprie decisioni, di prendere in considerazione le perdite di gettito dei Paesi membri<sup>129</sup>, anche se nel mese di Novembre del 2005 una conclusione dell'Avvocato Generale ha ritenuto che possono essere posti dei limiti alla retroattività delle decisioni, in casi eccezionali, se vi è un "rischio di serie ripercussioni economiche" e una "oggettiva e rilevante incertezza" riguardo alla normativa europea su cui si controverte<sup>130</sup>.

Ma ancora di più la C. giust. CE ha costantemente rigettato la linea difensiva in base alla quale le norme "incriminate" devono essere considerate come essenziali alla coesione e alla coerenza degli ordinamenti tributari dei singoli Stati membri<sup>131</sup>.

Per mettersi al riparo gli Stati membri, a volte, hanno risposto con un incremento della pressione fiscale per bilanciare i potenziali effetti negativi di una

<sup>128</sup> Le eccezioni sono casi che eliminano gli incentivi per la produzione nazionale, a meno che il Paese non decida di estendere gli incentivi anche alla produzione straniera.

<sup>129</sup> Sentenza C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH contro Finanzamt Steinfurt, 2002 E.C.R. I-11,779, ¶ 36 ("È una norma consolidata che il depauperamento delle entrate tributarie di uno Stato non costituisce una ragione dominante d'interesse pubblico che possa giustificare una misura che è contraria ai principi precisi da una libertà fondamentale"); v. anche le Sentenze riunite C-397 & C-410/98, Metallgesellschaft Ltd contro Comm'rs of Inland Revenue, 2001 E.C.R. I-1727; Sentenza C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contro Finanzamt Aachen-Innenstadt, 1999 E.C.R. I- 6161.

<sup>130</sup> Press Release, *Court of Justice of the Eur. Communities*, l'Avvocato Generale Tizzano propone che la normativa fiscale tedesca in questione venga dichiarata incompatibile con il Diritto Comunitario, ma che l'effetto di tale incompatibilità venga limitato nel tempo (Nov. 10, 2005), disponibile all'indirizzo <http://curia.eu.int/en/actu/communiqués/cp05/aff/cp050096en.pdf> (discutendo la Sentenza C-292/04, Meilicke contro Finanzamt Bonn-Innenstadt, ¶ 34 (Nov. 10, 2005) (conclusione dell'Avvocato Generale Tizzano), <http://curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza C-292/04). L'Avvocato Generale Tizzano suggerisce, per la prima volta, di limitare la retroattività di una sentenza della C. giust. CE. La questione riguardava i dividendi pagati dal 1995 al 1997 in base al sistema dell'imputazione tedesco, il quale favoriva i dividendi pagati dalle società nazionali tedesche rispetto a quelli pagati a soggetti tedeschi da società residenti altrove nell'U.E. – uno schema considerato invalido dalla sentenza *Verkooyijen* della C. giust. CE. V. alla sottosezione 2.A.1. L'Avvocato Generale ha negato tale agevolazione nel caso *Meilicke*, ritenendo che la Germania fosse responsabile per i conseguenti rimborsi, ma solo per le richieste avanzate dopo la data della sentenza *Verkooyijen*. Resta da vedere se la C. giust. CE seguirà la conclusione dell'Avvocato Generale Tizzano al riguardo. V. ALEXANDER F. PETER, *ECJ Advocate General Breaks New Ground in German Tax Case*, *WORLDWIDE TAX DAILY*, Dec. 8, 2005, 2005 WTD 235-3 (LEXIS). V. alla nota 74 per ulteriori riflessioni in tema di entrate erariali.

<sup>131</sup> V., per esempio, la Sentenza C-319/02, *Caso Manninen*, 2004 E.C.R. I-7477; Sentenza C-9/02, *De Lasteyrie du Saillant contro Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, 2004 E.C.R. I-2409.

sentenza della C. giust. CE sulle proprie finanze nazionali. Questo, ad esempio, è stato l'atteggiamento di alcuni Stati membri in risposta a quelle sentenze della C. giust. CE che richiedevano loro di estendere le agevolazioni alle imprese sia nei confronti dei residenti degli altri Stati membri sia nei confronti degli investimenti in un altro Stato membro da parte dei propri residenti. Nello stesso modo si è comportata la Germania con la sua risposta alla sentenza della C. giust. CE sulla *thin capitalization*<sup>132</sup>, una sentenza che aveva colpito quelle restrizioni della Germania che non permettevano alle società di utilizzare le deduzioni per gli interessi al fine di spostare i guadagni imponibili fuori dalla Germania, in uno Stato membro con tassazione più bassa, così la risposta della Germania è stata quella di estendere le restrizioni anche alle transazioni nazionali.

Ma risposte particolari come queste non smentiscono l'affermazione generale che le sentenze della C. giust. CE hanno portato ad un incremento della pressione fiscale negli Stati membri.

Le sentenze della C. giust. CE, inoltre, stanno limitando la possibilità per gli Stati membri di utilizzare la politica fiscale per stimolare le proprie economie nazionali. Noi ora sappiamo che le economie degli Stati membri non si muovono in tandem; alcune godono di periodi di prosperità, mentre altre crollano economicamente<sup>133</sup>. Ma come per le conseguenze relative alle entrate pubbliche, così le differenze delle situazioni economiche di un Paese non sono prese in considerazione nella interpretazione che la C. giust. CE rende con riferimento agli obblighi derivanti dai Trattati. Un metodo tipico per combattere la recessione, per esempio, è quello di aumentare le deduzioni per la svalutazione o di prevedere crediti d'imposta per i nuovi investimenti in impianti e attrezzature. Gli Stati Uniti hanno usato spesso queste tecniche nel tentativo di stimolare la propria economia<sup>134</sup>.

Gli economisti hanno discusso spesso sul fatto che provocare uno stimolo economico in questo modo crea più un apparente aumento di ricchezza rispetto alla semplice riduzione delle aliquote dell'imposta sulle società, poiché agevolazioni come queste si riferiscono solo ai nuovi investimenti, mentre una riduzione delle aliquote per le società riduce l'onere tributario sia per gli investimenti già esistenti sia per quelli nuovi<sup>135</sup>.

Da quando i Governi stanno tentando di stimolare le proprie economie, le nazioni tipicamente permettono ammortamenti più rapidi, o crediti d'imposta per gli investimenti, solo per gli impianti e per le attrezzature che vengono utilizzate nel territorio nazionale. Allo stesso modo è comune per le nazioni, inclusi gli Stati

<sup>132</sup> *Lankhorst-Hohorst GmbH*, 2002 E.C.R. I-11,779.

<sup>133</sup> V., per esempio, FELDSTEIN, alla nota 6.

<sup>134</sup> V. GRAETZ & SCHENK, alla nota 98, 332-33, 338.

<sup>135</sup> Per esempio, LAWRENCE H. SUMMERS, *Taxation and Corporate Investment: A q-Theory Approach*, 1981 BROOKINGS PAPERS ON ECON. ACTIVITY 67, 118. Alcuni economisti vanno oltre, discutendo sul fatto che il più grande aumento di valore è ottenuto tramite gli incentivi fiscali per i macchinari e le attrezzature. V., per esempio, J. BRADFORD DE LONG & LAWRENCE H. SUMMERS, *Equipment Investment and Economic Growth*, 106 Q.J. ECON. 445 (1991) (il quale presenta prove materiali che la crescita economica è maggiore in quei Paesi che investono maggiormente nelle attrezzature). Ma v. ALAN J. AUERBACH ET AL., *Reassessing the Social Returns to Equipment Investment*, 109 Q.J. ECON. 789 (1994) (il quale ritiene che, nel lungo periodo, l'intensità del capitale non dovrebbe influire sulla crescita economica).

membri dell'U.E., prevedere speciali esenzioni d'imposta per la ricerca e lo sviluppo condotti sul territorio nazionale sulla base del fatto che queste spese prevedono speciali benefici per l'economia nazionale e stimolano la creazione di lavori ad alta retribuzione. Anche altre agevolazioni fiscali, come quelle per l'estrazione di petrolio e gas, sono a volte limitate alle attività di impresa nazionali per ragioni di politica nazionale.

Ma come abbiamo mostrato, la C. giust. CE ha ritenuto che le disposizioni del Trattato CE riguardanti la libertà di circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che rappresentano la non discriminazione nei confronti della produzione straniera, possono proibire agli Stati membri di intraprendere queste azioni, nel caso in cui non estendano equivalenti agevolazioni alla produzione straniera proveniente da qualsiasi altra nazione dell'U.E. Questo ha pesantemente limitato gli strumenti di politica fiscale azionabili da parte degli Stati membri. Estendere queste esenzioni fiscali per gli investimenti, o per la ricerca e lo sviluppo, alle stesse attività effettuate in altri Stati membri da un lato aumenta i costi per l'erario di uno Stato membro e allo stesso tempo rende più debole lo stimolo economico di tali misure per quello Stato membro. Non ci sorprende, dunque, che nessuna nazione abbia accolto questo concetto esteso di non discriminazione, in nessun Trattato sugli scambi commerciali o Convenzione bilaterale.

Le sentenze della C. giust. CE, quindi, hanno posto rilevanti pressioni fiscali sugli Stati membri: tali sentenze stanno comprimendo la possibilità per gli Stati membri di strutturare un proprio sistema tributario, inclusa la possibilità di reagire alle proprie condizioni economiche agevolando i risparmi o gli investimenti nazionali. Le sentenze della C. giust. CE stanno anche limitando la possibilità per gli Stati membri di evitare che le società, o le persone fisiche, residenti spostino il patrimonio o il reddito in un altro Stato membro con aliquote inferiori<sup>136</sup>. Questo mette sotto pressione le aliquote, specialmente per i capitali mobili, all'interno dell'U.E.

Mentre il Regno Unito e l'Irlanda sembrano essere le nazioni che maggiormente potrebbero perdere il controllo sulla propria politica fiscale, questa perdita di flessibilità fiscale dovrebbe essere concepita specialmente per quegli Stati membri che hanno adottato l'Euro come moneta nazionale. Queste nazioni hanno esplicitamente ceduto il controllo sulla propria politica monetaria alla Banca Centrale Europea (la quale ha posto come proprio principale obiettivo il prevenire l'inflazione, piuttosto che stimolare la crescita economica). E queste nazioni si sono impegnate, attraverso il Patto di Crescita e di Stabilità, a controllare il proprio deficit<sup>137</sup>. Ma ora questi Stati si ritrovano con una facoltà di modellare il proprio sistema fiscale, attraverso il controllo delle proprie imposte sul reddito, che è notevolmente intaccata dalle sentenze della C. giust. CE.

<sup>136</sup> V., per esempio, WOLFGANG SCHÖN, *Tax Issues and Constraints on Reorganizations and Reincorporations in the European Union*, 34 *Tax Notes Int'l* 197 (2004) (il quale analizza la legalità o meno, in base al Trattato CE, delle "exit taxes" per le società - *N.d.T. ossia le imposte che vengono prelevate nel momento in cui il contribuente lascia la propria residenza per trasferirsi all'estero*); v. anche il testo di cui alla nota 102.

<sup>137</sup> Il Patto di Crescita e di Stabilità prescrive che il deficit degli Stati membri sia inferiore al 3% del Prodotto Interno Lordo (PIL). *Qualified Majority Voting*, in *Encyclopedia of the European Union* 395 (Desmond Dinan ed., 2000).

### 3. Il bivio lungo il percorso

Questa situazione non sembra stabile. I cambiamenti possono avvenire in entrambe le direzioni: verso una maggiore armonizzazione delle imposte societarie all'interno dell'U.E. o verso una rivisitazione dei Trattati e delle Istituzioni dell'U.E., per restituire una maggiore autonomia fiscale agli Stati membri. Come Yogi Berra ha perfettamente evidenziato: "Quando ti trovi dinanzi ad un bivio, prendilo". (N.d.T. Lawrence "Yogi" Berra è stato un famoso giocatore e manager di baseball, noto anche per i suoi giochi di parole, cosiddetti "Yogismi", tra cui quello citato dall'Autore. Quando Berra tornava a casa vi era un bivio lungo la strada, ma qualunque sentiero prendesse lo portava comunque a casa).

La C. giust. CE ha ormai portato l'Europa dinanzi a tale bivio.

#### 3.1. Il sentiero verso una maggiore armonizzazione

Per un certo verso, il diffuso consenso sul fatto che l'Europa abbia bisogno di una Costituzione, piuttosto che semplicemente continuare a fare affidamento sui Trattati esistenti come norma fondamentale di governo, implica una maggiore unificazione tra gli Stati membri.

Ma nel campo oggetto della nostra trattazione – l'imposizione diretta – la Costituzione proposta non cambierebbe la struttura di governo all'interno dell'U.E.

A lungo, comunque, vi sono state forti pressioni in direzione di una maggiore armonizzazione delle imposte sul reddito all'interno dell'Europa. La Commissione, ad esempio, ha lungo sostenuto che l'armonizzazione delle imposte sul reddito societario stabilite dagli Stati membri è essenziale per la piena realizzazione del "mercato comune" auspicato dai trattati Europei. Fin dal 1961 la Commissione ha creato dei gruppi di lavoro per studiare l'armonizzazione fiscale, e subito dopo ha stabilito un "Programma per l'armonizzazione delle imposte dirette"<sup>138</sup>. L'obiettivo fondamentale era quello di eliminare le differenze fiscali che incidono sulla circolazione dei capitali e quello di coordinare le politiche fiscali degli Stati membri quali strumenti di politica economica e sociale<sup>139</sup>. Negli anni '70 la Commissione, ancora più vigorosamente, ha spinto verso un'armonizzazione delle aliquote e delle basi imponibili degli Stati membri, avendo individuato in un'imposta societaria armonizzata una potenziale risorsa di finanziamento per le Istituzioni Europee<sup>140</sup>.

Riassumendo una storia abbastanza lunga, l'obiettivo di armonizzazione della Commissione fu ostacolato dal Consiglio<sup>141</sup>. Alcuni Stati membri, soprattutto la Francia e la Germania, hanno supportato l'armonizzazione, altri, come l'Olanda, hanno supportato l'idea di una aliquota minima per le imposte sul reddito societario. Altri membri del Consiglio, tuttavia, hanno mostrato uno scarso interesse per gli strumenti di armonizzazione delle imposte sui redditi, se non per quegli strumenti che limitano

<sup>138</sup> JIMÈNEZ, v. nota 40, 107, 109-11.

<sup>139</sup> *Id.*, 110.

<sup>140</sup> *Id.*, 115.

<sup>141</sup> Per la storia completa, v. *id.*, 115-24.



le opportunità di elusione e di evasione<sup>142</sup>. Non c'è bisogno di dire che, in base alla norma che prevede il voto all'unanimità, il Consiglio ha impedito alla Commissione la possibilità di andare oltre<sup>143</sup>.

La Commissione sembra aver accettato che non ci sarà un'armonizzazione delle aliquote per le imposte societarie tra gli Stati membri, almeno non in un immediato futuro, e ha spostato i suoi sforzi verso l'obiettivo dell'armonizzazione della base imponibile per le imposte societarie. La Commissione, ora, giustifica questo sforzo enfatizzando i vantaggi di semplificazione, per le società che esercitano la propria attività in Europa, di una unica base imponibile, e in misura minore guardando ai potenziali vantaggi per il mercato comune. In qualche modo questo cambiamento di rotta, di cui stiamo trattando, fu inevitabile dal momento che la Commissione, a causa di un margine di manovra relativamente stretto, aveva abbandonato i suoi sforzi per armonizzare sia la base imponibile che le aliquote delle imposte societarie.

Le aliquote dell'imposta sulle società nei venticinque Paesi dell'U.E. attualmente hanno un vasto campo di estensione. Nel 2005 l'Estonia non aveva per nulla un'imposta sui profitti societari non distribuiti<sup>144</sup>. Cipro e l'Irlanda hanno delle aliquote piuttosto basse (rispettivamente 10,5% e 12,5%), mentre il Belgio, la Francia, la Germania, l'Italia, il Lussemburgo e la Spagna hanno aliquote che superano il 30%<sup>145</sup>. Questa differenza di aliquote crea delle agevolazioni consistenti in base a dove si localizzano gli investimenti all'interno dell'U.E. Con l'esclusione, ormai, dell'armonizzazione delle aliquote è difficile per la Commissione (e per chiunque altro) discutere sul fatto che l'armonizzazione della base imponibile produrrà una neutralità nelle scelte societarie all'interno dell'Europa. Sia la storia, sia lo stato attuale degli sforzi per l'armonizzazione dell'imposta societaria in Europa, denotano che la competizione per gli investimenti di capitali resterà una importante caratteristica delle politiche fiscali degli Stati membri ancora per un po' di tempo.

<sup>142</sup> *Id.*

<sup>143</sup> Per il nostro intento, non è necessario enumerare nel dettaglio gli sforzi affrontati dalla Commissione per armonizzare le imposte societarie degli Stati membri. Nel 1990, la Commissione ha rilasciato una comunicazione schizofrenica (1) esortando verso una maggiore armonizzazione sulla base del fatto che la diversità tra i sistemi fiscali degli Stati membri frena lo "sviluppo del mercato interno" e, allo stesso tempo, (2) insistendo sul fatto che gli Stati membri dovrebbero avere la libertà di modellare il proprio sistema fiscale tranne nel caso in cui questo possa causare "maggiori distorsioni" nel perseguimento del mercato interno. *Commission Communication to Parliament and the Council, Guidelines on Company Taxation*, SEC (90) 601 final (Apr. 20, 1990); JIMÈNEZ, v. nota 40, 127. La Commissione ha considerato il Rapporto della Commissione RUDING del 1992 come un sostegno alle proprie conclusioni del 1990. JIMÈNEZ, v. nota 40, 131-35. Il Consiglio ha risposto sia alla Commissione sia al Rapporto Ruding nel Novembre del 1992, evidenziando la centralità della tassazione nella sovranità degli Stati membri e elaborando il "principio di sussidiarietà" – un'azione minima a livello U.E. – come una inevitabile conclusione. *Id.* 136; v. anche ANTONIO ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its critique* (2002). Il Parlamento europeo ha espresso la sua opinione circa due anni dopo. Questi ha approvato alcune delle conclusioni della Commissione, ma ha complicato il lavoro della Commissione rendendo chiara la sua opinione riguardo al fatto che qualsiasi cambiamento raccomandato dalla Commissione "dovrebbe tener conto delle condizioni generali tributarie collegate a" (1) "il sistema dell'Unione Monetaria Europea," (2) le "restrizioni di bilancio" degli Stati membri, (3) "gli effetti che i cambiamenti, sia delle aliquote che delle basi imponibili dell'imposta sulle società, avrebbero sulle altre tipologie di tributo," e (4) il "grande ruolo che ha la tassazione societaria come strumento di politica economica." JIMÈNEZ, v. nota 40, 137 (il quale cita il RAPPORTO COX, che trasmette la risposta del Parlamento europeo alla Commissione).

<sup>144</sup> *European Tax Handbook 2005*, v. nota 88, 185.

<sup>145</sup> KMPG, *Corporate Tax Rate Survey 2005*, 2-3, disponibile all'indirizzo [http://kpmg.com/PDF/212792%20Global%20Tax%20Rate\\_fm.pdf](http://kpmg.com/PDF/212792%20Global%20Tax%20Rate_fm.pdf) (che tratta degli effetti delle imposte locali sul reddito societario).

Nessuno, esperto di politica fiscale, può comprendere una tale logica che permette la continuazione di questo sistema, mentre vengono vietate altre tipologie di agevolazioni per gli investimenti, come l'ammortamento accelerato o il credito d'imposta.

Ma questo è esattamente ciò che accade in Europa al giorno d'oggi.

Anche se non possiamo saperlo, chiediamoci se gli sforzi fatti dalla Commissione per armonizzare le basi imponibili – nonostante le sue solenni affermazioni – non siano semplicemente un atteggiamento mascherato dietro il quale vi sarà una successiva spinta verso l'armonizzazione delle aliquote. Le crescenti proteste della Commissione riguardo al requisito dell'unanimità e le sue continue richieste di adottare un voto a maggioranza qualificata sulle questioni di natura fiscale, danno adito a questa opinione<sup>146</sup>. Ma il Regno Unito, l'Olanda e alcuni altri Stati membri non mostrarono alcun segno di voler cedere il loro diritto di veto sulle questioni fiscali. Almeno per ora, l'armonizzazione delle aliquote delle imposte societarie in tutta l'Europa sembra essere ad un punto morto.

Mettendo da parte questa opinione, secondo la quale vi sarebbe un secondo fine negli attuali sforzi della Commissione volti ad armonizzare le basi imponibili per le società ma non le loro aliquote, esaminiamo cosa comporterebbero tali provvedimenti.

La Commissione ora giustifica la sua proposta di armonizzazione della base imponibile come un metodo per semplificare le imposte societarie Europee e ridurre i costi della tassazione per le società Europee<sup>147</sup>, e questi due benefici dovrebbero effettivamente conseguire. In aggiunta, l'armonizzazione delle basi imponibili per le società, nel modo in cui la Commissione l'ha approvata, potrebbe ridurre il numero dei casi che altrimenti andrebbero, molto probabilmente, dinanzi alla C. giust. CE. Presumibilmente uno sforzo di armonizzazione condotto dalla Commissione tenterebbe di cancellare completamente dai sistemi fiscali dei Paesi membri quelle disposizioni di legge che secondo il punto di vista della Commissione non sono conformi ai trattati Europei. Come abbiamo detto precedentemente, uno studio della PricewaterhouseCoopers ha osservato che le norme tributarie rivolte alle società, in tutti i 25 Stati membri contengono tali disposizioni<sup>148</sup>.

La Commissione dovrebbe accompagnare l'armonizzazione delle basi imponibili delle società con una ripartizione tra i Paesi membri delle entrate derivanti dalle imposte societarie, tramite una formula simile a quella usata negli Stati Uniti. Tale formula di imputazione dovrebbe ridurre (o addirittura eliminare) in Europa la tassazione basata sulla residenza e perciò dovrebbe anche diminuire il numero di quei casi di discriminazione nei confronti della produzione straniera che vengono instaurati dinanzi alla C. giust. CE.

La Commissione sta esortando tutti gli Stati membri ad utilizzare la stessa formula, che l'esperienza degli Stati Uniti ha dimostrato essere ragionevole. Storicamente, i singoli Stati degli Stati Uniti hanno utilizzato una formula a tre coefficienti,

<sup>146</sup> Per una descrizione del meccanismo di votazione a maggioranza qualificata, v. nota 15.

<sup>147</sup> Comunicazione sulla base imponibile consolidate per le società, v. nota 126, 5; Comunicazione sulle priorità di politica fiscale, v. nota 17, 6; Working Paper sulla tassazione societaria, v. nota 80, 384. Il Parlamento europeo ha recentemente approvato l'idea di una base imponibile comune per le società. *European Parliament Adopts Report on Harmonized Tax Base*, *Worldwide Tax Daily*, Dec. 13, 2005, 2005 WTD 239-18 (LEXIS).

<sup>148</sup> Press Release, PricewaterhouseCoopers, v. nota 70.

uniformemente gravati dal tributo, (*N.d.T. cosiddetta "equally weighted three-factor formula"*) che tende ad imputare una parte del reddito societario ad ogni singolo Stato in base all'ammontare del patrimonio, degli stipendi e delle vendite effettuati nello Stato. Comunque, molti Stati degli Stati Uniti nella propria formula ora danno maggior peso alle vendite piuttosto che al patrimonio o agli stipendi. Alcuni hanno anche adottato delle formule basate solo sulle vendite (*N.d.T. cosiddetta "Single Sales Factor Formula"*), la quale incoraggia le società a localizzare il patrimonio e i lavori all'interno dello Stato mentre il reddito viene tassato per le vendite, effettuate nello Stato, di beni prodotti fuori dallo Stato. Pertanto, se l'U.E. volesse imitare gli Stati Uniti tramite l'armonizzazione della base imponibile dell'imposta societaria<sup>149</sup> e distribuendo le entrate agli Stati membri con la formula della ripartizione, l'esperienza degli Stati Uniti consiglia che, senza un divieto di imporre maggiori oneri tributari per le vendite, la formula della ripartizione renderebbe più semplice per gli Stati membri la possibilità di favorire gli investimenti nazionali, una situazione che la Commissione, sollevando numerose controversie, vuole impedire<sup>150</sup>.

Negli Stati Uniti il Congresso ha il potere costituzionale di imporre un'unica formula agli Stati attraverso la legislazione, ma non lo ha mai fatto<sup>151</sup>. Nell'U.E., d'altra parte, non essendoci un accordo unanime su una singola formula da parte di tutti gli Stati membri, non vi è quindi un organo legislativo con il potere di imporre una formula uniforme. Pur essendo possibile per gli Stati membri accordarsi unanimemente non solo per adottare la formula della ripartizione, ma anche per adottare una specifica formula, sembra però improbabile che ciò accada in tempi brevi. Perciò, anche se la Commissione dovesse riuscire ad armonizzare la base imponibile societaria, potrebbe comunque fallire nell'armonizzazione sia delle aliquote sia del metodo di ripartizione dei profitti agli Stati membri. Se gli Stati membri, inoltre, seguissero l'esempio dei nostri Stati (*N.d.T. Stati Uniti*) modellando delle formule capaci di dare vantaggi alla competitività, la Commissione molto probabilmente ritornerebbe dinanzi alla C. giust. CE sostenendo che qualsiasi meccanismo che favorisca i prodotti, i produttori o la produzione nazionale viola il Trattato CE. Basandoci sulle sentenze della C. giust. CE emesse fino ad oggi dovremmo aspettarci che la Corte ponga dei limiti alla discrezionalità degli Stati membri sulla scelta della formula da adottare, un atteggiamento che sia la nostra Corte Suprema sia il Congresso si sono sempre rifiutati di tenere.

<sup>149</sup> Negli Stati Uniti, l'armonizzazione della base imponibile è avvenuta poiché gli Stati si accordano all'imposta federale sulle società and semplicemente usano quella base imponibile come punto di partenza. Infatti le differenze che esistono tra gli Stati sono abbastanza ridotte. V. JEROME R. HELLERSTEIN & WALTER HELLERSTEIN, *State Taxation*, ch. 7 (3d. ed. 1998 & Supp. 2005).

<sup>150</sup> Per maggiori approfondimenti sulla formula di ripartizione, v. il testo di cui alla note 200-207. La Commissione sembra aver riconosciuto alcune di queste difficoltà. Per esempio, in un discorso dell'8 Dicembre 2005, LÁSZLÓ KOVÁCS, il Commissario Europeo per le questioni Fiscali and Doganali, ha sottolineato che anche l'armonizzazione della base imponibile sarebbe opzionale per gli Stati membri. LÁSZLÓ KOVÁCS, EUROPEAN COMM'R FOR TAXATION AND CUSTOMS, *The Future of EU Taxation Policy, Speech to Tax Directors' Institute and Pricewaterhouse Coopers*. (Dec. 8, 2005), disponibile all'indirizzo [http://europa.eu.int/comm/commission\\_barroso/kovacs/speeches/51201TDI.pdf](http://europa.eu.int/comm/commission_barroso/kovacs/speeches/51201TDI.pdf).

<sup>151</sup> *V. Moorman Mfg. Co. contro Blair*, 437 U.S. 267, 280 (1978) ("È chiaro che il potere legislativo conferito al Congresso dalla norma sul Commercio (*N.d.T. Commerce Clause, art. 1, sez. 8 Cost.*) della Costituzione giustificerebbe ampiamente un atto di legge che richieda a tutti gli Stati di accettare una norma unica per dividersi il reddito.")

Insomma, l'armonizzazione delle aliquote degli Stati membri non è prevedibile in un imminente futuro. E sbaglieremmo a pensare che l'armonizzazione della base imponibile delle società, accoppiata con la formula della ripartizione, possa portare a compimento la missione di rafforzare il mercato interno, a meno che non venga limitata in una fascia abbastanza ristretta la possibilità di differenziare le aliquote. Infatti, basandosi sull'esperienza delle nostre nazioni, sembra più probabile che tale regime diventerebbe semplicemente un'ulteriore stazione di passaggio lungo l'attuale strada del litigio. Anche se si riuscisse a raggiungere l'armonizzazione delle aliquote, non abbiamo la certezza che un tale risultato di uniformità possa veramente essere auspicabile, date le differenze tra le economie degli Stati membri e tra le loro preferenze riguardo alla forma di governo e all'uso degli incentivi fiscali per la programmazione economica o sociale<sup>152</sup>.

La Commissione, preoccupata dal fatto che gli ostacoli per raggiungere l'armonizzazione attualmente sembrano troppo grandi per essere superati, ha cercato quindi di introdurre il cosiddetto "soft law", per un maggiore coordinamento tra gli Stati membri. La Commissione per esempio ha proposto i "Codici di Condotta", che non vincolano giuridicamente gli Stati membri, ma forniscono la base agli Stati membri per impegnarsi a cooperare tra di loro<sup>153</sup>. E un personaggio chiave della Commissione ha ritenuto che, se raggiungere l'unanimità è impossibile, la ricerca di "una soluzione negoziata adottata con il consenso generale nella forma del soft law, è il solo strumento disponibile"<sup>154</sup>. Un consenso di tale specie può coinvolgere anche solo pochi dei venticinque Stati membri dell'U.E. e, quindi, si applicherebbe solo a questi Stati che hanno aderito all'accordo<sup>155</sup>. Allo stesso tempo la Commissione con convinzione intende proseguire nel portare dinanzi alla C. giust. CE le norme dei singoli Stati membri in tema di imposte dirette<sup>156</sup>.

### 3.2. Il sentiero verso una maggiore autonomia

Le sentenze della C. giust. CE in materia tributaria hanno indubbiamente creato problemi per gli Stati membri. Come abbiamo già detto, la giustificazione avanzata dagli Stati membri sul fatto che una certa norma sia necessaria per mantenere la coerenza del proprio sistema di imposizione diretta è stata sempre rigettata dalla Corte. E la Corte ha prestato poca attenzione all'impatto negativo delle proprie decisioni sulle entrate degli Stati membri. Inoltre molti Stati membri hanno abbandonato il proprio sistema di credito sui dividendi per l'integrazione delle proprie imposte sul

<sup>152</sup> V. GEORGE R. ZODROW, *Tax Competition and Tax Coordination in the European Union*, 10 Int'l Tax & Pub. Fin. 651 (2003).

<sup>153</sup> V., per esempio, KOVÁCS, v. nota 150, 6; v. anche CHUCK GNAEDINGER, *EU Proposes Code of Conduct for Transfer Pricing Documentation*, 40 Tax Notes Int'l 688 (2005).

<sup>154</sup> MICHEL AUJEAN, Dir. of Analysis & Tax Policies, EU Commission, Conference Presentation: *The Future of Nondiscrimination—Direct Taxation in Community Law* (Oct. 21, 2005).

<sup>155</sup> Il Trattato CE prevede "la cooperazione rafforzata" ogni qual volta si accordino almeno otto Stati membri. V. art. 11 Trattato CE; OTMAR THOEMMES, *A Europe à Deux Vitesses for Enterprise Taxation?*, 32 Intertax 536 (2004).

<sup>156</sup> AUJEAN, v. nota 154; KOVÁCS, v. nota 150, 12 ("Uno dei principali compiti della Commissione, in base al Trattato CE, è quello di assicurare che gli Stati membri rispettino i loro obblighi derivanti dal Trattato, prevedendo, ove fosse necessario, l'avvio delle procedure di infrazione contro gli Stati membri").

reddito personale e societario. La C. giust. CE ha anche ridotto la possibilità degli Stati membri di prevedere agevolazioni fiscali per gli investimenti nazionali o per la ricerca e lo sviluppo a livello nazionale. Le sentenze della C. giust. CE hanno inoltre colpito (e minacciato di colpire ancora di più) quelle norme tributarie degli Stati membri create per impedire alle società la possibilità di spostare il proprio reddito verso quegli Stati membri che hanno una tassazione inferiore. La Corte, per esempio, ha reso nulle quelle limitazioni poste dagli Stati membri alla facoltà delle società di spostare le entrate da un Paese ad alta tassazione ad un Paese a bassa tassazione all'interno dell'U.E. E altre norme degli Stati membri, che limitano la possibilità per le società residenti di localizzare il proprio reddito in Stati membri a bassa fiscalità, sono in grave pericolo. I precedenti giurisprudenziali della C. giust. CE ora minacciano quel sistema diffuso di Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione che si è evoluto fin dagli anni '20, sia all'interno dell'Europa sia tra gli Stati membri dell'Europa e altre nazioni.

Infatti, il meccanismo del credito di imposta estero per risolvere il problema della doppia imposizione, utilizzato per più di mezzo secolo nel Regno Unito e anche altrove, ora appare vulnerabile ad un giudizio avverso della C. giust. CE. Anche il Commissario Europeo per la Tassazione ha riconosciuto di non essere "contento del fatto che la politica fiscale Europea è stata sempre più condizionata dalle decisioni della C. giust. CE", ammettendo che "i recenti sviluppi in questo settore potrebbero portare ad una situazione in cui diventerebbe quasi impossibile per gli Stati membri proteggere la propria base imponibile"<sup>157</sup>.

Tuttavia, la probabilità che le decisioni in materia tributaria della C. giust. CE, in aggiunta alle sue intromissioni nella sovranità degli Stati membri, possano portare gli stessi Stati membri a separarsi dall'U.E. sembra essere ancora più remota dell'armonizzazione delle aliquote degli Stati membri. Il progetto Europeo ha radici tanto profonde e le trasformazioni economiche sono state talmente grandi per tutti i Paesi membri che non si può certo ritenere che l'Europa sia sul punto di disgregarsi. Gli Stati membri hanno molti motivi per mantenere la loro unione politica ed economica, anche se molti vorrebbero mantenere l'autonomia sul proprio sistema fiscale, specialmente in tema di imposizione diretta. Disgregare l'Europa è una opzione, ma non sembra sia questo il desiderio degli Stati membri o dei popoli d'Europa.

D'altro canto, le conseguenze fiscali del cammino intrapreso dalla C. giust. CE stanno diventando sempre più difficili da digerire per gli Stati membri. Questi semplicemente non possono permettersi di stare senza far nulla mentre si vedono ridurre le proprie entrate derivanti dalla tassazione societaria. E nemmeno possono prontamente aumentare le proprie aliquote dell'imposta sulle società.

La concorrenza per gli investimenti di capitali all'interno dell'Europa rappresenta un problema pratico che frena questo cammino. (Infatti le aliquote dell'imposta sulle società in Europa, secondo l'OCSE, negli ultimi anni sono andate diminuendo<sup>158</sup>).

<sup>157</sup> Kovács, v. nota 150, 13.

<sup>158</sup> Cong. Budget Office, *Corporate Income Tax Rates: International Comparisons 14-15 (2005)*; CHRIS EDWARDS, Dir. of Tax Policy, Cato Inst., *A Proposal for a Dual-Rate Income Tax, Testimony to the President's Advisory Panel on Tax Reform (May 11, 2005)* (disponibile all'indirizzo [www.taxreformpanel.gov/meetings/docs/edwards\\_052005.ppt](http://www.taxreformpanel.gov/meetings/docs/edwards_052005.ppt)).

Una potenziale risposta, da parte degli Stati membri, allo sgretolamento che attua la C. giust. CE nei confronti del loro diritto sovrano di modellare le proprie imposte dirette, sarebbe quello di ridurre l'autorità della C. giust. CE in tale materia<sup>159</sup>. Una futura revisione dei Trattati o una nuova Costituzione potrebbero limitare la possibilità che la C. giust. CE colpisca le norme sull'imposizione diretta degli Stati membri. Una tale limitazione di giurisdizione della C. giust. CE, tuttavia, permetterebbe molte "furberie" da parte degli Stati membri. Come abbiamo mostrato nella nostra analisi delle sentenze della C. giust. CE, alcune norme tributarie degli Stati membri sono potenzialmente abbastanza protezioniste, mentre altre norme sono state adottate proprio per ottenere un tale scopo. Il dilemma per le nazioni d'Europa è quello di trovare un sistema per mantenere la propria autonomia sulle questioni di natura fiscale, senza con questo indebolire il mercato interno e, in termini più concreti, senza limitare in modo incisivo le quattro libertà.

La difficoltà principale è che mentre i requisiti della non discriminazione previsti dalle Convenzioni internazionali in materia tributaria e dai Trattati commerciali possono apparire troppo limitati per realizzare l'integrazione Europea, il requisito della non discriminazione che è emerso attraverso le sentenze della C. giust. CE è troppo ampio. Tale atteggiamento reprime quella necessaria capacità degli Stati membri di promuovere le proprie economie nazionali. In definitiva la questione è se vi sia una via di mezzo tra i requisiti di non discriminazione previsti dalle Convenzioni internazionali in materia tributaria e dai Trattati commerciali, che hanno un carattere limitato, e la versione di non discriminazione proposta dalla C. giust. CE, che pone un divieto senza limiti e che non permette un compromesso tra principi inconciliabili. Un'alternativa potrebbe essere un rallentamento dell'intervento della C. giust. CE con una maggiore attenzione agli effetti sull'erario degli Stati membri e una maggiore concentrazione sul protezionismo come possibile via di mezzo. L'indagine della Corte, per esempio, potrebbe essere rivolta a vedere se l'intento della norma sia o meno protezionista<sup>160</sup>. La Corte, inoltre, potrebbe adoperarsi per mitigare l'impatto negativo delle sue decisioni sulle entrate tributarie degli Stati membri, limitandogli effetti retroattivi delle sue decisioni<sup>161</sup>.

In assenza di impedimenti da parte dell'attuale giurisprudenza della C. giust. CE ci aspettiamo una maggiore resistenza da parte degli Stati membri. Alcune Corti nazionali Europee hanno già dimostrato una certa resistenza nel devolvere le questioni alla C. giust. CE. Queste Corti preferirebbero, piuttosto, interpretare da sole i requisiti della normativa Europea, anche se in base ai Trattati l'intervento della Corte è obbligatorio nel caso in cui la norma Europea non sia chiara. Le Corti d'Irlanda, Italia e, Spagna, non hanno mai sottoposto una questione di natura fiscale all'attenzione della

<sup>159</sup> V., per esempio, TIMOTHY LYONS, *A Drive To Curb the Power of the ECJ*, 2005 B.T.R. 449.

<sup>160</sup> Cfr. DONALD H. REGAN, *The Supreme Court and State Protectionism: Making Sense of the Dormant Commerce Clause*, 84 MICH. L. REV. 1091 (1986) (il quale ritiene che la Corte Suprema degli Stati Uniti, se si applicasse la Norma sul Commercio presente nella Costituzione, che non viene applicata, dovrebbe occuparsi solo di prevenire in modo risoluto il protezionismo).

<sup>161</sup> Un passo verso questa direzione è stato consigliato dalla Conclusione dell'Avvocato Generale nel caso *Meilicke*. Sentenza C-292/04, *Meilicke* contro Finanzamt Bonn-Innenstadt (Nov. 10, 2005) (Conclusione dell'Avvocato Generale Tizzano), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-292/04"). La C. giust. CE può anche frenare l'impatto sulle entrate pubbliche delle sue decisioni limitando la loro portata. V. Sentenza C-446/03, *Marks & Spencer plc* contro *Halsey* (Dec. 13, 2005), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-446/03"); v. anche alle note 74, 130, 134 e il testo a cui si riferiscono.

C. giust. CE. Se anche altri Stati dovessero seguire questa prassi, si limiterebbe di molto l'autorità della C. giust. CE, riducendo di fatto la sua giurisdizione. Inoltre gli Stati membri hanno un potere rilevante per scoraggiare le società nazionali dal portare le norme dello Stato membro dinanzi alla C. giust. CE. Una possibilità sarebbe quella di effettuare accertamenti tributari delle parti in causa in maniera più intensa e più invadente – sicuramente sarebbe un sistema sconveniente, ma ciononostante possibile. Oppure gli Stati membri potrebbe rispondere alle sentenze della C. giust. CE estendendo le restrizioni alle società nazionali piuttosto che eliminare del tutto le norme che violano le disposizioni Europee. Questa fu la risposta della Germania quando la C. giust. CE colpì le limitazioni alle deduzioni degli interessi per i pagamenti alle società straniere che usavano il meccanismo della *Thin Capitalization*<sup>162</sup>.

Gli Stati membri potrebbero rispondere similmente a quanto è accaduto per la sentenza "*Marks & Spencer*", riducendo l'utilizzo di alcune perdite nazionali. Infatti il metodo di estendere le restrizioni alle transazioni interstatali, è proprio come alcuni Stati degli Stati Uniti hanno risposto, a volte, alle sentenze contrarie della Corte Suprema degli Stati Uniti<sup>163</sup>.

Altrimenti, il Consiglio e il Parlamento potrebbero limitare la competenza della Commissione di portare i casi direttamente dinanzi alla Corte, limitando il suo mandato o, indirettamente, riducendo le sue finanze o aumentando il suo carico di lavoro (ma non il suo personale) in materia tributaria. Quando il Regno Unito assunse il suo turno di presidenza del Consiglio, nel 2005, la stampa dichiarava che la questione della giurisdizione tributaria della C. giust. CE era all'ordine del giorno<sup>164</sup>.

Un'altra possibilità sarebbe anche quella di un maggior freno da parte della stessa C. giust. CE. La Corte, ad esempio, potrebbe dare maggior peso alle argomentazioni basate sulla coerenza fiscale del sistema tributario dello Stato membro<sup>165</sup>. Vi sono alcuni segnali i quali indicano che la Corte potrebbe adottare un atteggiamento più prudente. Un Avvocato Generale ha ritenuto, ad esempio, che per la Corte potrebbero essere rilevanti gli effetti sulle entrate pubbliche, nel momento in cui decide se annullare o meno una legislazione tributaria<sup>166</sup>. Un altro ha consigliato di limitare gli effetti retroattivi delle sentenze della Corte<sup>167</sup>. Ma la stessa Corte non accettò il fatto che

<sup>162</sup> V. le note 54-55, 132 e il testo a cui si riferiscono.

<sup>163</sup> SUSANNAH CAMIC, *State Responses to Adverse Supreme Court Tax Decisions* (May 2004) (manoscritto inedito).

<sup>164</sup> CHRIS GILES, *UK Seeks To Curb European Tax Rules*, FIN. TIMES, 20 Giugno 2005, 1.

<sup>165</sup> Confronta la sentenza C-204/90, *Bachmann contro Belgium*, 1992 E.C.R. I-249 (la quale ritiene che il rifiuto di una deduzione per i sottoscrittori del Belgio di una assicurazione straniera era giustificato dal fatto che gli utili non venivano tassati in Belgio), con la sentenza C-80/94, *Wielockx contro Inspecteur der Directe Belastingen*, 1995 E.C.R. I-2493 (la quale ritiene che il rifiuto di una deduzione da parte dei Paesi Bassi per i contributi previdenziali di un non residente non sia giustificata anche qualora le entrate derivanti dal piano di pensionamento non fossero tassabili in base alla Convenzione contro la doppia imposizione tra i Paesi Bassi e il Belgio). V. *Marks & Spencer* (Dec. 13, 2005); MASON, v. nota 5, 94-101 (in cui si discute della portata della coesione fiscale).

<sup>166</sup> Sentenza C-475/03, *Banca Popolare di Cremona contro Agenzia Entrate Ufficio Cremona* (Mar. 17, 2005) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-475/03").

<sup>167</sup> Sentenza C-292/04, *Meilicke contro Finanzamt Bonn-Innenstadt* (Nov. 10, 2005) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Tizzano), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-292/04"); v. anche la sentenza C-374/04, *Test Claimants contro Comm'rs of Inland Revenue* (Feb. 23, 2006) (Conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-374/04") (il quale critica le sentenze della Corte nei casi *Bosal Holding* e *Marks & Spencer*).

le agevolazioni di una Convenzione tributaria intra-Europea dovessero essere estese ai cittadini di quegli Stati membri che non avevano aderito alla Convenzione<sup>168</sup>. Un accorto commentatore Europeo ha criticato questa sentenza come un segnale del fatto che la Corte può essere morbida nel suo approccio verso l'integrazione Europea<sup>169</sup>.

Altrimenti la Corte potrebbe modellare un requisito di non discriminazione meno rigido<sup>170</sup>.

Infine, gli Stati membri potrebbero semplicemente dividersi, come fecero nei confronti dell'Unione Monetaria, e quindi alcuni potrebbero cercare di raggiungere una maggiore armonizzazione mentre altri potrebbero insistere per avere una maggiore autonomia<sup>171</sup>. Queste possibili risposte mostrano la possibilità che hanno gli Stati membri di mantenere il proprio separatismo di fronte alle sentenze della C. giust. CE, senza con questo disgregare l'Europa. Fondamentalmente questa è una forma di "muddling through"<sup>172</sup>. (N.d.T. lett. "cavarsela alla meno peggio", si tratta di un "modello decisionale" in cui si cerca la soluzione migliore senza una decisione definitiva)

## 4. Gli Stati Uniti: Similitudini e Differenze

### 4.1. Le sentenze paragonabili della Corte Suprema degli Stati Uniti

Gli Europei potrebbero essere tentati di guardare alle sentenze della Corte Suprema degli Stati Uniti nella speranza di trovare un percorso per risolvere il problema Europeo. Dopo tutto, la Corte Suprema degli Stati Uniti fin dal diciannovesimo secolo ha deciso molti casi analoghi a quelli della C. giust. CE di cui stiamo trattando. Le due norme costituzionali degli Stati Uniti che esplicitamente stabiliscono i principi della sovranità tributaria degli Stati – la "Import-Export Clause"<sup>173</sup> e la norma sul "Duty of Tonnage"<sup>174</sup> – non sono state importanti, ma altri tre provvedimenti sono stati richiamati frequentemente: la "Commerce Clause"<sup>175</sup>, la "Privileges and Immunities Clause"<sup>176</sup>, e la "Equal Protection Clause"<sup>177</sup>.

<sup>168</sup> Sentenza C-376/03, D. contro Inspecteur van de Belastingdienst, 2005 Ecj Celex Lexis 349 (July 5, 2005).

<sup>169</sup> SERVAAS VAN THIEL, *A Slip of the European Court in the D Case (C-376/03): Denial of the Most-Favoured-Nation Treatment Because of Absence of Similarity?*, 33 Intertax 454 (2005).

<sup>170</sup> Per due possibilità v., ad esempio, il testo di cui alle note 116-125.

<sup>171</sup> THOEMMES, v. nota 155, 536 (il quale osserva che una "coalizione delle volontà", per raggiungere una maggiore armonizzazione, potrebbe essere creata in base alle norme del Trattato CE sulla "cooperazione rafforzata", la quale richiede l'accordo di otto Stati membri).

<sup>172</sup> CHARLES E. LINDBLOM, *The Science of "Muddling Through,"* 19 Pub. Admin. Rev. 79 (1959).

<sup>173</sup> COSTITUZIONE DEGLI STATI UNITI, art. I, § 10, cl. 2 ("No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports.").

<sup>174</sup> *Id.* cl. 3 ("No State shall, without the Consent of Congress, lay any Duty of Tonnage.").

<sup>175</sup> *Id.* art. I, § 8, cl. 3 ("Congress shall have power to regulate Commerce with foreign Nations, and among the several States, and with the Indian Tribes.").

<sup>176</sup> *Id.* art. IV, § 2, cl. 1 ("The Citizens of each State shall be entitled to all Privileges and Immunities of Citizens in the several States.").

<sup>177</sup> *Id.* emendamento XIV, § 1 ("Nor shall any State. deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws."). La "Due Process Clause" del quattordicesimo emendamento è stata anche essa importante nelle questioni di tributi statali riguardanti la giurisdizione tributaria e la tassazione extraterritoriale, ma non è attinente alle problematiche di non discriminazione.



Molte questioni sono state decise in base alla “Commerce Clause” e la Corte Suprema ha esplicitamente richiesto che le norme tributarie degli Stati non devono essere “discriminatorie nei confronti del commercio interstatale” per poter essere conformi a tale norma<sup>178</sup>. Questa norma perciò appare utile per domandarci se la C. giust. CE possa trarre beneficio dalla giurisprudenza degli Stati Uniti. Attuare un requisito coerente di non discriminazione, comunque, non si è rivelato più semplice per le Corti degli Stati Uniti.

Walter Hellerstein, il più autorevole commentatore giuridico delle sentenze degli Stati Uniti, giustamente afferma che è inutile tentare di armonizzare “le centinaia di sentenze della Corte Suprema che delineano l'estensione della sovranità tributaria degli Stati sul commercio interstatale”<sup>179</sup>, e noi certamente non ci addenteremo in una tale impresa. Il Professor Hellerstein descrive l'incoerenza di tali sentenze:

1) Due tributi che hanno fundamentalmente lo stesso impatto sul commercio interstatale ricevono un trattamento costituzionale differente.

2) La Corte ammette che il “confine, a volte, è difficile da definire con chiarezza”, ciò nonostante traccia un confine che è distinguibile, semmai, solo da se stessa.

3) Il confine tracciato, quindi, è giustificato in modo tale che in pratica assicura alla Corte un'ampia discrezione nel tracciare in futuro altri confini come riterrà più opportuno, senza fornire alcuna linea di condotta chiara per stabilire se una specifica imposta ricadrà in un lato o nell'altro<sup>180</sup>.

Sarebbe avventato per gli Europei, quindi, di attendere che la Corte Suprema degli Stati Uniti fornisca una via di uscita da tale situazione di stallo, anche se i nostri ordinamenti politici fossero simili, e tra l'altro non lo sono. Ma ancora più importante gli Stati Uniti adottano una imposta sul reddito societario che è di tipo federale e che fornisce sia una base imponibile nazionale unica sia una aliquota nazionale minima<sup>181</sup>. Anche gli Stati Uniti hanno Stati con aliquote dell'imposta sulle società abbastanza basse<sup>182</sup>, una economia nazionale più uniforme di quella dell'U.E., e una legislazione federale che può sia capovolgere le decisioni della Corte Suprema sia emanare leggi che limitino il potere della Corte di annullare i tributi statali<sup>183</sup>. Ma nonostante queste

<sup>178</sup> Complete Auto Transit, Inc. contro Brady, 430 U.S. 274, 279 (1977). (N.d.T. in tale sentenza la Corte Suprema ha articolato un test con quattro requisiti – cosiddetto Complete Auto Test – per stabilire se una norma tributaria viola la “Commerce Clause”; uno dei requisiti è quello di non discriminazione citato nel testo dagli Autori). Gli altri tre requisiti per soddisfare il “Complete Auto Test” sono che: (1) l'attività tassata abbia un nesso sostanziale con lo Stato che la tassa; (2) il tributo sia equamente ripartito in corrispondenza del grado di attività che viene esercitata all'interno dello Stato che effettua la tassazione; e (3) il tributo sia equamente correlato ai vantaggi forniti dallo Stato. Id.

<sup>179</sup> WALTER HELLERSTEIN, *The U.S. Supreme Court's State Tax Jurisprudence: A Template For Comparison*, 11 (Oct. 21, 2005) (manoscritto inedito) [d'ora in avanti HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*]; v. anche WALTER HELLERSTEIN, *Is “Internal Consistency” Foolish?: Reflections on an Emerging Commerce Clause Restraint on State Taxation*, 87 Mich. L. Rev. 138 (1988) [d'ora in avanti HELLERSTEIN, *Internal Consistency*]; WALTER HELLERSTEIN & DAN T. COENEN, *Commerce Clause Restraints on State Business Development Incentives*, 81 Cornell L. Rev. 789 (1996).

<sup>180</sup> HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, v. nota 179, 10 (il quale cita il tributo statale in questione) 82 U.S. (15 Wall) 284, 296 (1872)).

<sup>181</sup> V. nota 149.

<sup>182</sup> Inoltre, il fatto che le imposte statali sul reddito delle società sono deducibili nella determinazione del reddito federale imponibile, normalmente questo fatto riduce il loro impatto finanziario di circa un terzo. V. I.R.C. § 164 (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>183</sup> Per una riflessione su queste differenze, v., per esempio, WALTER HELLERSTEIN & CHARLES E. McLURE, JR., *Lost in Translation: Contextual Considerations in Evaluating the Relevance of US Experience for the European Commission's Company Taxation Proposals*, 58 Bull. Int'l Fiscal Documentation 86 (2004).

differenze cruciali, comunque, noi possiamo brevemente dare uno sguardo ad alcune sentenze della Corte Suprema, utilizzando ancora una volta quella struttura analitica che abbiamo utilizzato precedentemente per classificare le sentenze della C. giust. CE in materia di imposte societarie. Come abbiamo fatto in precedenza, cominceremo con la discriminazione nei confronti dei prodotti (e servizi) provenienti dal di fuori dello Stato.

La Corte Suprema ha costantemente colpito le norme discriminatorie nei confronti dei prodotti provenienti dal di fuori dello Stato. Secondo la Corte “l’esempio tipico di una legge discriminatoria nei confronti del commercio interstatale è la tariffa protettiva o il dazio doganale, che tassa i beni importati dagli altri Stati, ma non tassa i beni simili prodotti nello Stato”<sup>184</sup>. Poiché la Corte ha spesso preso una posizione così decisa contro tali tributi, gli Stati li hanno adottati sempre più raramente, così la Corte, almeno negli ultimi anni, non si è trovata spesso nella situazione di doverli annullare. Una sentenza in tale ambito (*N.d.T. discriminazione di prodotti provenienti da un altro Stato*) ha colpito le esenzioni statali per “l’imposta sulle vendite” che era presente nelle Hawaii per due tipologie di liquore prodotto localmente, anche se tali esenzioni erano state concesse per incoraggiare la crescita delle nuove industrie che producono i liquori<sup>185</sup>. In modo simile la Corte ha ritenuto che fosse discriminatorio un credito d’imposta dello Stato dell’Ohio per l’imposta sulle vendite della benzina per i veicoli a motore<sup>186</sup>. Secondo tale norma i contribuenti potevano ricevere un credito per l’etanolo (il quale è una componente del gasolio) venduto dai distributori di benzina, ma solo se l’etanolo fosse stato prodotto nell’Ohio o in uno Stato che concedesse agevolazioni fiscali simili a quelle concesse per l’etanolo prodotto in Ohio<sup>187</sup>.

La Corte ha anche considerato discriminatorie quelle norme tributarie che favoriscono la fornitura di servizi all’interno dello Stato – una tipologia impositiva che gli Stati sembrano emanare sempre più frequentemente. Ad esempio la Corte ha rigettato una legge dello Stato di New York che tentava di incoraggiare il commercio di azioni nello Stato di New York offrendo una riduzione del cinquanta per cento dell’imposta sul trasferimento di azioni, applicata al trasferimento di azioni all’interno dello Stato da parte di cittadini non residenti nello Stato di New York<sup>188</sup>. La norma escludeva anche il totale assoggettamento ad imposta del contribuente per le operazioni fino a 350 \$, per ogni singola transazione, che riguardasse una vendita nello Stato di New York. La Corte annullò tale norma sulla base del fatto che offriva un trattamento preferenziale, incostituzionale, ai servizi di commercio di azioni forniti nello Stato di New York.

<sup>184</sup> *West Lynn Creamery, Inc. contro Healy*, 512 U.S. 186, 193 (1994).

<sup>185</sup> *Bacchus Imports, Ltd. contro Dias*, 468 U.S. 263 (1984). Come abbiamo detto precedentemente, le categorie di prodotti, produttori e produzione straniera possono sovrapporsi. Anche se alcuni Autori, incluso Hellerstein, hanno classificato il caso di questa sentenza come una agevolazione fiscale per la produzione all’interno dello Stato, HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, v. nota 179, 22, 29, noi crediamo che sia più corretto considerarla come una barriera per i prodotti che giungono da un altro Stato, poiché la norma sembra principalmente mirata a contrastare l’importazione dei prodotti non provenienti dalle Hawaii, piuttosto che contrastare la produzione non Hawaiiiana dei contribuenti Hawaiiiani.

<sup>186</sup> *New Energy Co. of Ind. contro Limbach*, 486 U.S. 269 (1988).

<sup>187</sup> La stessa Corte ha visto il regime dell’Ohio come la costruzione di “una barriera economica contro la competizione, il che equivaleva ad una fortificazione fatta di dazi doganali” LIMBACH, 486 U.S., 275 (che cita il caso *Baldwin contro G.A.F. Seelig, Inc.*, 294 U.S. 511, 527 (1935)). I tributi in questione in tali casi erano imposte sul consumo, non sul reddito, ma non è chiaro se e come questo possa aver influito sull’analisi della Corte.

<sup>188</sup> *Boston Stock Exch. contro State Tax Comm’n*, 429 U.S. 318 (1977).

Con riferimento ai produttori, la Corte ha reso chiaro che la “Commerce Clause” impedisce alle norme tributarie degli Stati di discriminare i produttori che provengono dal di fuori dello Stato, norme che perciò discriminano i competitori di un altro Stato. Per esempio, lo Stato del West Virginia applicò un’imposta sulle entrate lorde delle società produttrici impegnate nella vendita di beni materiali nello Stato e permetteva solo alle società produttrici locali l’esenzione dal tributo<sup>189</sup>. Nello stesso modo lo Stato di Washington impose una tassa sugli “affari e le attività” delle società per il privilegio di essere inseriti nelle attività economiche dello Stato, includendo sia la fabbricazione sia la vendita all’ingrosso<sup>190</sup>. L’imposta prevedeva una “esenzione per varie attività” in base alla quale le attività locali coinvolte sia nella vendita sia nella fabbricazione potevano decurtare dall’imposta di fabbricazione quella parte della propria produzione assoggettata all’imposta sulla vendita all’ingrosso<sup>191</sup>. La Corte bloccò tale disposizione sulla base del fatto che entrambe le imposte erano “evidentemente discriminatorie” nei confronti delle società provenienti da un altro Stato che tentavano di lavorare nello Stato di Washington<sup>192</sup>. Un terzo esempio di una sentenza che ha annullato una discriminazione nei confronti dei produttori non residenti nello Stato, ha riguardato una tassa del Massachusetts e un programma di sussidio in base al quale ogni produttore di latte che svolgeva la sua attività all’interno dello Stato doveva effettuare mensilmente il “versamento di una quota” di un certo ammontare collegato alle fluttuazioni del prezzo nazionale del latte<sup>193</sup>.

Lo Stato poi distribuiva la raccolta mensile alle aziende produttrici di latte nello Stato, le quali ricevevano una quota in proporzione diretta al loro contributo alla produzione totale del latte, non pastorizzato, dello Stato. Ma mentre sia i produttori all’interno sia quelli al di fuori dello Stato effettuavano il pagamento in base a questo programma, solo i produttori all’interno dello Stato ricevevano in compensazione le agevolazioni da parte del fondo, un risultato netto che la Corte ha ritenuto essere discriminatorio.

La Corte Suprema degli Stati Uniti ha colpito anche quelle imposte statali che discriminano la produzione al di fuori dello Stato – ma questo tipo di casi non capita frequentemente<sup>194</sup>. Un esempio di questo genere riguarda una norma dello Stato di New

<sup>189</sup> ARMCO contro Hardesty, 467 U.S. 638 (1984).

<sup>190</sup> Tyler Pipe Indus., Inc. contro Wash. State Dep’t of Revenue, 483 U.S. 232, 232 (1987).

<sup>191</sup> *Id.*

<sup>192</sup> *Id.* at 244, 248; v. anche HELLERSTEIN, *Internal Consistency*, v. nota 179, at 144 (il quale nota che, se ammettiamo per ipotesi che ogni Stato adotti questo tipo di norme, le attività transfrontaliere verrebbero tassate due volte, mentre il contribuente che confina la propria attività in un singolo Stato viene tassato solo una volta).

<sup>193</sup> West Lynn Creamery, Inc. contro Healy, 512 U.S. 186 (1994).

<sup>194</sup> Questo normalmente è dovuto al fatto che gli Stati degli Stati Uniti adottano la formula della ripartizione per distribuire le imposte societarie tra gli Stati, il che riduce il ruolo della tassazione in base alla residenza in quanto i fattori di distribuzione normalmente si riferiscono alla fonte o al consumo. V. il testo di cui alle note 200-207. Vi sono molti casi trattati dinanzi alle Corti statali che riguardano questo tipo di discriminazione. Per esempio, R.J. Reynolds Tobacco Co. contro City of New York Dep’t of Finance, 667 N.Y.S.2d 4 (App. Div. 1997) (nella quale si è ritenuto che un ammortamento accelerato limitato ai beni posseduti nello Stato era discriminatorio nei confronti del commercio interstatale). V., più in generale, HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, v. nota 179, 24-28 (che tratta della giurisprudenza delle Corti statali). La discriminazione nei confronti di redditi di fonte non statunitense basata su un’imposta sul reddito statale violerebbe la “Foreign Commerce Clause”. V., per esempio, Kraft Gen. Foods, Inc. contro Iowa Dep’t of Revenue & Fin., 505 U.S. 71, 79 (1992) (che ha annullato una deduzione per i dividendi percepiti, applicabile al reddito derivante da società nazionali ma non da società straniere e ha stabilito che “una preferenza dello Stato nei confronti del commercio nazionale al di sopra del commercio straniero è incompatibile con la Commerce Clause”).

York che permette alle società madri che possiedono società nazionali per la vendita internazionale (DISCs – Domestic International Sales Corporations), di consolidare il patrimonio e le passività della DISC con quelli della società madre<sup>195</sup>. Lo Stato dava alle società madri un credito che di fatto riduceva l'aliquota applicabile al reddito della DISC del 30% rispetto all'aliquota che altrimenti si sarebbe dovuta applicare. Questo credito si applicava solo alle entrate lorde derivanti dall'esportazione dei prodotti dallo Stato di New York verso l'esterno e, ben più importante, il notevole ammontare del credito dipendeva dalla percentuale dell'attività che la DISC effettuava nello Stato di New York.

La Corte ha ritenuto che questa norma discriminasse le società che producevano al di fuori dello Stato di New York, poiché un aumento nella produzione relativa alla DISC localizzata al di fuori dello Stato riduceva l'agevolazione fiscale all'interno dello Stato.

Un'altra sentenza, in un certo senso sulla stessa linea, ha annullato un'imposta sul "primo utilizzo" di qualsiasi gas naturale all'interno dello Stato, ma la quale consentiva una molteplicità di esclusioni e di crediti per le società che avessero già assolto una "severance tax" (*N.d.T. la severance tax è una tassa per l'estrazione delle risorse naturali che vengono utilizzate in un altro Stato*) per l'estrazione di petrolio e di gas all'interno della Louisiana<sup>196</sup>.

Secondo la Corte questa norma tributaria era discriminatoria nei confronti del commercio interstatale poiché incoraggiava le società "ad investire nella esplorazione e nella estrazione di minerali all'interno della Louisiana piuttosto che... in altri Stati"<sup>197</sup>. In un'altra occasione la Corte ha annullato un'imposta dello Stato del North Carolina sulle proprietà immateriali relativa al corretto valore di mercato sia per le azioni possedute dai residenti nello Stato, sia per le azioni che "riguardavano affari o luoghi commerciali tassabili nello Stato"<sup>198</sup>. Lo Stato aveva imposto il tributo con una aliquota dello 0,25%, ma i residenti potevano calcolare il proprio onere tributario con una deduzione percentuale pari alla quota di vendite, stipendi e proprietà distribuite dalla società nel North Carolina – elementi che determinavano l'ammontare dell'imposta societaria da pagare allo Stato. La Corte ha ritenuto che questo metodo di calcolo fosse discriminatorio nei confronti delle società che localizzavano la propria produzione al di fuori dello Stato.

Ricapitolando, la Corte Suprema ha annullato le norme tributarie degli Stati che favorivano i prodotti, i produttori e la produzione all'interno degli stessi Stati. D'altra parte, la sua giurisprudenza non ha ancora raggiunto lo stesso livello delle sentenze della C. giust. CE, specialmente riguardo alla terza categoria (*N.d.T. la categoria della produzione*)<sup>199</sup>. Noi riteniamo che la ragione principale di questo fatto non sia ravvisabile nelle differenze di approccio nei confronti della non discriminazione che hanno le due

<sup>195</sup> Westinghouse Elec. Corp. contro Tully, 466 U.S. 388 (1984).

<sup>196</sup> Maryland contro Louisiana, 451 U.S. 725, 731 (1981).

<sup>197</sup> *Id.* at 757.

<sup>198</sup> Fulton Corp. contro Faulkner, 516 U.S. 325, 327 (1996).

<sup>199</sup> V., per esempio, CHARLES E. McLURE JR., *The Long Shadow of History: Sovereignty, Tax Assignment and Judicial Decisions on Corporate Income Taxes in the US and the EU 10* (manoscritto inedito) ("Il conflitto tra tre la sovranità tributaria dello Stato e la inapplicata "Commerce Clause" non è mai stato così grande come è nell'analogo conflitto esistente nell'U.E.").

Corti, ma piuttosto nel fatto che la tassazione statale del “reddito d’impresa”<sup>200</sup> delle società normalmente avviene tramite la formula della ripartizione.

In base a tale sistema gli Stati determinano le proprie entrate derivanti dall’imposta societaria distribuendo quote dell’intera base imponibile societaria a ciascuno Stato in base alla quota di salari, patrimonio e vendite che si riferiscono a quello Stato. I salari e il patrimonio sono elementi che riguardano la produzione, mentre le vendite riguardano il consumo. La formula di ripartizione “a tre elementi” divide la base imponibile del reddito dello Stato tra lo Stato della fonte e lo Stato in cui il bene viene consumato, per lo più senza avere riguardo alla residenza della società.

La tassazione del reddito societario effettuata in base alla residenza è quindi molto meno importante per gli Stati degli Stati Uniti rispetto a quanto avviene per gli Stati membri dell’U.E. Non deve sorprendere, perciò, che la Corte Suprema degli Stati Uniti si sia occupata di meno, rispetto alla C. giust. CE, della discriminazione da parte degli Stati contro la produzione straniera da parte dei propri residenti<sup>201</sup>.

Il grande vantaggio di questa formula di ripartizione è quello di evitare lo spinoso problema (che tormenta le amministrazioni fiscali in tutto il mondo) di dover determinare i prezzi di trasferimento delle società collegate per calcolare il reddito all’interno di ciascuno Stato. Ma c’è una difficoltà. Gli economisti considerano la formula della distribuzione delle imposte sul reddito come, in definitiva, una imposizione di oneri fiscali sui vari elementi della formula<sup>202</sup>.

Gli Stati degli Stati Uniti hanno visto che l’elemento dei salari, nella formula, aumenta l’onere tributario dei lavori svolti all’interno dello Stato e che l’elemento del patrimonio aggrava la localizzazione del capitale all’interno dello Stato. Di conseguenza gli Stati si sono mossi verso un maggiore aggravio dell’elemento delle “vendite” all’interno della formula<sup>203</sup>.

Lo Stato dell’Iowa è stato il primo ad eliminare completamente il fattore “patrimonio” e il fattore “salario” dalla formula e ad usare, nella sua formula, solamente il fattore “vendite”<sup>204</sup>. Nel caso *Moorman Manufacturing Co. contro Bair*<sup>205</sup>, la Corte Suprema degli Stati Uniti ha sostenuto la validità costituzionale della formula utilizzata

<sup>200</sup> La maggior parte degli Stati definiscono il reddito d’impresa (*N.d.T. Business Income*), in base al “Uniform Division of Income for Tax Purposes Act” o in base a norme sostanzialmente simili, come quel “reddito che scaturisce dalle transazioni e dalle attività nel normale svolgimento dell’attività o degli affari del contribuente.” Unif. Div. Income Tax Purposes § 1(a), 7A U.L.A. 147 (2002). “Nonbusiness income” (n.d.t. “il reddito diverso dal reddito d’impresa”) viene normalmente distribuito ad uno specifico Stato o a più Stati in base o al luogo in cui il patrimonio produce il reddito (per esempio, gli affitti per le patrimoni immobiliari) o in base al domicilio commerciale del contribuente (per esempio, gli interessi e i dividendi non inerenti all’attività commerciale del contribuente).

<sup>201</sup> La C. giust. CE ha anche più difficoltà a limitare le proprie decisioni in tale maniera, a causa del divieto di “Aiuti di Stato” previsto dal Trattato. V. il testo di cui alle note 96-99. Occorre ricordare che la Corte Suprema, diversamente dalla C. giust. CE, gode di una notevole discrezionalità riguardo ai casi che ritiene di dover affrontare.

<sup>202</sup> Per esempio, AUSTAN GOOLSBEE & EDWARD L. MAYDEW, *Coveting Thy Neighbor’s Manufacturing: The Dilemma of State Income Apportionment*, 75 J. Pub. Econ. 125 (2000); CHARLES E. McLURE JR., *The State Corporate Income Tax: Lambs in Wolves’ Clothing*, in *The Economics of Taxation* 327 (Henry J. Aaron & Michael J. Boskin eds., 1980).

<sup>203</sup> KIRK J. STARK, *The Quiet Revolution in U.S. Subnational Corporate Income Taxation*, 23 St. Tax Notes 775, 780-82 (2002).

<sup>204</sup> *Id.* at 780.

<sup>205</sup> 437 U.S. 267 (1978).

dallo Stato dell'Iowa, basata solo sulle vendite, per distribuire i redditi societari. Per molti anni l'Iowa è stato l'unico Stato ad utilizzare la "Sales-only Formula" (*N.d.T. vedi paragrafo 3.1*) per la ripartizione del reddito societario, ma ora altri cinque Stati hanno iniziato ad usare tale formula e oltre la metà degli Stati danno maggior peso alle vendite rispetto ai fattori del "patrimonio" e del "salario"<sup>206</sup>. In base alla Costituzione degli Stati Uniti, il Congresso ha il potere di stabilire che gli Stati adottino una formula unica per tutti, ma, almeno finora, si è rifiutato di intervenire.

Non essendo d'accordo con la sentenza *Mooman*, Justice Powell ha descritto il suo punto di vista su quale era la posta in gioco: "Il sistema usato dallo Stato dell'Iowa, della formula di ripartizione ad un solo fattore, quello delle vendite – anche se apparentemente neutrale – rappresenta una tariffa sui beni fabbricati in altri Stati e un sussidio per i produttori dell'Iowa che vendono i propri prodotti fuori dall'Iowa"<sup>207</sup>.

Comunque la maggioranza della Corte approvò la formula dell'Iowa rifiutando di accettare la formula a tre fattori come la corretta base di rilevamento per accertare la non discriminazione. In altri termini, la formula basata solo sulle vendite non favorisce la produzione all'interno dello Stato se non si tiene conto delle formule a tre fattori utilizzate dagli altri Stati o se si ritiene che tutti gli Stati si siano diretti verso una formula basata solo sulle vendite. Questo risultato fornisce agli Stati degli Stati Uniti una via di mezzo per favorire la produzione nazionale, una modalità che non esiste nell'U.E.

Un caso importante, attualmente pendente dinanzi alla Corte Suprema, ci può portare a comprendere se il suo approccio nei confronti della discriminazione si stia avvicinando, o meno, a quello della C. giust. CE, riguardo agli investimenti all'estero. Nel caso *Cuno contro Daimler-Chrysler, Inc.*<sup>208</sup>, la sesta "Circuit Court" d'Appello, ha consentito un abbattimento delle imposte locali sul patrimonio, ma ha annullato una norma dell'Ohio che stabiliva un credito di imposta per i nuovi investimenti effettuati nello Stato dell'Ohio. Entrambe le agevolazioni miravano a stimolare le società a localizzare impianti di fabbricazione nello Stato dell'Ohio. La Corte di Appello ha annullato il credito di imposta per gli investimenti sulla base del fatto che questa agevolazione favoriva gli investimenti all'interno dello Stato più di quelli svolti all'esterno dello Stato<sup>209</sup>. Anche se quasi tutti i cinquanta Stati prevedono delle

<sup>206</sup> Georgia, Illinois, Massachusetts, Nebraska e Oregon hanno adottato formule ad un solo fattore, quello delle vendite, e circa la metà degli Stati hanno formule in cui le vendite hanno un peso pari al doppio rispetto agli altri elementi nella loro ripartizione. JEROME R. HELLERSTEIN & WALTER HELLERSTEIN, *State and Local Taxation: Cases and Materials*, 610-11 (8th ed. 2005); v. anche, STARK, v. nota 203, 780-82.

<sup>207</sup> *Mooman*, 437 U.S. at 283-84 (Powell, J., dissenting). Noi non discutiamo sulle riflessioni di Justice Powell riguardo al fatto che la formula basata sulle vendite dell'Iowa sia un sussidio alle esportazioni (quando si confronta con la formula a tre fattori), ma dal momento che sia le vendite dei prodotti dell'Iowa sia quelle dei prodotti di un altro Stato entrano ugualmente nel calcolo dell'imposta dell'Iowa, non non siamo d'accordo sul fatto che tale formula operi necessariamente come una tariffa. V. anche CHARLES E. McLURE JR. & WALTER HELLERSTEIN, *Does Sales-Only Apportionment of Corporate Income Violate International Trade Rules?*, 25 St. Tax Notes 779 (2002) (I quali riflettono su come una formula basata sul solo fattore delle vendite possa essere un illegale sussidio all'esportazione in base ai Trattati sul Commercio Internazionale).

<sup>208</sup> 386 F.3d 738 (6th Cir. 2004), cert. granted sub nom. DaimlerChrysler Corp. contro Cuno, 126 S. Ct. 36 (2005) (No. 04-1704).

<sup>209</sup> La Corte ha stabilito: Se prendiamo due imprese, localizzate allo stesso modo e ognuna soggetta alla tassazione dell'Ohio, l'impresa che sceglie di espandere la propria presenza nello Stato godrà di una riduzione dell'onere fiscale, basata direttamente sul suo nuovo investimento all'interno dello Stato, mentre un competitore che investe fuori dello Stato si ritroverà a sostenere un onere fiscale comparativamente più alto poiché non gli sarà consentito alcun credito nei confronti delle imposte dell'Ohio. *Cuno*, 386 F.3d at 743.

agevolazioni per gli investimenti locali, sono abbastanza poche quelle che sono state annullate e la Corte Suprema non ha ancora apertamente affrontato la questione della loro validità<sup>210</sup>.

Se confermata dalla Corte Suprema, la sentenza *Cuno* annullerà una molteplicità di agevolazioni fiscali emanate per favorire gli investimenti all'interno dello Stato e porterebbe gli Stati Uniti ancora di più verso il basso, verso quel percorso intrapreso dalla C. giust. CE con riferimento a questo tipo di discriminazione – e ancora di più dentro quel labirinto di impossibilità che abbiamo descritto<sup>211</sup>.

Mentre alcuni, compreso il Professor Hellerstein<sup>212</sup>, hanno discusso sul fatto che il caso *Cuno* può essere facilmente distinto dal caso *Moorman*, noi non siamo della stessa opinione. Il sistema del credito per gli investimenti applicato dall'Ohio è semplicemente un metodo meno costoso per favorire gli investimenti interni rispetto a quelli al di fuori dello Stato<sup>213</sup>.

Piuttosto che utilizzare la formula basata solo sul fattore delle vendite, per evitare di tassare qualsiasi patrimonio localizzato all'interno dello Stato, il credito è diretto solo ai nuovi investimenti.

Pur non essendo l'oggetto principale della nostra trattazione, noi riteniamo che la Corte Suprema degli Stati Uniti dovrebbe mantenere l'agevolazione del credito per gli investimenti dell'Ohio ed evitare di fare ulteriori passi verso quell'enigma che è sorto in seguito alle sentenze della C. giust. CE<sup>214</sup>.

Prendendo questa posizione, comunque, vorremmo precisare che noi non intendiamo appoggiare le agevolazioni tributarie locali che si comportano in tale modo. La "Commerce Clause" dà al Congresso il potere di determinare l'ambito in cui tali agevolazioni dovrebbero essere consentite. È stata presentata al Congresso

<sup>210</sup> Un autore ha affermato che quarantasei Stati offrono più di 330 "statutory income" (*N.d.T. il reddito imponibile è composto dal reddito ordinario e dallo "statutory income", il quale è un reddito normalmente non tassabile e diviene imponibile solo in base ad una specifica norma di legge – ad esempio l'imposta sui Capital Gain*) o concedono crediti di imposta. TIMOTHY H. GILLIS, *Sixth Circuit Bans Ohio Tax Credit Under the Commerce Clause, Casting a Pall on Incentives*, 101 J. TAX'N 359, 360 (2004). Un altro studio di quarantotto Stati ha trovato che solo lo Stato dello Wyoming non ha emanato alcuna agevolazione per la localizzazione del reddito tra il 1991 e il 1993. PETER D. ENRICH, *Saving the States from Themselves: Commerce Clause Constraints on State Tax Incentives for Business*, 110 HARV. L. REV. 377, 383-84 (1996); v. anche CHRIS MICHELI, *A 50-State Comparison of Tax Incentives for Manufacturing Equipment Purchases*, 12 St. Tax Notes 1739 (1997) (che illustra come quasi tutti gli Stati prevedono agevolazioni fiscali o comunque economiche per le attività economiche locali).

<sup>211</sup> La Corte Suprema può rifiutarsi di valutare nel merito questo caso sulla base del fatto che *Cuno* e gli altri attori sono privi dell'"interesse ad agire" ("lack standing"). (*N.d.T. negli Stati Uniti una persona non può lamentare in giudizio l'incostituzionalità di una norma a meno che non dimostri di essere danneggiato da tale norma. Altrimenti la Corte dichiara che l'attore è "lacks standing" per poter portare avanti l'azione legale e rigetterà il caso senza valutare nel merito l'eccezione di incostituzionalità*) V. *DaimlerChrysler Corp. contro Cuno*, 126 S. Ct. 36, 36 (2005) (è stata accordata la richiesta degli atti processuali ed è stato ordinato alle parti di riassumere la questione "se i convenuti intendono impugnare il credito d'imposta per gli investimenti dell'Ohio").

<sup>212</sup> HELLERSTEIN, *State Tax Jurisprudence*, v. nota 179, 29-34.

<sup>213</sup> Un altro esempio potrebbe essere quello dell'utilizzo da parte degli Stati della norma sulla produzione nazionale di cui al § 199 dell'"Internal Revenue Code". I.R.C. § 199 (West Supp. 2005).

<sup>214</sup> Un ulteriore ragione per evitare di annullare il credito d'imposta per gli investimenti dell'Ohio è il fatto che le sovvenzioni dirette per incoraggiare la produzione all'interno di uno Stato sono state permesse dall'interpretazione che la Corte Suprema ha dato sulla Costituzione degli Stati Uniti. V. EDWARD A. ZELINSKY, *Cuno v. DaimlerChrysler: A Critique*, 34 St. Tax Notes 37 (2004); EDWARD A. ZELINSKY, *Restoring Politics to the Commerce Clause: The Case for Abandoning the Dormant Commerce Clause Prohibition on Discriminatory Taxation*, 29 Ohio N.U. L. Rev. 29 (2002). L'Europa non ha la stessa incoerenza tra le agevolazioni fiscali e i consumi diretti, a causa del divieto di "Aiuti di Stato" previsto dal Trattato. V. il testo di cui alle note 96-99.

una normativa che permetterebbe il credito d'imposta per gli investimenti, dello stesso tipo di quel credito che è stato invalidato dalla Corte nel caso *Cuno*, e più in generale tale normativa autorizzerebbe gli Stati a consentire agevolazioni fiscali che altrimenti potrebbero essere ritenute incostituzionali in quanto discriminatorie<sup>215</sup>. Tali disegni di legge tentano però di non capovolgere il resto della giurisprudenza della Corte Suprema in tema di "*Commerce Clause*" – bisogna ammettere che si tratta di un compito difficile<sup>216</sup>. Ma il Congresso, e non la Corte, è l'organo più appropriato per decidere se permettere agli Stati di dare agevolazioni per gli investimenti locali e se il Congresso si esprimerà, quasi certamente risponderà in modo affermativo.

#### 4.2. Gli effetti delle sentenze della C. giust. CE per gli Stati Uniti

Abbiamo iniziato la nostra riflessione sulle sentenze della Corte Suprema, nel paragrafo precedente, chiedendoci se tali sentenze possano aiutare a risolvere l'enigma creato dalla C. giust. CE.

Proviamo ora a rivoltare la domanda e chiediamoci quali effetti vi sono per gli Stati Uniti, se ve ne sono, come conseguenza della giurisprudenza della C. giust. CE. Esamineremo le implicazioni sulle sentenze degli Stati Uniti, sulle norme dei Trattati in materia tributaria, sui vincoli alla tassazione da parte del WTO, sulle Convenzioni bilaterali Europee contro la doppia imposizione, e sul livello della tassazione societaria nell'U.E.

La prima questione è se l'ottica della C. giust. CE riguardo ai requisiti Europei della non discriminazione possa trovare un suo percorso nella giurisprudenza delle Corti degli Stati Uniti.

Questo potrebbe accadere in due modi: primo, con le interpretazioni date dalla Corte Suprema sul requisito di non discriminazione previsto dalla "*Commerce Clause*" nella Costituzione degli Stati Uniti, riguardo alla tassazione statale del commercio interstatale; e secondo, con le interpretazioni giudiziali del requisito di non discriminazione previsto dalle Convenzioni bilaterali in materia di imposte sul reddito, ratificate dagli Stati Uniti.

I commentatori spesso hanno osservato – e a volte non favorevolmente – che negli ultimi anni la Corte Suprema degli Stati Uniti, nell'interpretazione della Costituzione degli Stati Uniti, ha prestato attenzione alla prassi e alla giurisprudenza straniera<sup>217</sup>.

Non dovremmo sorprenderci, quindi, se la giurisprudenza della C. giust. CE, nel futuro, dovesse influenzare le sentenze della Corte Suprema sulla costituzionalità di norme tributarie statali all'interno degli Stati Uniti.

Anche se, come abbiamo già detto, questi casi sorgono in un contesto politico e istituzionale abbastanza diverso da quello Europeo, comunque spesso coinvolgono problematiche simili: la legalità degli strumenti utilizzati dai Governi dei vari Stati, che possono essere discriminatori nei confronti della libera circolazione intestatale di beni, servizi, lavoro e capitali.

<sup>215</sup> H.R. 2471, 109th Cong. (2005); S. 1066, 109th Cong. (2005). Questi disegni di legge sono identici.

<sup>216</sup> V. WALTER HELLERSTEIN, *Cuno and Congress: An Analysis of Proposed Federal Legislation Authorizing State Economic Development Incentives*, 3 (2005) (manoscritto inedito) ("Il Congresso deve agire con una precisione chirurgica se vuole che l'operazione riesca senza uccidere il paziente.")

<sup>217</sup> V., per esempio, VICKI C. JACKSON, *Constitutional Comparisons: Convergence, Resistance, Engagement*, 119 Harv. L. Rev. 109 (2005); JEREMY WALDRON, *Foreign Law and the Modern Ius Gentium*, 119 Harv. L. Rev. 129 (2005); ERNEST A. YOUNG, *Foreign Law and the Denominator Problem*, 119 Harv. L. Rev. 148 (2005).



La nostra riflessione sulle implicazioni, sia giuridiche sia di politica fiscale, delle sentenze della C. giust. CE sulla tassazione societaria e sullo sforzo della Corte Suprema nei confronti di problematiche simili, rende chiaro che non considereremo l'importazione della giurisprudenza della C. giust. CE da parte della Corte Suprema degli Stati Uniti come uno sviluppo positivo. Abbiamo evidenziato le differenze tra i contesti e le strutture politiche dell'Europa e quelle degli Stati Uniti, inclusa l'esistenza di una imposta federale sul reddito negli Stati Uniti<sup>218</sup>. Ma ancora più importante, l'Europa non ha un organo legislativo con gli stessi poteri del nostro Congresso e in grado di legiferare su tali materie. Inoltre, la giurisprudenza della C. giust. CE sulla non discriminazione è, dal nostro punto di vista, una ricerca di un obiettivo irraggiungibile in assenza di imposte sul reddito armonizzate tra loro – cioè il risultato simultaneo di una neutralità basata sia sull'origine sia sulla destinazione.

Per questa ragione, tra le altre, questo risultato è intrinsecamente instabile. Nonostante i gravi difetti delle sentenze della Corte Suprema in tale contesto, il guardare alla C. giust. CE in cerca di un aiuto non sembra saggio.

Nel contesto abbastanza differente delle Corti Federali che interpretano le norme sulla non discriminazione delle Convenzioni bilaterali in materia di imposte sui redditi stipulate dagli Stati Uniti, riteniamo che sia improbabile che i casi decisi dalla C. giust. CE abbiano un impatto visibile nelle decisioni delle Corti degli Stati Uniti<sup>219</sup>. Ricordiamo che per gli Stati Uniti gli obblighi derivanti dalle norme sulla non discriminazione previste nei Trattati si estendono solo agli investimenti in entrata – in questo caso, gli investimenti negli Stati Uniti. Sia il Dipartimento del Tesoro sia le Corti degli Stati Uniti hanno avuto una visione più ristretta dell'estensione di tali obblighi rispetto a quella che ha avuto la C. giust. CE riguardo ai requisiti di non discriminazione previsti nel Trattato CE.

Gli Stati Uniti, per esempio, hanno sostenuto a lungo che le proprie norme sulla *Thin Capitalization*<sup>220</sup>, che sono state create principalmente per limitare la possibilità per le società figlie statunitensi di società madri straniere di spostare i guadagni fuori dagli Stati Uniti, non sono discriminatorie sulla base del fatto che queste norme colpiscono tutti i soggetti che sono esenti dalla tassazione statunitense, non solamente gli stranieri<sup>221</sup>. La C. giust. CE, di contro, ha annullato delle limitazioni simili, fatte dalla Germania, sulle deduzioni degli interessi<sup>222</sup>.

Vi sono ulteriori esempi. La C. giust. CE, per esempio, ha annullato la "exit tax" che si applicava ai contribuenti che lasciavano uno Stato membro per trasferirsi in un altro Stato membro, mentre gli Stati Uniti permettono questo tipo di imposta<sup>223</sup>.

<sup>218</sup> V. il testo di cui alla nota 183.

<sup>219</sup> V. anche BENNETT, nota 30 (manoscritto, 2-3, 31-32).

<sup>220</sup> I.R.C. § 163(j) (West 2002 & Supp. 2005).

<sup>221</sup> V. BENNETT, nota 30 (manoscritto, 19).

<sup>222</sup> Sentenza C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH contro Finanzamt Steinfurt, 2002 E.C.R. I-11,779.

<sup>223</sup> V. la Sentenza C-9/02, De Lasteyrie du Saillant contro Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, 2004 E.C.R. I-2409 (che colpisce una imposta francese per il trasferimento di azioni all'estero). Gli Stati Uniti, al contrario, ritengono che sia compatibile con i propri obblighi previsti dal Trattato l'applicare un dazio in base alla norma di cui al § 367 (e)(2) (2000) dell'I.R.C. (Internal Revenue Code) quando dei patrimoni valutati vengono trasferiti a società madri straniere. I.R.S. Notice 87-66, 1987-2 C.B. 376 (resa obsoleta, ma non abrogata, da Rev. Rul. 2003-99, 2003-2 C.B. 388). BENNETT, nota 30 (manoscritto, 42-43), ritiene che se uno Stato membro avesse una norma come quella di cui al § 367(e)(2), questa verrebbe annullata dalla C. giust. CE.

Appare improbabile che le sentenze della C. giust. CE sulla discriminazione nei confronti degli investitori in entrata possano incidere, se non altro, sulle decisioni delle Corti degli Stati Uniti, con riferimento a ciò che rappresenta, o meno, una discriminazione in base alle Convenzioni bilaterali in materia di imposte sul reddito stipulate dagli Stati Uniti.

Un più probabile percorso è che le sentenze della C. giust. CE sulla discriminazione nei confronti degli investimenti in entrata influiscano sulle interpretazioni da parte dell'OCSE riguardo alla norma sulla non discriminazione presente nel Modello di Convenzione<sup>224</sup>.

Sia l'interpretazione data dalla C. giust. CE sugli obblighi derivanti dal Trattato CE sia le interpretazioni degli Stati Uniti e dell'OCSE sugli obblighi di non discriminazione previsti nelle Convenzioni in materia di imposte sui redditi, richiedono che lo Stato della fonte non tratti una filiale o una controllata di una società straniera che esercita la sua attività nello Stato della fonte (una "stabile organizzazione" nel linguaggio utilizzato dal Trattato) in modo meno favorevole rispetto a come tratta una filiale o controllata nazionale che esercita la sua attività in quello Stato.

La principale distinzione è che i requisiti di non discriminazione della C. giust. CE si applicano anche agli investitori stranieri, mentre non accade lo stesso in base alle norme previste dai Trattati in materia di imposte sui redditi. Anche quei casi in cui la C. giust. CE ha affrontato la discriminazione nei confronti dei servizi forniti da uno straniero vanno oltre i requisiti di non discriminazione previsti dai Trattati in materia di imposte sui redditi. In futuro il Modello di Convenzione bilaterale contro la doppia imposizione dell'OCSE (e quindi le interpretazioni dell'OCSE) potrebbe avvicinarsi alla giurisprudenza della C. giust. CE in tema di investimenti in entrata. Pur avendo sempre adottato un proprio Modello di Convenzione, che differisce in qualche misura rispetto al Modello OCSE, gli Stati Uniti sono sempre stati fortemente influenzati dal Modello OCSE e dalle sue interpretazioni. Non ci sorprenderemmo, perciò, se anche il Modello di convenzione degli Stati Uniti si dovesse avvicinare ad una più ampia visione della discriminazione riguardo agli investimenti in entrata<sup>225</sup>.

Né il Modello di convenzione dell'OCSE né le Convenzioni bilaterali stipulate dagli Stati Uniti limitano il diritto dello Stato di residenza di tassare gli investimenti in uscita, eccetto quegli articoli che prevedono che la doppia imposizione sia risolta o con un credito per le imposte straniere o con una esenzione per il reddito straniero<sup>226</sup>.

Sebbene l'OCSE abbia dichiarato la propria intenzione di riesaminare il campo di applicazione della non discriminazione all'interno delle Convenzioni in materia tributaria<sup>227</sup>, che probabilmente potrebbe condurre ad una norma che si applichi agli investimenti in uscita, noi riteniamo che sia inimmaginabile che gli Stati Uniti accettino di estendere i propri Trattati in materia di imposte sul reddito, imitando la giurisprudenza della C. giust. CE in tale ambito. Gli Stati Uniti, semplicemente, non rinunceranno alla propria libertà di prevedere agevolazioni per gli investimenti

<sup>224</sup> V. il MODELLO DI CONVENZIONE DELL'OCSE all'art. 24, v. nota 30; BENNETT, nota 30 (manoscritto, 54-55).

<sup>225</sup> V. BENNETT, nota 30 (manoscritto, 53-55).

<sup>226</sup> V. il testo di cui alla nota 32.

<sup>227</sup> V. BENNETT, nota 30 (manoscritto, 3, n. 4).

nazionali o per altre attività, quali la ricerca e lo sviluppo o le esplorazioni nazionali per le risorse energetiche.

La giurisprudenza sulla non discriminazione della C. giust. CE potrebbe influire sulla politica fiscale degli Stati Uniti anche in un terzo ambito: il WTO. Il GATT (e i suoi successori), che il WTO ha l'incarico di rafforzare, proibisce i sussidi all'esportazione. Come abbiamo già detto questo ha portato il WTO (e i suoi predecessori) a colpire alcune norme degli Stati Uniti in materia di imposte sui redditi sulla base del fatto che prevedevano agevolazioni per gli esportatori nazionali, non disponibili per i produttori stranieri. Nel 2004 il Congresso ha risposto con la sostituzione di una speciale deduzione disponibile solo per le attività di fabbricazione nazionale<sup>228</sup>. In base alle norme del WTO, come vengono attualmente interpretate, questo tipo di sussidio è valido poiché è disponibile per la fabbricazione nazionale di beni, sia che vengano esportati sia che non vengano esportati. La C. giust. CE, d'altra parte, probabilmente annullerebbe una tale norma in quanto discriminatoria nei confronti della produzione straniera – una violazione della libera circolazione dei capitali o della libertà di stabilimento garantite dal Trattato CE. È immaginabile – ma improbabile – che il WTO, un giorno, possa estendere anche a questo tipo di sussidi il suo ragionamento sui sussidi all'esportazione, sulla base del fatto che questi ostacolano la libera circolazione dei beni e dei servizi.

Questo rappresenterebbe un maggiore ampliamento degli obblighi imposti alla legislazione nazionale da parte del WTO, che, sia per motivi giuridici sia per le ragioni di politica fiscale di cui abbiamo parlato, incontrerebbe una grande resistenza da parte di molti membri del WTO, inclusi gli Stati Uniti. Non crediamo che il WTO si spingerebbe così oltre senza una esplicita autorizzazione mediante un nuovo Trattato – autorizzazione che sicuramente non verrebbe concessa.

Riguardo all'ampia diffusione delle Convenzioni bilaterali in materia tributaria ora in vigore in tutto il mondo, la giurisprudenza della C. giust. CE fa sollevare un'altra domanda importante: può essere ancora sostenuta la natura bilaterale di questi trattati, quando uno Stato membro dell'U.E. è una delle parti?<sup>229</sup> In numerose sentenze in materia tributaria la C. giust. CE ha chiarito che, insieme agli altri propri poteri in materia tributaria, gli Stati membri devono esercitare i propri diritti di adesione ai Trattati in materia tributaria in modo tale che siano compatibili con la legislazione dell'U.E.<sup>230</sup> Quando la C. giust. CE ha ritenuto che un Trattato bilaterale violasse una delle quattro libertà, ha generalmente richiesto allo Stato membro in difetto di estendere ai residenti degli altri Stati membri, unilateralmente, i benefici previsti dal Trattato<sup>231</sup>.

Se gli Stati membri potranno mantenere totalmente l'aspetto bilaterale dei Trattati, comunque, è stato trattato in alcune sentenze della C. giust. CE, le cosiddette

<sup>228</sup> I.R.C. § 199 (West Supp. 2005).

<sup>229</sup> V., per esempio, RUTH MASON, *U.S. Tax Treaty Policy and the European Court of Justice* (Oct. 21, 2005) (manoscritto inedito) (il quale riflette su una Convenzione multilaterale in materia tributaria tra gli Stati Uniti e i Paesi membri dell'U.E.).

<sup>230</sup> V., per esempio, la sentenza C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland* contro *Finanzamt Aachen-Innenstadt*, 1999 E.C.R. I-6161; Sentenza C-336/96, *Gilly* contro *Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, 1998 E.C.R. I-2793.

<sup>231</sup> Per esempio, *Saint-Gobain*, 1999 E.C.R. I-6161.

sentenze *Open-Skies*<sup>232</sup>. In quei casi la C. giust. CE ha ritenuto che le norme degli accordi bilaterali sul trasporto aereo tra gli Stati Uniti e vari Paesi membri violassero l'obbligo di garantire la libertà di stabilimento previsto nel Trattato CE. Questo ha creato un dilemma poiché non è possibile per uno Stato membro Europeo estendere a cittadini di altri Stati membri, unilateralmente, le agevolazioni del Trattato accordate dagli Stati Uniti. Né potrebbe uno Stato membro costringere gli Stati Uniti a permettere a tutti i cittadini Europei di godere delle agevolazioni previste dal Trattato. Alla fine i Trattati bilaterali sul trasporto aereo sono stati salvati quando gli Stati Uniti hanno accettato le nuove disposizioni, permettendo la proprietà e il controllo a cittadini Europei di altri Stati membri.

Come risultato i cittadini Britannici, per esempio, possono ora possedere e controllare una compagnia aerea Francese e beneficiare dei vantaggi del Trattato in vigore tra Francia e Stati Uniti<sup>233</sup>.

Le Convenzioni bilaterali in tema di imposte sui redditi tra gli Stati membri dell'U.E. e gli Stati Uniti ormai contengono regolarmente clausole di "limitazione dei benefici", le quali sono finalizzate a limitare, ai soli residenti fiscali dello Stato contraente, i benefici derivanti dai Trattati<sup>234</sup>.

Il Trattato tra gli Stati Uniti e i Paesi Bassi, per esempio, concede la sua aliquota ridotta per le ritenute su dividendi, interessi e royalties, alle società solo se "più del 30 per cento dei voti totali e del valore... è posseduto, direttamente o indirettamente, da persone qualificate residenti nei Paesi Bassi"<sup>235</sup>.

Mentre le intenzioni di queste "clausole di limitazione" sono generalmente le stesse, i particolari di queste variano a seconda di quando sia stato negoziato il Trattato e a volte in base a specifiche considerazioni bilaterali<sup>236</sup>. Le sentenze *Open-Skies* della C. giust. CE ritengono che queste clausole debbano essere rinegoziate per permettere i benefici anche ai cittadini degli altri Stati membri.

Le sentenze *Open-Skies*, insieme ad alcune altre sentenze in materia tributaria<sup>237</sup>, sollevano la domanda più importante, ossia se un Paese membro dell'U.E. possa aderire ad un Trattato con un Paese non appartenente all'U.E., in base al quale i propri cittadini sono trattati in modo più favorevole rispetto ai cittadini di qualsiasi

<sup>232</sup> Sentenza C-475/98, Commission contro Austria, 2002 E.C.R. I-9797; Sentenza C-471/98, Commission contro Belgium, 2002 E.C.R. I-9681; Sentenza C-467/98, Commission contro Denmark, 2002 E.C.R. I-9519; Sentenza C-476/98, Commission contro Germany, 2002 E.C.R. I-9855; Sentenza C-472/98, Commission contro Luxembourg, 2002 E.C.R. I-9741; Sentenza C-468/98, Commission contro Sweden, 2002 E.C.R. I-9575; Sentenza C-466/98, Commission contro United Kingdom, 2002 E.C.R. I-9427; v. anche GEORG W. KOFLER, *European Taxation Under an 'Open Sky': LoB Clauses in Tax Treaties Between the U.S. and EU Member States*, 35 Tax Notes Int'l 45 (2004).

<sup>233</sup> Nessun Accordo bilaterale intra-Europeo in materia di trasporti è stato, comunque, concluso da quando sono intervenute le sentenze *Open-Skies*.

<sup>234</sup> V., per esempio, l'art. 22 del Modello di Convenzione degli Stati Uniti per le imposte sul reddito e sui capitali (1996) (Dipartimento del Tesoro degli Stati Uniti).

<sup>235</sup> Art. 26, ¶ 4, Convenzione tra Stati Uniti e Paesi Bassi, Dec. 18, 1992, S. Treaty Doc. No. 103-6 (1993).

<sup>236</sup> Compara l'art. 28 della Convenzione tra gli Stati Uniti e la Repubblica Federale Tedesca, Aug. 29, 1989, S. Treaty Doc. No. 101-10 (1990) (che stabilisce alcune limitazioni sui benefici), con l'art. 26, ¶ 4, della Convenzione citata alla nota 235.

<sup>237</sup> Sentenza C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland contro Finanzamt Aachen-Innenstadt, 1999 E.C.R. I-6161; HANS VAN DEN HURK, *Is the Ability of the Member States To Conclude Tax Treaties Chained Up?*, 13 Ec Tax Rev. 17 (2004).

altro Paese membro dell'U.E. La questione cruciale per gli Stati Uniti sarebbe, dunque, quella di vedere se la C. giust. CE ha voluto imporre una regola basata sulla "nazione più favorita" che, in sostanza, non terrebbe conto della natura bilaterale delle Convenzioni in materia tributaria.

Una conclusione dell'Avvocato Generale in una recente questione dinanzi alla C. giust. CE, che riguardava il ricorso di un residente in Germania per ottenere l'esenzione dall'imposta sul patrimonio (N.d.T. *posseduta nei Paesi Bassi*), così come era concessa dai Paesi Bassi ai residenti del Belgio in base ad una Convenzione bilaterale, riteneva che – almeno per le Convenzioni bilaterali tra i Paesi membri dell'U.E. – uno Stato membro non potesse concedere benefici ai cittadini di un altro Stato membro senza rendere disponibili gli stessi benefici ai cittadini di tutti gli Stati membri<sup>238</sup>. Accordando al querelante Tedesco gli stessi benefici concessi a qualsiasi cittadino Belga in base al Trattato, l'Avvocato Generale ha dichiarato: "L'accettazione di obblighi di reciprocità con un altro Stato membro, che limitano la libertà di circolazione dei cittadini dei paesi terzi Europei, è in contrasto con il diritto comunitario. Non va dimenticato che le norme nazionali, di cui fanno parte i trattati internazionali validamente stipulati e ratificati, non possono violare le libertà fondamentali del sistema giuridico Europeo..."

...

... Sono consapevole dei rischi che le precedenti considerazioni comportano per l'equilibrio e la reciprocità che sono alla base del regime delle convenzioni per evitare la doppia imposizione; tali inconvenienti non possono però costituire ostacoli alla costruzione di un mercato unico....

Gli Stati membri interessati sono tenuti a cercare altre formule che, nel raggiungere tale obiettivo, non pregiudichino, in violazione dell'ordinamento giuridico comunitario, i cittadini di altri Stati membri"<sup>239</sup>.

La C. giust. CE giunse ad una conclusione diversa<sup>240</sup>. Ritenne compatibile la norma dei Paesi Bassi che permette l'esenzione dall'imposta sulla ricchezza solo ai propri residenti, sulla base del fatto che "la situazione di un residente e quella di un non residente sono un criterio non comparabile"<sup>241</sup>. E – citando le argomentazioni di numerosi Stati membri che ritenevano che una decisione contraria avrebbe portato a conseguenze "pericolose" e ad una "incertezza giuridica" per le Convenzioni bilaterali in materia tributaria – la Corte ha anche ritenuto che il trattamento più favorevole concesso dai Paesi Bassi ad un residente del Belgio in base al Trattato bilaterale non rappresentava una violazione della normativa CE<sup>242</sup>. La Corte, comunque, non ha trascurato un importante precedente giurisprudenziale, nel quale riteneva che uno

<sup>238</sup> Sentenza C-376/03, D. contro Inspecteur van de Belastingdienst (Oct. 26, 2004) (conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricercare la sentenza "C-376/03").

<sup>239</sup> *Id.* ¶¶ 97, 101.

<sup>240</sup> Sentenza C-376/03, D. contro Inspecteur van de Belastingdienst, 2005 Ecj Celex Lexis 349 (July 5, 2005); v. anche Sentenza C-374/04, Test Claimants contro Comm'rs of Inland Revenue ¶¶ 97-103 (Feb. 23, 2006) (conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed), <http://www.curia.eu.int/en/content/juris/index.htm> (ricerca le sentenza "C-374/04") (il quale rifiuta l'idea di estendere, ai residenti di Paesi terzi, i benefici delle Convenzioni bilaterali in materia tributaria).

<sup>241</sup> Inspecteur van de Belastingdienst, 2005 Ecj Celex Lexis ¶ 34.

<sup>242</sup> *Id.* ¶¶ 48, 63.

Stato membro dovesse estendere i benefici di una Convenzione bilaterale in materia di imposte sul reddito ad una stabile organizzazione posseduta dai cittadini di uno Stato membro che non era parte del Trattato<sup>243</sup>. Invece l'accento, nella sentenza sull'imposta di ricchezza, è stato posto sui diritti e sugli obblighi reciproci che rappresentano una "conseguenza insita nelle Convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione"<sup>244</sup>.

Date le loro conclusioni contraddittorie, è difficile sapere quali saranno le decisioni della C. giust. CE riguardo alle Convenzioni bilaterali in materia tributaria. Il linguaggio usato dalla Corte suggerisce che i risultati dipenderanno dalla sua valutazione, se questa riterrà, o meno, che il residente e il non residente si trovino in "circostanze simili", il che appare abbastanza una questione di mero fatto.

La sentenza della Corte nel caso riguardante l'imposta di ricchezza dei Paesi Bassi ci fa pensare che non intenda imporre un requisito generale di "nazione più favorita" nelle Convenzioni bilaterali in materia tributaria e sembra, almeno per ora, che la Corte non cercherà di scalzare neanche le Convenzioni bilaterali intra-Europee in materia tributaria<sup>245</sup>. La grande divergenza tra le conclusioni dell'Avvocato Generale e la Corte, in proposito, è degna di nota e la sentenza della Corte è stata fortemente criticata da alcuni sostenitori dell'integrazione Europea<sup>246</sup>. Anche la risultante incertezza riguardo alle Convenzioni bilaterali in materia tributaria rende poco chiaro se la C. giust. CE approverà o meno le clausole di "limitazione dei benefici."

Come minimo gli Stati Uniti dovranno tener conto dei possibili interventi della C. giust. CE quando andranno a negoziare i Trattati bilaterali in materia tributaria con gli Stati membri dell'U.E. Nel lungo periodo gli Stati Uniti dovrebbero iniziare a considerare quale tipo di Trattato sarebbero disposti a negoziare con l'intera Europa, nella sua totalità<sup>247</sup>. Sulla questione delle compagnie aeree gli Stati Uniti hanno cercato di evitare un Trattato multilaterale Europeo, soprattutto per continuare a chiedere ai Britannici di aumentare i diritti di atterraggio all'Aeroporto di Londra Heathrow.

In tema di imposte sul reddito, data la grande differenza sia di aliquote sia di capacità delle Amministrazioni Finanziarie tra i venticinque Paesi membri dell'U.E., gli Stati Uniti dovrebbero, semmai, avvicinarsi lentamente all'idea di un Trattato Europeo "ad una misura che si adatti a tutti" (one-size-fits-all). Ma nel futuro potrebbe essere proprio quello che la giurisprudenza della C. giust. CE richiederà.

Infine – e forse più importante – gli uomini politici degli Stati Uniti devono iniziare a chiedersi come la nostra nazione si comporterebbe se, nel futuro, l'effetto della giurisprudenza della C. giust. CE in materia di imposta sulle società sarà quello di smantellare le imposte sul reddito societario in Europa. L'indietreggiamento Europeo sull'integrazione del credito sui dividendi per l'imposta societaria ha già avuto un certo impatto sulle negoziazioni dei Trattati tra gli Stati Uniti e alcuni *partners* Europei e può aver influenzato la decisione degli Stati Uniti di scegliere una esclusione dei dividendi

<sup>243</sup> *Id.* ¶ 56 (il quale cita la sentenza C-307/97, *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland* contro Finanzamt Aachen-Innenstadt, 1999 E.C.R. I-6161).

<sup>244</sup> *Id.* ¶ 61.

<sup>245</sup> V. MARCEL BUUR, *ECJ Rejects 'Most Favored Nation' Argument in Dutch-German Tax Case*, *Worldwide Tax Daily*, July 7, 2005, 2005 WTD 129-2 (LEXIS).

<sup>246</sup> V., per esempio, VAN THIEL, nota 169, 455-57.

<sup>247</sup> V. MASON, nota 229 (il quale ritiene che un Trattato multilaterale tra Stati Uniti e U.E. sarebbe una risposta alle sentenze della C. giust. CE).

(o una aliquota più bassa sui dividendi per gli azionisti) piuttosto che i crediti per gli azionisti, nonostante un Rapporto del Tesoro del 1992 ritenesse che questo percorso, indubbiamente, giocava un ruolo più importante<sup>248</sup>.

Come abbiamo già detto, un orientamento delle sentenze della C. giust. CE in tema di imposta societaria ha annullato le norme degli Stati membri create per limitare la possibilità dei contribuenti di trasferire il reddito da uno Stato membro a tassazione elevata verso uno Stato membro a bassa tassazione.

Qui abbiamo sottolineato l'annullamento, comminato dalla Corte nella sentenza *Lankhorst-Hohorst*, della normativa Tedesca che vietava di svuotare gli utili di una società tramite eccessive deduzioni degli interessi e la sentenza *Marks & Spencer*, che ha richiesto al Regno Unito di consentire che le perdite straniere fossero compensate con gli utili nazionali. Ma una varietà di ulteriori limitazioni sono ancora a rischio.

Molti commentatori ritengono, per esempio, che la C. giust. CE probabilmente riterrà che quelle norme ampiamente diffuse, che limitano la possibilità per le società di utilizzare "società straniere controllate" (CFC) per spostare i redditi mobili da uno Stato membro ad alta tassazione verso uno Stato membro a bassa tassazione, violino gli articoli sulla libera circolazione dei capitali o sulla libertà di stabilimento previste dal Trattato CE<sup>249</sup>. Sentenze come queste rischiano di rendere molto difficile il coordinamento delle imposte sul reddito societario in Europa.

Nel caso in cui l'Europa diventasse un luogo in cui il reddito societario può facilmente sfuggire a tassazione, sarebbero numerose le possibili risposte degli Stati Uniti<sup>250</sup>.

Alcuni politici, riguardo alla possibilità per le società degli Stati Uniti di spostare la fabbricazione e altri investimenti in Europa – politici interessati principalmente a mantenere la neutralità dell'esportazione dei capitali – proporranno norme che impongano maggiori imposte sul reddito negli Stati Uniti per tali investimenti.

Altri politici, riguardo al mantenimento della competitività delle società degli Stati Uniti che fanno affari in Europa, "faccia a faccia" con le società Europee che operano lì – politici interessati principalmente alla neutralità dell'importazione dei capitali – non solo resisteranno a qualsiasi sforzo per inasprire le imposte degli Stati Uniti sugli investimenti all'estero, ma proporranno anche delle riduzioni delle imposte sul reddito societario negli Stati Uniti, nel tentativo di rendere più appetibili gli investimenti negli Stati Uniti<sup>251</sup>.

<sup>248</sup> V. U.S. Dep't of the Treasury, nota 75. Gli Stati Uniti attualmente tassano i dividendi con una aliquota del quindici per cento. V. I.R.C. § 1(h)(11) (West Supp. 2005). Il Presidente Bush ha proposto una esclusione del cento per cento per i dividendi derivanti dai guadagni sui quali le imposte societarie sono state già pagate.

<sup>249</sup> V. nota 102.

<sup>250</sup> Abbiamo già visto come il dibattito si allargherà nella controversia sulla pubblicazione da parte del Tesoro della "Circolare" (N.d.T. *Notice*) dell'I.R.S. (N.d.T. *Internal Revenue Service – Agenzia Governativa per l'Amministrazione Tributaria*) n. 98-11, 1998-1 C.B. 433, la quale rispondeva ad alcune tecniche di pianificazione fiscale che riducono le imposte societarie in Europa. In quella Circolare, l'I.R.S. attaccava le transazioni che riducevano le imposte delle società statunitensi che operavano nei Paesi stranieri. Questo scatenò una "esplosione di critiche" che accusavano il Tesoro e l'IRS di tentare di utilizzare le imposte degli Stati Uniti come una "rete di protezione" per "il sistema fiscale di altri Paesi." V. H. DAVID ROSENBLUM, *International Tax Arbitrage and the "International Tax System*, 53 *Tax L. Rev.* 137, 157 (2000).

<sup>251</sup> La riflessione nel testo ipotizza il mantenimento di un'imposta sul reddito societario negli Stati Uniti. Alcuni commentatori, comunque, hanno proposto di sostituire alcune tipi di tassa sul consumo con l'attuale imposta sul reddito societario degli Stati Uniti. *President's Advisory Panel on Fed. Tax Reform, Simple, Fair, and Pro-Growth: Proposal to Fix America's Tax System*, 151-90 (2005). Un tale sviluppo metterebbe certamente pressione sugli Europei per proteggere o eliminare le proprie imposte sul reddito societario.

Quindi le sentenze della C. giust. CE fanno crescere la possibilità di una gara verso il basso tra Stati Uniti ed Europa in tema di tassazione del reddito societario. Se questo dovesse accadere gli Stati dovrebbero o ridurre le spese di governo o rimpiazzare la perdita di gettito con altre imposte.

## Conclusioni

Nel tentativo di sviluppare l'integrazione economica e politica nell'U.E., la Corte di giustizia delle Comunità Europee ha deciso numerosi casi annullando alcune norme dell'imposta sul reddito societario degli Stati membri. Tali sentenze sono state emanate al fine di promuovere le quattro libertà previste dai trattati Europei – la libertà di circolazione dei beni, dei servizi, dei lavoratori e dei capitali – e per eliminare la discriminazione basata sulla nazionalità. In tale processo la Corte ha sviluppato una giurisprudenza sulla non discriminazione che va oltre quei requisiti previsti nei Trattati sul commercio internazionale o nelle Convenzioni in materia tributaria.

Abbiamo mostrato come la giurisprudenza della C. giust. CE sulla non discriminazione abbia rivelato una ricerca impossibile: eliminare la discriminazione basata sia sull'origine sia sulla destinazione dell'attività economica. Abbiamo anche mostrato come tale ricerca si trova necessariamente a fallire in assenza di basi imponibili e aliquote armonizzate per le società, tra i Paesi membri dell'U.E. Questo implica che la Corte sarà costretta ad indietreggiare, prima o poi, lungo il suo percorso, creando non solo una incertezza giuridica ma in definitiva una incoerenza dottrinale.

Allo stesso tempo la giurisprudenza della C. giust. CE sta limitando la flessibilità degli Stati membri sulle proprie politiche fiscali in un modo che confligge nettamente con il mantenimento del diritto di veto degli Stati membri su qualsiasi normativa Europea in materia di fiscalità diretta. Le restrizioni che l'ottica di non discriminazione della C. giust. CE pone a carico della libertà degli Stati membri di utilizzare le agevolazioni per stimolare le proprie economie domestiche crea difficoltà agli Stati membri nell'utilizzare la politica fiscale come un modo per rispondere alla recessione.

Non possiamo saper dove condurranno i dilemmi che abbiamo illustrato. Riteniamo che l'Europa abbia solamente due opzioni: una maggiore armonizzazione attraverso il coordinamento delle basi imponibili e delle aliquote o un maggiore contenimento da parte della C. giust. CE, sia attraverso una propria decisione sia imposta dall'esterno da parte degli Stati membri. La resistenza nei confronti dell'armonizzazione da parte di un gran numero di importanti Stati Membri è molto solida e una armonizzazione delle aliquote appare ancora lontana. Quindi, almeno a breve termine, ci aspettiamo che la C. giust. CE diventi più moderata.

Altrimenti aumenteranno le difficoltà per gli Stati membri di modellare la propria politica fiscale.

Mentre si sta tentando, da questa parte dell'Atlantico, semplicemente di guardare con imparzialità e distacco questi sviluppi Europei, le relazioni politiche ed economiche degli Stati Uniti con l'Europa sono troppo profonde perché la nostra nazione rimanga impassibile. Come minimo ci aspetteremmo che la giurisprudenza della C. giust. CE sulla non discriminazione riguardante gli investimenti in entrata riesca ad influenzare, e in definitiva allarghi, l'interpretazione dell'OCSE e degli Stati Uniti



riguardo alle norme sulla non discriminazione delle Convenzioni in materia tributaria. Fondamentalmente le sentenze della C. giust. CE rendono incerto il futuro delle Convenzioni bilaterali tra gli Stati Uniti e l'Europa. E se la Corte Suprema degli Stati Uniti si dovesse convincere che le interpretazioni della C. giust. CE siano adattabili agli Stati Uniti, la Corte potrebbe imporre nuove restrizioni alla flessibilità dei nostri Stati di emanare agevolazioni fiscali per promuovere gli investimenti locali.

In definitiva, se la C. giust. CE continua lungo l'attuale percorso potrebbe essere minacciata la facoltà, tuttora esistente, che sia gli Stati membri dell'U.E. sia gli Stati Uniti possano fare affidamento sull'imposta sul reddito societario come un'importante fonte delle entrate statali.

Alcuni darebbero il benvenuto a tali sviluppi, altri li aborriscono. Ma nessuno può negare che ridurre le entrate derivanti dalle società porrebbe delle pressioni finanziarie enormi a carico dei Paesi già schiacciati dalle uscite finanziarie nazionali – uscite che sembra siano destinate ad aumentare come l'età delle nostre popolazioni.

Infine, niente di quanto abbiamo detto qui dovrebbe essere preso come una opposizione ad una maggiore federalizzazione dell'Europa.

Mettiamo in evidenza due punti:

Primo, l'esperienza degli Stati Uniti ha ampiamente dimostrato che una federalizzazione ben riuscita non richiede limitazioni all'autonomia tributaria degli Stati membri, come invece la C. giust. CE sembra che voglia imporre. In particolare, non è necessario restringere la possibilità che hanno gli Stati membri di utilizzare le agevolazioni tributarie per stimolare le proprie economie nazionali.

Secondo, come abbiamo mostrato, le sentenze della C. giust. CE in materia tributaria, spronate dagli obiettivi di politica fiscale della Commissione Europea, contrastano esplicitamente con il mantenimento da parte degli Stati membri del loro diritto di veto in materia di fiscalità diretta. La bozza della Costituzione europea non cambia questo requisito dell'unanimità, indubbiamente riflettendo l'opinione di almeno alcuni Stati membri sul fatto che il mantenimento della propria autorità tributaria rappresenta un aspetto cruciale della propria sovranità. Dobbiamo ammettere che una maggiore federalizzazione può richiedere di abbandonare questa autonomia. Se questo dovesse accadere, comunque, noi crediamo che un tale cambiamento dovrebbe avvenire attraverso processi democratici, con le decisioni cruciali prese da parte di parlamentari eletti e non di giudici designati. Tutto questo richiederà un nuovo assetto costituzionale Europeo.

Nel momento in cui l'Europa riconsidererà il suo ordinamento costituzionale le preoccupazioni come quelle che noi abbiamo espresso qui senza dubbio emergeranno anche in un contesto giuridico diverso da quello tributario<sup>252</sup>.

<sup>252</sup> V., per esempio, THOMAS FERENCZI, *La Cour de justice est accusée d'outrepasser ses compétences*, Le Monde, Jan. 13, 2006, at 8 (il quale riferisce il punto di vista di numerosi Stati membri sul fatto che la C. giust. CE ha oltrepassato il suo ruolo giudiziale nelle questioni riguardanti il ruolo delle donne nell'esercito tedesco e l'accesso alle Università austriache da parte degli studenti stranieri).



## The Role of Constitutional Courts in the Process of Improving the Quality of Tax Legislation \*

Johannes Heinrich \*\*

SUMMARY: 1. Introduction - 2. Legal Surroundings for Constitutional Testing of the Quality of Tax Law in Austria - 3. Measures Taken by Constitutional Courts to Influence the Quality of Law - 4. Legal Standards for Good Tax Law - Examples of Jurisdiction of the Austrian Constitutional Court and of the German Bundesverfassungsgericht; 4.1. Equitable Distribution of the Tax Burden; 4.2. Certainty of the Individual Tax Amount Payable; 4.3. Levy of Taxes in the Way Most Convenient to the Taxpayer; 4.4. Minimisation of the Distorting Effects of Taxation - 5. Conclusions.

### 1. Introduction

If someone, or lets say a university professor, states that for understanding a certain tax law provision it is necessary to have

- subtle knowledge of the constitution,
- a qualified juridical capability and experience,
- the diligence of an archivist and to a certain degree,
- a fancy to answer brainteasers,

this person – probably in a polite way – wants to express that the respective tax provision is an example for really bad legislation.

If, on the other hand, the Austrian Constitutional Court forms the same opinion, this has far reaching consequences on the further existence of that provision. According to the jurisdiction of the Austrian Constitutional Court it follows from the rule of law that legal provisions need to be not only accessible and readable in a formal understanding, but it is also necessary that the persons subject to the law are able to understand the meaning of the norm. This is not the case, if the meaning of a legal provision can only be figured out by specialists which additionally have a fancy to answer brainteasers. The Austrian Constitutional Court has abolished such legal provision in the past<sup>1</sup>.

\* The paper on hand is the written and with references supplemented version of a presentation prepared in English by the Author on the occasion of the Annual Conference of the European Association of Tax Law Professor in June 2007 in Helsinki. The presentation was part of a project initialized by Prof. Henk Vording, Leiden University, The Netherlands, on "Quality of Tax Law". The style of a speech remained unchanged for reasons of this publication.

\*\* Ao. Univ. Prof. Mag. rer. soc. oec. Mag. Dr. iur. Johannes Heinrich teaches tax law at the Karl-Franzens-Universität Graz, Austria.

<sup>1</sup> Abrogation of the provision through the Court: Austrian Constitutional Court (*Verfassungsgerichtshof*; VfGH) 14.12.1956, G 30/56, VfSlg 3.130; 29.6.1990, G 81, 82/90, VfSlg 12.420; 27.2.1992, G 126/91, VfSlg 13.000; 16.3.1994, G 135, 136/93, VfSlg 13.740; 27.2.1997, G 1398, 1399/95, VfSlg 14.767; no abrogation: 4.12.2001, B 998/01, VfSlg 16.381; 1.12.2003, G 298/02, VfSlg 17.071.

I was asked to tell you something about constitutional testing of tax law and the role of Constitutional Courts in the process of improving the quality of tax legislation. In Austria the Constitutional Court contributes substantially in that process, as I will show you. But before I go into detail, let me give you some thoughts, what I believe are the proper or even necessary legal circumstances which make something like this possible in Austria.

## 2. Legal Surroundings for Constitutional Testing of the Quality of Tax Law in Austria

The Austrian Constitutional Court is called to protect the rights guaranteed by the Austrian Constitution against violations by the state. Everybody who feels to be injured in such rights may – after exhaustion of all ordinary remedies – file an appeal with the constitutional court<sup>2</sup>. There is no limitation with respect to a certain amount in controversy. The appeal must be signed by an attorney<sup>3</sup> and a fee amounting to EUR 180<sup>4</sup>, is to be paid. That means, tax payers in Austria have a direct, an unlimited and rather cheap access to the constitutional court. Consequently the court often has the possibility to test tax legislation on its constitutionality.

## 3. Measures Taken by Constitutional Courts to Influence the Quality of Law

In which way can constitutional courts influence the quality of tax legislation? The courts are usually not integrated into the law making process. Their part begins at a later point, at a time when prospectively bad tax law is already in force. In that sense, constitutional courts only take over an ex post examining function. But, we all know about the impact of constitutional court decisions as precedents. Every one can make a mistake but no one should make the same mistake twice. This proverb, of course, also applies to legislators.

## 4. Legal Standards for Good Tax Law - Examples of Jurisdiction of the Austrian Constitutional Court and of the German *Bundesverfassungsgericht*

When we examine something we usually compare the actual (the given) with something desired or required. The standards against which constitutional courts can test tax legislation must be determined within the constitution. In most constitutions

<sup>2</sup> Art 144 *Bundes-Verfassungsgesetz*.

<sup>3</sup> § 17 Abs 2 *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

<sup>4</sup> § 17a *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

we will not find any rules explicitly determining what tax legislation should be about, but almost all constitutions of European countries include the following principles:

- the principle of equality and proportionality,
- the rule of law,
- the principle of efficiency, understood in an economic sense, and finally, typical for tax legislation,
- the ability to pay principle which, if not expressly announced in the constitution, is applied due to the principle of equality.

More than 200 years ago, Adam Smith in his work “The Wealth of Nations” formulated four criteria for good tax legislation: The distribution of the tax burden should be equitable; the individual amount payable should be certain; the tax should be levied in the way most convenient to the taxpayer and the administrative burden and the distorting effects of taxation should be minimised<sup>5</sup>. If we now compare our constitutional standards with those criteria for good tax legislation, we will see that they are very similar.

#### 4.1. Equitable Distribution of the Tax Burden

All around Europe, every year a couple of tax law provisions are abolished because they do not meet the equality criterion. In Austria in 2006 five tax law provisions, four of them concerning the individual income tax, were abolished because of that reason.

Further I want to highlight a line of decisions made by the German *Bundesverfassungsgericht*: According to that court the principle of equality demands that taxpayers bear the same tax burden not only literally but also factually. This is not the case, when it is too easy to evade a tax. In 1991 the *Bundesverfassungsgericht* tested the constitutionality of the taxation of private interest income<sup>6</sup>. In Germany in the 1980ies there were neither a source tax on interest from bank deposits nor the banks were obliged to give information regularly to the tax authorities for a cross check. As a result approximately only 50 % of the interests from bank deposits were declared and subject to tax. For that situation the court came to the result that the provision of the Income Tax Act which states interest as taxable income is unconstitutional. In 2004 the court came to the same result for the provision of the Income Tax Act concerning income from the alienation of privately held financial securities<sup>7</sup>.

#### 4.2. Certainty of the Individual Tax Amount Payable

The rule of law – like shown at the beginning – seems to be the proper remedy against tax provisions that leave the tax payer in uncertainty. Another example in this context would be the jurisdiction of the Austrian Constitutional Court and of the *Bundesverfassungsgericht* on the retroactivity of tax law. It is a breach of the prin-

<sup>5</sup> ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, Book V, Chapter II, Part 2: On Taxes, <http://art-bin.com/art/oweala.html> (28.6.2007).

<sup>6</sup> BVerfG 27.6.1991, 2 BvR 1493/89.

<sup>7</sup> BVerfG 9.3.2004, 2 BvL 17/02.

ciple of trust and faith to put tax provisions into force retroactively. For example, it is unconstitutional to tax capital gains realized in the past. But what about the taxation of future profits from the alienations of private property which is only taxable because a deadline for a speculative venture was extended by the legislator? According to the Austrian Constitutional Court the extension of a speculative deadline is no case of retroactive taxation<sup>8</sup>. In Germany this question will be answered by the *Bundesverfassungsgericht* soon<sup>9</sup>.

#### 4.3. Levy of Taxes in the Way Most Convenient to the Taxpayer

In this context I want to highlight an interesting case of the Austrian Constitutional Court:<sup>10</sup> in 1999 the Austrian legislator wanted to introduce a source tax on capital gains from the alienation of privately held securities. The banks were told to calculate the profits and to retain a 25 % source tax, which would have been a final tax. Such a tax might be convenient for the taxpayer and especially for the tax authorities. But, as you can imagine, such tax bears great efforts for the banks. Therefore the banks filed an action before the Austrian Constitutional Court. The court, even before the law got into force, declared the speculative venture tax as unconstitutional. The court found that generally it is possible to order a third party – like eg a bank – to collect taxes for the state without receiving a remuneration and additionally to make the third party liable for a proper tax collection. But, the involvement of a third party in the tax collection is only possible, if the third party has all the information necessary to fulfil his duties and if the costs of the tax collection are not too high. Both criteria were not met by the proposed Austrian speculative venture tax and therefore the tax was declared unconstitutional against the background of the principle of equality.

#### 4.4. Minimisation of the Distorting Effects of Taxation

Distorting effects of taxes are nowadays usually discussed under the headline “tax neutrality”. Tax neutrality is called for with respect to the taxation of businesses, with respect to equity or debt financing and so on. As far as I can see, constitutional courts all around Europe are very cautious with questions of tax neutrality. The principle of equality demands to treat equal things equally and different things differently except there are good reasons for a discriminatory treatment.

Let’s take a look, for example, on the claim for taxing businesses neutrally. As long as we see the income tax as a direct tax of the person who is running the business, it will be difficult to reach the goal of taxing business neutrally by way of applying the principle of equality. A corporation is different from a natural person. This distinction justifies – at least in the opinion of the Austrian Constitutional Court and the German *Bundesverfassungsgericht* – to tax businesses depending on their owner differently.

Maybe this attitude will change on day. If we take a look on the European level, we see that the EC treaty of course primarily protects persons. But in a way almost de-

<sup>8</sup> VfGH 21.6.1993, B 2022/92, VfSlg 13461.

<sup>9</sup> BFH 5.3.2001, IX B 90/00, BStBl 2001 II 405.

<sup>10</sup> VfGH 15.3.2000, G 141/99, VfSlg 15.773.

tached from the acting persons the treaty protects behaviours like the free movement or the free establishment and, on an even more abstract level, the free movement of capital. In its decision CLT-UFA SA, the European Court of Justice<sup>11</sup> found that a permanent establishment of a foreign corporation subject to limited tax liability must not be taxed higher than a domestic subsidiary of the foreign company, which is subject to unlimited tax liability. The ECJ ruled against the background of the principle of free establishment, anyhow, he forced Germany to go a step closer to a system of taxing businesses neutrally.

## 5. Conclusions

The extend to which constitutional courts can contribute in the process of improving the quality of tax law depends on how easy it is for taxpayers to make an appeal before such courts.

Common constitutional standards like the principle of equality and proportionality, the rule of law and the principle of effectiveness are appropriate for testing tax legislation on its quality.

Unfortunately, the constitution only protects against excesses, that means against really bad tax legislation. The normal mediocre tax law we face in our day to day business runs through the filter provided by the constitution for cleaning the legal systems. The filter pores are too big.

<sup>11</sup> ECJ 23.2.2006, C-253/03, CLT-UFA, ECR 2006, I-01831.





## Il ruolo delle Corti costituzionali nel processo di miglioramento della qualità della norma fiscale \*

Johannes Heinrich \*\*

**SOMMARIO:** 1. Introduzione - 2. Il quadro giuridico per il controllo costituzionale della qualità della norma fiscale in Austria - 3. Misure intraprese dalle Corti costituzionali per influire sul controllo di qualità della norma - 4. Standard giuridici per una buona norma fiscale - Esempi di giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca e del Bundesverfassungsgericht tedesco; 4.1. Equa distribuzione dell'onere fiscale; 4.2. Certezza dell'importo da versare da parte del contribuente; 4.3. Imposizione fiscale nei modi più convenienti per il contribuente; 4.4. Minimizzazione degli effetti distorsivi dell'imposizione fiscale - 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Se qualcuno, diciamo un professore universitario, afferma che per comprendere una certa norma fiscale è necessario possedere:

- una raffinata conoscenza della costituzione,
- una qualificata conoscenza ed esperienza giuridica,
- la diligenza di un archivista e, in una certa misura,
- la voglia di cimentarsi con i rompicapo,

questo qualcuno intende dire, probabilmente in modo educato, che la norma fiscale è un vero esempio di cattivo legiferare.

Se è invece la Corte costituzionale austriaca ad avere la medesima opinione, le conseguenze saranno di più vasta portata per l'esistenza ulteriore di quella norma. Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca, discende dai principi dello Stato di diritto che le norme giuridiche debbano essere non solo accessibili e leggibili formalmente, ma altresì comprensibili nei loro contenuti per coloro che sono soggetti alla loro applicazione. Ciò non si verifica quando il significato di una norma giuridica può essere compreso solo da studiosi del settore e particolarmente attratti dai rompicapo. In passato, la Corte costituzionale austriaca ha annullato varie norme di questo tipo<sup>1</sup>.

\* Il presente articolo è la versione scritta e aggiornata di un intervento preparato in inglese dall'autore in occasione della Conferenza Annuale dell'European Association of Tax Law Professors - EATLP nel giugno 2007 a Helsinki. L'intervento faceva parte di un progetto avviato dal Prof. Henk Vording, Università di Leiden, Paesi Bassi, sulla "Qualità della norma fiscale". Lo stile del discorso è rimasto immutato ai fini della presente pubblicazione. La traduzione in italiano è stata curata da Claudia Calogero.

\*\* Ao. Univ. Prof. Mag. rer. soc. oec. Mag. Dr. iur. Johannes Heinrich insegna presso la Karl-Franzens-Universität di Graz, Austria.

<sup>1</sup> Abrogazione delle leggi attraverso la Corte Costituzionale austriaca (*Verfassungsgerichtshof*; VfGH) 14.12.1956, G 30/56, VfSlg 3.130; 29.6.1990, G 81, 82/90, VfSlg 12.420; 27.2.1992, G 126/91, VfSlg 13.000; 16.3.1994, G 135, 136/93, VfSlg 13.740; 27.2.1997, G 1398, 1399/95, VfSlg 14.767; nessuna abrogazione: 4.12.2001, B 998/01, VfSlg 16.381; 1.12.2003, G 298/02, VfSlg 17.071.

Mi è stato chiesto di parlarvi del controllo costituzionale di qualità e del ruolo svolto dalle Corti costituzionali nel processo di miglioramento della qualità della norma fiscale. In Austria, la Corte costituzionale contribuisce sostanzialmente a questo processo, come vi mostrerò. Ma prima di entrare nei dettagli, lasciatemi illustrare quelle condizioni giuridiche che ritengo siano giuste o addirittura necessarie affinché sia possibile qualcosa del genere in Austria.

## **2. Il quadro giuridico per il controllo costituzionale della qualità della norma fiscale in Austria**

La Corte costituzionale austriaca è chiamata a proteggere i diritti garantiti dalla Costituzione austriaca contro lo Stato. Chiunque ritiene di essere stato leso nei suoi diritti può, dopo aver esaurito i mezzi ordinari di tutela giudiziale, ricorrere innanzi alla Corte costituzionale<sup>2</sup>. Non esistono limiti di importo nella controversia. Il ricorso deve essere firmato da un avvocato<sup>3</sup>; deve versarsi contestualmente una tassa per un ammontare di 180 EURO<sup>4</sup>. Ciò significa che i contribuenti austriaci hanno un accesso diretto, illimitato e piuttosto a buon mercato alla Corte costituzionale. Di conseguenza, la Corte ha spesso la possibilità di controllare la legittimità costituzionale della norma fiscale.

## **3. Misure intraprese dalle Corti costituzionali per influire sul controllo di qualità della norma**

In che modo le Corti costituzionali influiscono sulla qualità della norma fiscale? Le corti, di norma, non fanno parte integrante del processo legislativo. Svolgono il loro ruolo in un secondo momento quando la norma fiscale potenzialmente illegittima è già in vigore. In tal senso, le Corti costituzionali possono solo assumere una funzione di controllo *ex post*. Tuttavia, noi tutti sappiamo che le decisioni delle Corti costituzionali impattano come precedente. Errare è umano, perseverare è diabolico. Questo proverbio, naturalmente, vale anche per i legislatori.

## **4. Standard giuridici per una buona norma fiscale - Esempi di giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca e del Bundesverfassungsgericht tedesco**

Quando si compie un controllo, di solito si confronta il reale (il dato) con quello che si desidera o si necessita. Gli standard utilizzati dalle Corti costituzionali per verificare la norma fiscale devono essere determinati nell'ambito della costituzione. Nella

<sup>2</sup> Articolo 144 *Bundes-Verfassungsgesetz*.

<sup>3</sup> § 17(2) *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

<sup>4</sup> § 17a *Verfassungsgerichtshofgesetz* 1953.

maggior parte delle costituzioni non si trovano delle norme che stabiliscono esplicitamente cosa deve contenere la norma fiscale, ma quasi tutte le costituzioni dei Paesi europei includono i seguenti principi:

- il principio di uguaglianza e proporzionalità,
- il principio dello Stato di diritto,
- il principio di efficienza, inteso in senso economico e tipico della norma fiscale,
- il principio di capacità contributiva, il quale si applica come corollario del principio di uguaglianza, nel caso in cui non sia esplicitamente espresso nella costituzione.

Più di 200 anni fa, nella sua opera *“La ricchezza delle nazioni”*, Adam Smith ha formulato quattro criteri per una buona norma fiscale: equità nella distribuzione dell’onere fiscale; certezza dell’importo da versare da parte del contribuente; imposizione fiscale nei modi più convenienti per il contribuente e minimizzazione degli effetti distorsivi degli oneri amministrativi e dell’imposizione fiscale<sup>5</sup>. Se si confrontano i nostri standard costituzionali con i criteri da seguire per una norma fiscale, si vedrà che sono molto simili.

#### 4.1. Equa distribuzione dell’onere fiscale

In tutta Europa, ogni anno si aboliscono diverse norme fiscali in quanto non soddisfano il criterio di uguaglianza. Per questa ragione, nel 2006, in Austria sono state abolite quattro norme fiscali in materia di imposta sul reddito delle persone fisiche.

Ancora, vorrei ricordare una serie di decisioni del *Bundesverfassungsgericht* tedesco. Secondo quell’organo giudiziario, il principio di uguaglianza richiede che i contribuenti siano soggetti allo stesso carico fiscale non solo formalmente ma anche sostanzialmente. Ma ciò non accade se è così facile evadere le tasse. Nel 1991, il *Bundesverfassungsgericht* ha effettuato un controllo di costituzionalità della normativa fiscale in materia di redditi da interessi<sup>6</sup>. Negli anni 80, in Germania non esisteva una ritenuta alla fonte sugli interessi derivanti dai depositi bancari né gli istituti bancari erano obbligati a dare informazioni regolarmente alle autorità fiscali per un controllo incrociato. Di conseguenza, approssimativamente solo il 50% degli interessi derivanti da depositi bancari veniva dichiarato e assoggettato a imposta. L’organo giudiziario tedesco è quindi giunto alla conclusione che la norma contenuta nella legge fiscale sull’imposta sui redditi fosse incostituzionale. Alla medesima conclusione era giunto anche nel 2004 in riferimento a una norma prevista dalla legge fiscale sull’imposta sui redditi e concernente i redditi derivanti dalla vendita di titoli finanziari detenuti da privati<sup>7</sup>.

#### 4.2. Certezza dell’importo da versare da parte del contribuente

Il principio dello Stato di diritto, come mostrato all’inizio, sembra non costituire un rimedio adeguato contro le normative fiscali che non forniscono certezza al contri-

<sup>5</sup> ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, libro V, capitolo II, part 2: su Taxes, <http://art-bin.com/art/oweala.html> (28.6.2007).

<sup>6</sup> BVerfG 27.6.1991, 2 BvR 1493/89.

<sup>7</sup> BVerfG 9.3.2004, 2 BvL 17/02.

buente. In questo ambito, un altro esempio è quello della giurisprudenza della Corte costituzionale austriaca e del *Bundesverfassungsgericht* tedesco sulla retroattività della norma fiscale. Costituisce una violazione del principio di affidabilità applicare retroattivamente la norma fiscale. Ad esempio, è incostituzionale tassare i redditi da capitale realizzati nel passato. Ma che dire dell'imposta sugli utili futuri derivanti da vendite che divengono tassabili solo perché il termine di un'operazione speculativa è stato esteso dal legislatore? Secondo la Corte costituzionale austriaca, estendere il termine di un'operazione speculativa non costituisce imposizione retroattiva<sup>8</sup>. In Germania, tale questione sarà risolta presto dal *Bundesverfassungsgericht*<sup>9</sup>.

#### 4.3. Imposizione fiscale nei modi più convenienti per il contribuente

In questo ambito vorrei ricordare un interessante caso della Corte costituzionale austriaca<sup>10</sup>: nel 1999, il legislatore austriaco voleva introdurre un'imposta alla fonte sui redditi da capitale derivanti dalla vendita di titoli detenuti da privati. Si era chiesto alle banche di calcolare gli utili e applicare una ritenuta alla fonte del 25% a titolo definitivo. Detta ritenuta poteva essere conveniente per il contribuente e specialmente per le autorità fiscali. Era, tuttavia, particolarmente onerosa per gli istituti bancari, come potete immaginare. Gli istituti bancari, quindi, presentarono un ricorso dinanzi alla Corte costituzionale austriaca. La Corte, ancora prima dell'entrata in vigore della legge, dichiarò incostituzionale quella ritenuta. La Corte rilevò che generalmente è possibile ordinare a un terzo, ad esempio una banca, di riscuotere le imposte per conto dello Stato senza ricevere una remunerazione e, inoltre, di rendere tale terzo responsabile della riscossione delle imposte. Tuttavia, il coinvolgimento di un terzo nella riscossione delle imposte è possibile solo se questi è in possesso di tutte le informazioni necessarie per adempiere ai suoi compiti e se i costi della riscossione delle imposte non sono eccessivamente elevati. Entrambi i criteri non erano stati soddisfatti dall'imposta austriaca sulle operazioni speculative; di conseguenza, l'imposta era stata dichiarata incostituzionale in quanto contraria al principio di uguaglianza.

#### 4.4. Minimizzazione degli effetti distorsivi dell'imposizione fiscale

Gli effetti distorsivi delle imposte sono oggi discussi nell'ambito della "neutralità fiscale". La neutralità fiscale è chiamata in causa rispetto alla tassazione delle imprese, al finanziamento mediante ricorso al capitale di rischio o al credito, e così via. Per quanto mi risulta, le Corti costituzionali di tutta Europa sono molto caute sulla questione della neutralità fiscale. Il principio di uguaglianza richiede che situazioni uguali siano trattate in modo uguale e situazioni differenti siano trattate in modo differente, a meno che non vi siano buone ragioni per applicare un trattamento discriminatorio.

Vediamo, ad esempio, la possibilità di applicare il principio di neutralità alla tassazione delle imprese. Fino a quando si considera l'imposta sui redditi come un'imposta direttamente applicata nei confronti del soggetto che gestisce l'impresa, sarà difficile

<sup>8</sup> VfGH 21.6.1993, B 2022/92, VfSlg 13461.

<sup>9</sup> BFH 5.3.2001, IX B 90/00, BStBl 2001 II 405.

<sup>10</sup> VfGH 15.3.2000, G 141/99, VfSlg 15.773.

raggiungere l'obiettivo di tassare le imprese in regime di neutralità attraverso l'applicazione del principio di uguaglianza. Questa distinzione giustifica, almeno nell'opinione della Corte costituzionale austriaca e del *Bundesverfassungsgericht* tedesco, la differente tassazione delle imprese a seconda del soggetto titolare.

Forse un giorno questo atteggiamento cambierà. In ambito europeo, si nota che il Trattato CE protegge soprattutto le persone; protegge, tuttavia, quasi non tenendo conto dei soggetti agenti, la libera circolazione o il libero stabilimento e, su un piano ancora più astratto, il libero movimento di capitali. Nella sentenza CLT-UFA SA, la Corte europea di giustizia<sup>11</sup> ha dichiarato che una stabile organizzazione di una società estera soggetta limitatamente all'obbligo tributario non deve essere tassata in modo più elevato di una sussidiaria nazionale di una società estera, soggetta illimitatamente all'obbligo tributario. La Corte di giustizia, riferendosi al principio della libertà di stabilimento, ha costretto la Germania, in qualche modo, ad avvicinarsi a una tassazione delle imprese in regime di neutralità.

## 5. Conclusioni

La misura in cui le Corti costituzionali possono contribuire al processo di migliorare la qualità della norma fiscale dipende dalla facilità con cui i contribuenti possono adire tali corti. Gli standard costituzionali comuni, come il principio di uguaglianza e proporzionalità, il principio dello Stato di diritto e di efficacia, costituiscono i mezzi più adeguati per controllare la qualità della norma fiscale.

Purtroppo, la Costituzione protegge solo contro gli abusi, ossia contro norme fiscali decisamente cattive. La mediocre norma fiscale, in cui ci imbattiamo giorno dopo giorno, riesce a passare attraverso i pori dei filtri forniti dalla costituzione per mantenere pulito il sistema giuridico. Questi pori sono troppo larghi.

<sup>11</sup> Sentenza della Corte di giustizia europea del 23 febbraio 2006, C-253/03, CLT-UFA, Racc. I-01831.



SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI  
*Commented documents*





## European Court of Justice, Grand Chamber, Judgement of 13 June 2006, case C-173/03

Pres. Skouris - Rel. Timmermans

### Civil liability of judges - Infringements to Community law - National legislation excluding State liability - Conflict with Community law - Relevant

*Community law precludes national legislation which excludes State liability, in a general manner, for damage caused to individuals by an infringement of Community law attributable to a court adjudicating at last instance by reason of the fact that the infringement in question results from an interpretation of provisions of law or an assessment of facts or evidence carried out by that court. Community law also precludes national legislation which limits such liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court, if such a limitation were to lead to exclusion of the liability of the Member State concerned in other cases where a manifest infringement of the applicable law was committed.*

### Damage attributable to infringements of Community law: when relevant national legislation conflicts with Community law

Giovanna Petrillo\*

CONTENTS: 1. The case - 2. Liability of the judge in case of infringement of Community law: the effects of the judgement in the tax field - 3. Final observations.

#### 1. The case

In an important judgment of 13 June 2006, the European Court of Justice ruled on the principle of and the conditions governing the non-contractual liability of Member States for damage caused to individuals by a breach of Community law where that breach is attributable to a national court adjudicating at last instance.

In line with the principles set in case *Köbler* (Judgement of 30 September 2003, case C-224/01) on State liability for damage caused to individuals by an infringement of Community law attributable to a court adjudicating at last instance, the Court

---

\* Translation by Claudia Calogero.

points out that State liability cannot be restricted solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court, if such a limitation excludes it in other cases where a manifest infringement of the applicable law was committed.

Actually, a State can even incur liability when the manifest infringement of the Community law results from an interpretation of provisions of law or an assessment of facts or evidence. In particular, the Court ruled that said principle conflicts with Article 2, paragraph 2 of Law no. 117/1988 (where the liability of judges is excluded in case of interpretation of provisions of law and an assessment of evidence) and Article 2, paragraph 1, which limits the right of obtaining reparation for damages solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court<sup>1</sup>.

The reference was made by the Italian Court of Genoa under Article 234 EC Treaty in the context of proceedings brought against the Republic of Italy by *Traghetti del Mediterraneo S.p.a.*, a maritime transport undertaking currently in liquidation, for compensation for the damage suffered as a result of an incorrect interpretation by the *Corte Suprema di Cassazione* (Italian Supreme Court of Cassation) of the Community rules on competition and State aid and, in particular, because of that court's refusal to accede to its request that the relevant questions of interpretation of Community law be referred to the Court of Justice.

The Republic of Italy, respondent in the proceedings for compensation for loss and damages before the Court of Genoa, objected that the national law on compensation for damage caused in the exercise of judicial functions (Law no. 117/88) actually limits the right of obtaining reparation for damages solely to cases of intentional fault and serious misconduct excluded it in case of interpretation of provisions of law and an assessment of evidence.

The Court of Genoa, therefore, referred to the European Court of Justice for a ruling on the compatibility of that national law with Community law with respect to courts adjudicating at first and last instance; in particular, "also in the light of the principles set out ... in the *Köbler* judgment on the question whether national legislation on State liability for judicial errors impedes affirmation of that liability where it precludes liability in relation to the interpretation of provisions of law and assessment of facts and of the evidence adduced in the course of the exercise of judicial functions and limits State liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court".

<sup>1</sup> Pursuant to Article 2 of Law no. 117/88, the civil liability of judges results from a judicial conduct, acts or measures on the part of a judge who is guilty of intentional fault or serious misconduct in the exercise of his functions, or from a denial of justice.

It is necessary, therefore, that any conduct, act or measure is carried out in the exercise of the judge's functions, namely it must be connected to judicial activity as a manifestation of the powers and duties conferred on the judge.

While intentional fault always gives rise to the judge's liability for damage caused to individuals, serious misconduct gives rise to this liability only in cases as laid down in Article 2 of above Law:

- (a) a serious breach of the law resulting from inexcusable negligence;
- (b) the assertion, due to inexcusable negligence, of a fact the existence of which is indisputably refuted by the case-file;
- (c) the denial, due to inexcusable negligence, of a fact the existence of which is indisputably established by documents in the case-file;
- (d) the adoption of a decision concerning personal liberty in a case other than those provided for by law or without due reason (for criminal matters only).

From the foregoing it follows that apart from case under d) concerning criminal matters, cases under a), b) and c) can undisputedly be applied also in the tax field giving rise to the tax court's liability and the corresponding taxpayer's right to claim reparation for loss and damage.

## 2. Liability of the judge in case of infringement of Community law: the effects of the judgement in the tax field

It is well known that under Article 234 of the Treaty the European Court of Justice has the exclusive power of giving a ruling on Community provisions, while national courts are competent for ascertaining the fact and implement relevant provisions, in the framework of judicial cooperation<sup>2</sup>.

It is proper to emphasize, first, that the increasing expansion of Community law<sup>3</sup> might make the jurisdiction of the European Court of Justice unlimited. Accordingly, it is essential to identify when national and local tax laws are not consistent with EU law, when national courts can solve this inconsistency and when they must refer to the European Court of Justice.

In order to identify the scope of the jurisdiction of the European Court of justice in the tax field, it is therefore fundamental to deploy the principle of subsidiarity as a criterion for allocating jurisdiction between Member States and European Union (giving priority to national courts), which is intended to clarify cases poised between national and Community law. According to the principle of subsidiarity, tax law falls within the jurisdiction of national courts, which interpret economic freedoms of the Treaty in line with the European Court of Justice's position. Only in cases provided by the law, where it is indispensable, national courts refer to the European Court of Justice<sup>4</sup> or to the European Commission's decision, for example, on State aid.

Article 226 of the EC Treaty establishes that Member States are liable towards the European Community. Under the infringement procedure, the European Court

<sup>2</sup> On the point, see MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rass. Trib.*, 2/2005, 405, who points out that the European Court of Justice does not interpret in the abstract. It interprets Community law in the light of national law, as construed by national courts with analogous results to an evaluation on compatibility.

<sup>3</sup> A further guarantee that the Italian system complies and is consistent with Community law also in the tax field is contained in Article 117 of the Constitution, which provides that national and regional legislature comply with constitutional and Community law, as well as Article 2, paragraph 1, letter b) of Law no. 80 of 7 April 2003, which – in the expired delegation law for the tax system reform – legalized the principle that tax law must conform to Community law.

The principle of limited national sovereignty and prevailing direct applicability of Community law has already been recognized under Article 11 of Constitution as the exclusive reference governing the allocation of competences between the two legal systems. The reform has the merits of investing explicitly and directly Regions with the task of making national law consistent with Community law (in this sense, see G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 203).

According to the Supreme Court (see Judgement no. 1756 of 10 December 2002), the new wording of Article 117 of Constitution would not be suitable to constitute a new specific standard of constitutional legitimacy as compared to Article 11, as well as to reflect the abandonment of the concept that Community law and national law are distinct and separate. On the point, F. AMATUCCI, *La tutela giurisdizionale comunitaria in ambito tributario attraverso l'esame della recente giurisprudenza in materia di imposte dirette*, in *Sistema di garanzie e processo tributario*, Napoli, 2005, 4.

<sup>4</sup> Actually, in order to avoid the jurisdiction of the European Court of Justice – which must guarantee the consistent application of Community law in Member States – from becoming unlimited and taking over constitutional courts or courts adjudicating at last instance, questions to refer for a preliminary ruling should be new, consistent and general. On this point, also for its comprehensive references to case-law, see F. AMATUCCI, *Sistema di garanzie e processo tributario*, Napoli, 2005, 5, who particularly points out that the Italian courts' position that Community and national law are separate and distinct is less and less justified and that there is an increasing interference of Community law in national tax law, which should lead to consider the possibility of a single tax jurisdiction allocated between national courts of last instance and the European Court of Justice.

Still on the point, see ADONNINO, *Il Rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia della Comunità Europea*, in *Rass. Trib.* no. 5/2005, 1460.

ascertains the infringement and imposes a penalty payment on the State if it does not take the necessary measures to comply with the Court's judgement. Only a State can incur liability, not its internal bodies. Articles 235 and 288(2) of the Treaty deal with damage caused to third parties by Community institutions or its servants in the performance of their duties. Third parties can claim for reparation and rely on relevant provisions before the European Court of Justice.

The European Court of Justice construed the concept of State liability referring, first, to the legislature and executive and then to the judiciary.

Community law does not define the State liability for damage caused to individuals by an infringement of Community law. In establishing the rules on State liability, the European Court of Justice takes into account the fundamental principles of the Treaty and other institutions, which already deal with the liability of Member States towards the European Community and the liability of the European Community towards individuals.

Let us recall, now, some milestones in relevant case-law of the Court.

In the *Francovich* judgment, the Court establishes three criteria to be met before State liability can be incurred: first, the directive infringed is intended to confer rights on individuals; secondly, protected rights can be identified on the basis of the directive provisions; and finally, there is a direct causal link between the breach of the obligation incumbent on the State and the loss and damage sustained by the injured parties. In the *Brasserie du Pecheur* and *Factortame* judgments, the Court extends State liability from the legislature to the executive<sup>5</sup>. The Court construes State liability on Articles 10 and 288 of the Treaty and on principles common to Member States<sup>6</sup>.

In *Köbler* judgement of September 2003, the Court sets out, for the first time, the principle of State liability for damage caused to individuals by an infringement attributable to the judiciary (a court adjudicating at last instance).

In December 2003, in case *Commission v. Italy*, in the course of an infringement procedure, the European Commission complained that Italy committed a breach of Community law by maintaining in force a provision that was neutral in itself but became incompatible with the Treaty as interpreted and applied by the administrative and judicial authorities<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Judgment of the European Court of Justice of 5 March 1996, C-46/93 and C-48/93. In *Francovich* judgment of 19 November 1991, joint cases C-6/90 e C-9/90 *Francovich and other*, the Court ruled that there is State liability for damage caused to individuals by an infringement of Community law providing for reparation. In cases *Brasserie du pêcheur* and *Factortame* (1996), the Court developed and extended that principle to any infringement and to any State body responsible for the infringement. On this occasion, the Court established the conditions which must be met before State liability can be incurred, in order to grant an appropriate reparation of the damage caused and, therefore, an effective protection of the rights involved.

<sup>6</sup> The Italian Supreme Court conforms to this position (Cass. 16 May 2003, no. 7630; Cass. 9 April 2001, no. 5249, except for Cass. 1 April 2003, no. 4915 – a case concerning delayed implementation of a Community directive – where State liability was not recognized on the grounds that individuals have no right to exercise the legislative function). For a comprehensive survey on the issue, see: CICALA, *La responsabilità civile del magistrato*, Milano, 1989; FUMAGALLI, *La responsabilità degli stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano 2000.

<sup>7</sup> Case C-129/00, *Commission v. Italy*. The Court recalled that a Member State's failure to fulfil obligations can be established even in the case of measures taken by a constitutionally independent institution. The Court held that the wording of a provision is in itself neutral in respect of Community law, but its scope must be assessed in the light of the interpretation given to them by national courts.

Finally, in 2004, in *Konle* judgement, the Court considers the different effects of national decisions with respect to its own decisions and the purpose of making reference for a preliminary ruling and points out that a national measure can be revoked, although its legitimacy was established by a decision with *res judicata* effects<sup>8</sup>.

The three decisions are evidently connected in that they affirm that there is a liability of the State vis-à-vis the European Community (infringement procedure under Article 226 EC) and individuals in case of infringements to Community law attributable to a national court.

That being said, the decisions under examination is characterized by the following rules of law:

1. EU Member States incur non-contractual liability for damage caused to individuals by reason of a manifest infringement of Community law attributable to courts, even if this infringement result from an interpretation of provisions of law or an assessment of facts or evidence;

2. a manifest infringement of Community law “is to be assessed, inter alia, in the light of a number of criteria, such as the degree of clarity and precision of the rule infringed, whether the infringement was intentional, whether the error of law was excusable or inexcusable, and the non-compliance by the court in question with its obligation to make a reference for a preliminary ruling under the third paragraph of Article 234 EC; it is in any event presumed where the decision involved is made in manifest disregard of the case-law of the Court on the subject (see paragraph 43 of Judgment 13 June 2006)”;

3. Community law precludes national law limiting such liability solely to cases of intentional fault and “inexcusable” serious misconduct on the part of the judge, if such a limitation were to lead to exclusion of the liability of the Member State concerned in other cases where a manifest infringement of Community law was committed.

The Court, first, recalls held that the principle that a Member State is obliged to make good damage caused to individuals as a result of breaches of Community law for which it is responsible applies to any case in which a Member State breaches Community law, whichever is the authority of the Member State whose act or omission was responsible for the breach.

To exclude, in such circumstances, any possibility that State liability might be incurred where the infringement allegedly committed by the national court relates to the interpretation of provisions of law or the assessment of facts or evidence would amount to empty the principle of State liability of all practical effect. Moreover, it would imply that individuals have no judicial protection if a national court adjudicating at last instance committed a manifest error in its activity of interpretation and assessment.

In this perspective, it remains possible for national law to define the criteria relating to the nature or degree of the infringement that must be met before State

<sup>8</sup> Judgement of 1 June 1999, case C-302/97, *Konle*.

<sup>9</sup> On the point, the Court reaffirms its previous position, as pointed out in *Francovich* judgment, in judgment of 5 March 1996, joint cases C-46/93 and C-48/93 and finally judgment of 30 September 2003 case *Köbler* C-224/01.

liability can be incurred. Under no circumstances, however, such criteria may impose requirements stricter than that of a manifest infringement of the applicable law.

Community law, therefore, precludes national law limiting State liability solely to cases of intentional fault and serious misconduct on the part of the court, if such a limitation were to lead to exclusion of the liability where a “manifest” infringement of the applicable law is committed<sup>10</sup>.

Admittedly, it is indisputable that a State cannot escape its own liability.

What is interesting to point out here, however, is that civil liability is extended to all kind of courts, namely ordinary courts and provincial and regional tax courts (*Commissioni Tributarie Provinciali and Regionali*), as well as former central tax court (*Commissione Tributaria Centrale*). The law further identifies persons covered and refer to all members of the judiciary exercising a judicial function, regardless of the activity performed. It is a rather broad formula covering not only the issue of decisions but also any kind of judicial activity performed by the judge.

Also in the context of the proceedings before tax courts there might occur problems concerning the exercise of judicial functions: courts could deny the existence of precise facts during the proceedings, even though that is evident, or could interpret the applicable law beyond any logic. Tax courts could, for example, consider facts that are not existent according to the results admitted as evidence.

As regards the liability of the judges in case of interpretation of provisions of law or assessment of facts, also tax courts might interpret provisions of law or assess facts against any logic and make aberrant choices in reconstructing the law-maker’s intentions: they might manipulate the wording of the law and go too far towards a free application of law<sup>11</sup>.

That being said, let us move back to the litigation that triggered the action for damages brought against the Republic of Italy.

The action concerned the charges applied by a maritime transport undertaking – a public concessionary subsidized by the Revenue, which would allegedly exclude a competitor then put into liquidation.

---

<sup>10</sup> MORELLI, in *Diritto e Giustizia*, 29/2006, 105, puts great emphasis on the judgment, and considers it of momentous importance for national legal systems. In fact, it establishes a sort of court of fourth instance in all cases where Community law confers rights on individuals that are not recognized by Member States’ national courts adjudicating even at last instance. In addition to this, it invalidates all the exclusions of non-contractual liability of the judges with respect to an interpretation of provisions of law or an assessment of facts or evidence, as the Italian law no. 117/1988 has crystallized for years. These exclusions, however, are still valid in case of manifest violation of domestic laws, so that there is a paradoxical difference in the interpretation of Community and domestic laws.

On the matter, see also DAMATO, in *Guida al Diritto*, 4/2006, 39 who points out that this judgment impacts on the Italian law concerning the civil liability of judges very significantly. It implies that national laws are not applied when they are not compatible with Community law, according to a well-established case-law of the Italian Constitutional Court. The European Court’s judgment, however, concerns only infringements to the rights conferred on individuals by Community law and its effects are limited to this case. As a result, it is possible that individuals may suffer discriminations in case of similar damage caused by an infringement to national law. Waiting for an amendment to Law no. 117/1988, the protection of such situations – known as reverse discriminations within Community law – can be granted only by equating infringement to domestic and Community law on the basis of the principle of equal treatment, as held by the Constitutional Court.

<sup>11</sup> Italian Supreme Court (*Corte di Cassazione*), Judgment no. 11880 of 20/09/01.

In line with the decisions of lower courts, the Italian Supreme Court dismissed the action<sup>12</sup>.

In its decisively cosmetic decision, the Supreme Court argued that: a) Community provisions on state aid allows exceptions; b) where admissible, State subsidies distort competition but for the purposes of a “noble undertaking”; c) a public undertaking is subject to competition rules but escape from them to attain its objectives<sup>13</sup>. Essentially, as far as the case in point is concerned, the Supreme Court used the purpose of “public undertaking” to justify unavoidable distortion effects of competition linked to a set schedule of charges, and pointed out that cabotage was domestic in order to deny the application of the Community law on abuse of dominant position.

The administrator of TDM invoked the incorrect interpretation of the Italian Supreme Court, as supported also by arguments inferred from a decision issued by the European Commission on subsidies granted to the same group some time after the period concerned in the case in point<sup>14</sup>.

Significantly, paragraph 17 of the judgment under examination says: “Relying, in particular, in that respect, on Commission Decision 2001/851/EC of 21 June 2001 on the State aid awarded to the *Tirrenia di Navigazione* shipping company by Italy – a decision relating, it is true, to subsidies granted after the period at issue in the main proceedings, but adopted following a procedure instituted by the Commission of the European Communities before the hearing before the *Corte Suprema di Cassazione* in the case which gave rise to the judgment of 19 April 2000 – TDM submits that, had that court made a reference to the Court of Justice, the outcome of the appeal would have been entirely different. Like the Commission in the abovementioned decision, the Court would have laid emphasis on the Community dimension of the maritime cabotage and the difficulties inherent in assessing the compatibility of public subsidies with the rules of the Treaty on State aid, which would have led the *Corte Suprema di Cassazione* to declare that the aid granted to *Tirrenia* was unlawful”.

The case dealt with the Treaty rules on competition, concerning both anti-trust and state aid; the court adjudicating at last instance was requested to apply directly effective Community rule to the case.

In this case, therefore, a manifest error in the interpretation of relevant provisions on the part of the national court, in conjunction with the other criteria as pointed out in *Köbler* judgment, leads to State liability for damage caused to individuals who are

<sup>12</sup> According to the Italian Supreme Court, judgment of 19 April 2000 no. 5087, the fact that the running of bulk transport between mainland Italy and its main islands by sea is entrusted to a public concessionary applying a set schedule of charges by way of public subsidies: a) is not in itself a case of unlawful state aid under Community law; b) does not meet the conditions to be met to identify unfair competition for selling below cost against the principle of fair play; c) does not infringe the prohibition of abuse of dominant position under Article 82 (former Article 86) of EC Treaty, as the maritime cabotage has a domestic dimension.

<sup>13</sup> It is necessary to point out that the Italian Supreme Court’s position was definitely different with respect to the decision issued by the Court of first instance in Brussels on 13 February 1995, where the action was brought against an enterprise benefiting from unauthorized state aid, which had participated in a competitive tender. On the matter, see PARDOLESI, on Cass. Judgment of 19 April 2000, no. 5087, in *Foro it*, 2000, I, 2826.

<sup>14</sup> See Commission decision of 21 June 2001 no. 2001/851/EC, in OJ L 318 of 4 December 2001, according to which a subsidy awarded as compensation for public service in the period 1990-2000 by Italy to the parent company of the group was considered compatible with common market. In relation to regional companies of the same group, see Commission decision of 16 March 2004 no. 2005/163/EC, in OJ L 53 of 26 February 2005.

deprived of an advantage under Community law. The same is valid with respect to the fact that the national court did not comply with the obligation to make a reference for a preliminary ruling.

Well, in relation to Community anti-trust infringements and unlawful State aid, it is the Commission to play a leading role<sup>15</sup>. National courts, however, must pursue the objective to guarantee an acceptable level of competitiveness within the common market.

It is known that the Italian Supreme Court is particularly uncertain on the scope of application of Community law with respect to the effects of the European Commission's decisions on State aid in the tax field. Our domestic legal system considers them binding on national courts, which should evaluate them according to the criteria indicated by the European Court of Justice<sup>16</sup>.

The judgement in point, therefore, raises the possibility of a closer cooperation between institutional players, also for State aid, so to guarantee that a decentralized application of provisions of law does not preclude their consistent interpretation and to support national courts in the exercise of their functions<sup>17</sup>.

### 3. Final observations

From the foregoing it follows that the liability of judges is undoubtedly broader within Community law, in that its only limitation is an excusable error in the interpretation.

<sup>15</sup> On 21 December 2005, the European Commission concluded the review on state aid and adopted the new "Guidelines on national Regional Aid for 2007-2013).

It is appropriate to remember that the European Commission proposes that the State takes "appropriate measures" where it does not doubt any longer that an existing aid scheme is compatible with the common market. If the State does not comply with the proposal, the Commission shall initiate the formal investigation procedure under Article 4 and following. Where the aid is not authorized or results to be unlawful, the Commission can request the Member State to suspend the aid and send all necessary information. The Commission can also request the Member State to recovery any unlawful aid (injunction). Member States should immediately send a notification of "any plans to grant new aids" providing all necessary information. The Commission initiates a preliminary examination "without delay". If the Commission does not take a decision within two months following the receipt of a notification, the aid shall be deemed to have been authorized. Member States, therefore, can implement the measure after giving prior notice to the Commission. In case the aid is not compatible with Community law, the Commission shall request the Member State to abolish the aid. It may also request the Member State to recover the status quo and pay the rescue aid to all firms concerned.

For the purposes of identifying the concept of state aid, it is also necessary to take into account that the Commission and the European Court of Justice often complement the concept of competitive distortion – which is the effect of state aid – by the concept of negative effects on cross-border transactions – which is the condition to be met to apply provisions on state aid.

On the matter, refer to A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, p. 433 and foll.

<sup>16</sup> See judgment no. 17546 of 10 December 2002; ord. no. 8310 of 30 April 2004; Cass. 4 March 2005, no. 4769. Still on the matter, see ord. Section fifth, no. 8319 of 23 March 2004 on State aid to bank foundations.

It is well-known that a national court is bound by a decision of the Commission when hearing an appeal brought by the recipient of the aid and addressee of the implementation measures on the ground that the decision of the Commission is unlawful (see Judgment of the European Court of Justice Corte of 9 March 1994, case C-188/92).

<sup>17</sup> See "Notice on cooperation between national courts and the Commission in State aid field", in Official Journal of the European Union C312 of 23 November 2005.

On the complementary role of the Commission and national courts, see Judgment of European Court of Justice of 21 October 2003, joint cases C-261 and C-262/01.



Already in *Salomone* judgment<sup>18</sup>, the European Court of Justice dismissed the concept of the State as a single player in international law and recognized that the executive could incur liability. More recently, liability was extended to the judiciary.

With respect to national courts, all in all, the European Court of Justice gives a clear framework consisting in the principle of Community law primacy<sup>19</sup> and the principle of liability. It is necessary, however, to reconcile State liability in relation to judicial acts with the independence of the judiciary, as well as the *res judicata* effect.

With respect to the liability of a Member State vis-à-vis the European Union and the relationship between the liability of judges vis-à-vis individuals or institutions and the constitutional principle of the independence of the judge, it is appropriate to emphasize that the liability incurred by the State for the activity performed by its courts of last instance does not compromise the independence of the judge, as it is only the State that incur the liability.

Further observations are to be made with respect to whether Law no. 117/88 is lawful from a constitutional point of view where it grants a lower degree of protection in case of infringements of national law compared to infringements of Community law.

With respect to infringements of Community law, the State is considered as a single entity, being not relevant which body committed the infringement under Community law.

With respect to infringements of national law, the function performed constitutes a limitation to liability. Community law, let us not forget, considers the State as a whole, so that it is the State to commit an infringement and not the judge.

Under Community law, State liability covers the liability of the judge for damage caused in the exercise of judicial functions when there is a manifest infringement to Community law<sup>20</sup>.

From the foregoing it should follow that the distinction between special State liability by an infringement of Community law attributable to a court and ordinary civil liability of the judge leads to a reasonable difference in treatment<sup>21</sup>.

In any case, doubts on Community consistency could be overcome on the consideration that Article 2, paragraph 3 of Law no. 117 of 13 April 1988 can limit the exception under paragraph 2<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Judgment of the European Court of Justice of 4 July 2000, case C-424/97; *Salomone Haim v Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* 407, in *Riv. It. Dir. Pubblico comunitario*, 2/2001, 416, annotated by FERRARO, *La sentenza Haim II, e il problema della compatibilità del sistema di responsabilità extra-contrattuale per illeciti della P.A. elaborato dalla Corte di giustizia con quello vigente in Italia*.

<sup>19</sup> On the matter, see A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, 230, who points out that an efficient executive and a committed judiciary contribute to pursue the objectives of the Treaty through the primacy of Community law, which must not violate fundamental principles and inalienable rights.

<sup>20</sup> On the matter, see MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, 251 and foll.

<sup>21</sup> In this sense, see SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in *Foro it.*, 2006, IV, 418 and foll.

<sup>22</sup> Amendments should be necessary according to F. BIONDI, *Dalla Corte di Giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in *Quaderni cost.*, 2006, 839 foll. Of the same author, see *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 227 foll.

Finally, it is not to apply the principle of “counter-limits”: a decision of the Italian Constitutional Court on a violation of our fundamental principles would bring about huge political problems *vis a vis* the European Union<sup>23</sup>.

It is significant, however, that the European Court of Justice issued a warning to national courts with a view to enhancing cooperation<sup>24</sup>.

The case in point requires to take into consideration all the questions, specially in VAT cases (and, more in general, in all kind of cases where an infringement of Community law is alleged, particularly with respect to free movement of persons<sup>25</sup>), on the grounds that national law is not compatible with Community law<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> For comprehensiveness, see judgment. n. 4207/2005, *Consiglio di Stato*, fifth section, with respect to a decision of the Italian Constitutional Court on a judgment where reference for a preliminary ruling to the European Court of Justice was not considered at all. In the light of the judgment of the European Court of Justice of 6 October 1982, case *Cilfit*, the *Consiglio di Stato* held that even a court adjudicating at last instance has not the obligation to refer to the European Court for a preliminary ruling in some cases, such as when the question is not relevant to the decision of the case. This would result from the fact that the provision of law to be applied by the Italian court does not stem from the legislature, but from a decision of the Constitutional Court on its lawfulness. This Court ascertained that the provision of law in point was vitiated under Article 3 and 32 of Constitution and, according to a well-established procedure, ruled that the referring judge, and all other courts, applied the additive amendment suitable to eliminate the infringement to the fundamental rights to equal treatment and health protection caused by the old wording of the law.

<sup>24</sup> As emphasized, this cooperation should not be based on the number of references. On the criteria to be followed in cases of references to the European Court of Justice, see *retro* note no. 4.

<sup>25</sup> On the point, see European Court of Justice, Sixth Section, 29 April 2004, case C-387/0. For more details on the matter, without being comprehensive, see G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, *Parte Prima*; BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004, 1-227; POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europee*, Milano, 2004; GUIZZI, *Manuale di Diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, 2003.

<sup>26</sup> For a survey on the issue of the different value between domestic laws and international law, see A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, *op. cit.*, 211 and foll. Of the same author, see *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 1, 1999, 59.

## **Corte di giustizia U.E., Grande Sezione, Sent. 13 giugno 2006, causa C-173/03**

Pres. Skouris - Rel. Timmermans

### **Responsabilità civile - Magistrati - Violazione del diritto comunitario - Esclusione della responsabilità dello Stato prevista dalla legislazione nazionale - Contrasto con il diritto comunitario - Sussistenza**

*Il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro dell'Unione europea per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da una interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del Giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente.*

## **Contrastano con il diritto U.E. i limiti per danni da violazioni di norme comunitarie**

Giovanna Petrillo

**SOMMARIO:** 1. Il Caso - 2. La responsabilità del giudice per violazione del diritto comunitario: gli effetti della sentenza in materia tributaria - 3. Riflessioni di sintesi.

### **1. Il caso**

Con una importante sentenza del 13 giugno 2006 la Corte di giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata sul principio e sulle condizioni per la sussistenza delle responsabilità extracontrattuali degli Stati membri per i danni arrecati ai singoli da una violazione del diritto comunitario con particolare riferimento ai casi in cui tale violazione è imputabile ad un organo nazionale giurisdizionale di ultima istanza.

Riprendendo i principi sanciti nella sentenza *Kobler* ( sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01) sulla responsabilità di uno Stato membro per i danni arrecati ai singoli, in caso di violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultimo grado, la Corte precisa che la responsabilità non può essere limitata ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice ove tale limitazione ne escluda la sussistenza nel caso in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto comunitario.

Essa può, anzi, sorgere anche nel momento in cui la palese violazione del diritto comunitario risulti da un'interpretazione delle norme di diritto o da una valutazione dei fatti e delle prove. La Corte ha statuito in particolare che il suddetto principio è in contrasto con l'art. 2, comma 2, della legge n. 117/1988 (ove si esclude la responsabilità dei magistrati per l'attività di interpretazione di norme di diritto e per quella della valutazione delle prove) e l'art. 2, comma 1, che limita il diritto di ottenere il risarcimento dei danni solo nei casi di dolo o colpa grave del giudice<sup>1</sup>.

Il procedimento in questione ha preso le mosse da un rinvio pregiudiziale ex art. 234 Trattato Ce da parte del Tribunale di Genova nell'ambito di un'azione promossa dalla Società Traghetti del Mediterraneo s.p.a. contro lo Stato Italiano al fine di ottenere il risarcimento danni subiti a causa di un'interpretazione erronea della Corte di cassazione delle norme comunitarie relative alla concorrenza ed agli aiuti di Stato nonché del rifiuto opposto dalla stessa Cassazione alla sua richiesta di sottoporre alla Corte di Giustizia le pertinenti questioni di interpretazione del diritto comunitario.

L'Italia convenuta nel giudizio risarcitorio davanti al Tribunale di Genova ha eccepito che la normativa nazionale sul risarcimento dei danni causati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie (legge n. 117/88) in realtà limita la responsabilità dei giudici ai soli casi di dolo o colpa grave del magistrato e la esclude del tutto riguardo all'attività di interpretazione di norme di diritto e di valutazione dei fatti o delle prove.

Il Tribunale di Genova ha quindi chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi in via pregiudiziale sulla compatibilità di tale normativa nazionale con il diritto comunitario chiedendo in riferimento sia all'attività dei giudici di ultima istanza che di grado inferiore se "anche alla luce dei principi affermati (...) nella sentenza *Kobler*

<sup>1</sup> In virtù del disposto dell'art. 2 della citata legge, la responsabilità civile del giudice scaturisce da ogni comportamento, atto o provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato nell'esercizio delle sue funzioni con dolo o colpa grave o nell'ipotesi in cui vi sia diniego di giustizia.

È necessario, pertanto, che il comportamento, atto o provvedimento sia posto in essere nell'esercizio delle funzioni, ovvero che sia connesso all'attività giudiziaria come manifestazione dei poteri-doveri conferiti al magistrato.

Mentre l'agire con dolo determina, in ogni caso, una responsabilità del giudice per il danno ingiusto arrecato al cittadino, nell'ipotesi della colpa grave tale responsabilità esiste solo in presenza di situazioni particolari, espressamente individuate dall'art. 2 della citata legge ovvero:

- a) in caso di grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile;
- b) in caso di affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento;
- c) in caso di negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento;
- d) in caso di emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione (per il solo settore penale).

Da una esame delle indicate ipotesi emerge, inconfutabilmente, che al di là della fattispecie di cui al punto d) che concerne l'ambito tipicamente penale, quelle di cui ai punti a) b) e c) trovano puntuale applicazione anche in campo tributario, comportando una responsabilità civile dello stesso giudice tributario ed il correlato diritto del contribuente ad essere risarcito dell'ingiusto danno subito.

(...) osti all'affermazione della responsabilità dello Stato per violazioni imputabili a un organo giurisdizionale nazionale una normativa nazionale in tema di responsabilità dello Stato per errori del giudice che, come quella italiana, esclude la responsabilità, in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria, e limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice".

## 2. La responsabilità del giudice per violazione del diritto comunitario: gli effetti della sentenza in materia tributaria

È noto che l'art. 234 del Trattato riserva in via esclusiva alla Corte di giustizia il potere di interpretare in via pregiudiziale le norme comunitarie spettando, invece, al giudice nazionale accertare il fatto ed applicare le norme al caso concreto, il tutto, nell'ottica dell'attuazione di una cooperazione ai fini della decisione giudiziale<sup>2</sup>.

È bene sottolineare, in via preliminare, che la crescente espansione del diritto comunitario<sup>3</sup> rischia di far divenire sostanzialmente illimitata la giurisdizione della Corte di giustizia risultando, pertanto, indispensabile l'individuazione delle situazioni di incompatibilità del diritto tributario nazionale e locale con il diritto U.E., risolvibili dal giudice nazionale, e dei casi di necessario rinvio alla Corte di giustizia.

Al fine di procedere ad una precisa individuazione della giurisdizione fiscale della Corte di giustizia assume, dunque, un ruolo fondamentale il principio di sussidiarietà da intendere quale criterio di ripartizione della giurisdizione fra Stato e Unione europea in materia tributaria con priorità delle Corti nazionali, volto a fare chiarezza in merito alla definizione della disciplina di fattispecie poste al limite fra diritto interno e comunitario. A mezzo della sussidiarietà la giurisdizione tributaria comunitaria spetta prevalentemente alle Corti nazionali le quali interpretano le libertà economiche del Trattato rifacendosi agli orientamenti della giurisprudenza comunitaria e solo in casi

<sup>2</sup> In tema v. MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in "Rass. Trib.", 2/2005, 405, il quale sottolinea che "l'interpretazione resa dalla Corte di giustizia non è una interpretazione astratta. Essa interpreta la norma comunitaria alla luce della norma nazionale, così come descritta dal giudice nazionale, con risultati sostanzialmente analoghi a quelli che si avrebbero con un giudizio di compatibilità".

<sup>3</sup> Ulteriore garanzia dell'osservanza e dell'adeguamento del nostro ordinamento al diritto comunitario anche in materia fiscale è rappresentata dall'art. 117 della Costituzione che prevede il rispetto dei vincoli costituzionali e comunitari da parte del legislatore nazionale e regionale nonché dal disposto dell'art. 2 comma 1 lettera b, della legge n. 80 del 7 aprile 2003 che formalizzava nell'ormai decaduta legge delega di riforma del sistema fiscale statale l'adeguamento delle norme fiscali ai principi dell'ordinamento comunitario.

La limitazione della sovranità statale e la conseguente prevalente ed immediata applicabilità del diritto comunitario erano già assunte in base al disposto dell'articolo 11 della Costituzione come riferimento esclusivo su cui basare il rapporto in termini di competenza fra i due ordinamenti. La riforma presenta il merito di aver investito in modo esplicito e diretto anche le Regioni del compito di garantire ed attuare la conformità dell'ordinamento nazionale con quello comunitario ( in tal senso, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 203).

Secondo la Corte di cassazione (cfr. sentenza n. 1756 del 10 dicembre 2002) la nuova formulazione dell'art. 117 della Costituzione parrebbe inidonea sia ad integrare un nuovo e specifico parametro di legittimità costituzionale rispetto a quello di cui all'art. 11 che a rappresentare il superamento dell'affermazione della distinzione ed autonomia dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento italiano. Per una riflessione critica su tale tema, v. F. AMATUCCI, *La tutela giurisdizionale comunitaria in ambito tributario attraverso l'esame della recente giurisprudenza in materia di imposte dirette*, in "Sistema di garanzie e processo tributario", Napoli, 2005, 4.

ben individuati, laddove sia indispensabile, procedono a rinviare la questione alla Corte di giustizia<sup>4</sup> o attendono, come nel caso degli aiuti di Stato, la decisione della Commissione.

L'articolo 226 del Trattato CE prevede la responsabilità degli Stati membri nei confronti della Comunità e la procedura di infrazione con una sentenza di accertamento dell'inadempimento ed una sentenza che pronunci la condanna al pagamento di una sanzione se si constata il perdurare dell'inadempimento. La responsabilità può riguardare solo lo Stato e non le sue articolazioni organizzativa interne. Gli articoli 235 e 288 c. 2 del Trattato si occupano dei danni cagionati a terzi da istituzioni comunitarie o agenti della Comunità nell'esercizio delle loro funzioni. La responsabilità ha natura restitutoria ed è fatta valere davanti alla Corte di giustizia.

La Corte di giustizia quando ha creato la figura della responsabilità dello Stato ha fatto riferimento allo stato legislatore e allo stato amministratore e successivamente nella recente evoluzione ha configurato come responsabilità dello Stato anche quella dei giudici.

Le fonti scritte dell'ordinamento comunitario non definiscono il regime della responsabilità dello Stato membro per i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario. Relativamente alla costruzione di un regime della responsabilità, la Corte di giustizia ha tenuto conto dei principi fondamentali del Trattato e di altri istituti fondamentali che già prevedono la responsabilità degli Stati verso la Comunità e la responsabilità della Comunità verso i singoli.

Ripercorriamo, ora, sinteticamente alcune tappe giurisprudenziali fondamentali sul tema oggetto di analisi.

La sentenza *Francovich* prevede tre condizioni per l'insorgere della responsabilità: in primo luogo che il risultato prescritto dalla direttiva implichi la attribuzione di diritti a favore dei singoli, quindi che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva, ed infine l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato ed il danno subito dai soggetti lesi. Con le sentenze *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame* la Corte estende la responsabilità dello Stato da Stato legislatore a Stato amministratore<sup>5</sup>. La Corte costruisce la respon-

<sup>4</sup> Ebbene, al fine di evitare che la giurisdizione di tale Corte, il cui compito è quello di garantire l'uniforme applicazione del diritto nei Paesi membri, diventi sostanzialmente illimitata assorbendo quella delle Corti costituzionali o delle Corti Supreme, i criteri da seguire in vista del rinvio pregiudiziale dovrebbero essere la novità, la consistenza e la generalità della questione sottoposta. Diffusamente, in argomento, anche per ampi riferimenti giurisprudenziali, v. F. AMATUCCI, *Sistema di garanzie e processo tributario*, Napoli, 2005, 5, il quale in particolare, è dell'avviso che "risulta sempre meno fondata ed attuale la tesi condivisa dalla nostra giurisprudenza dell'autonomia fra l'ordinamento interno e quello comunitario e della sempre maggior interferenza del diritto comunitario nel diritto tributario nazionale che deve indurre a considerare una giurisdizione tributaria comunitaria unica ripartita fra Corti Supreme nazionali e Corte di giustizia".

Ancora in tema, v. ADONNINO, *Il Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia della Comunità Europea*, in "Rass. trib." 5/2005, 1460.

<sup>5</sup> Sentenza C-46/93 e C-48/93 del 5 marzo 1996. Nella sentenza *Francovich* (sentenza 19 novembre 1991 cause riunite C-6/90 e C-9/90 ricorrenti "*Francovich ed altri*") la Corte ha sancito il principio della responsabilità dello Stato per quanto riguarda i danni cagionati ai singoli da violazioni del diritto comunitario che comportano l'obbligo di risarcirli. Con la sentenza pronunciata nelle cause *Brasserie du pêcheur* e *Factortame* (1996), questo principio è stato sviluppato ed esteso a qualsiasi ipotesi di violazione ed a qualsiasi organismo statale responsabile della violazione. In tale occasione la Corte ha precisato quali fossero le condizioni specifiche per l'attuazione della responsabilità degli Stati, al fine di assicurare un risarcimento adeguato del danno causato e quindi una tutela effettiva dei diritti.

sabilità sulla base degli articoli 10 e 288 del Trattato e sui principi comuni degli Stati membri<sup>6</sup>.

La sentenza *Kobler* del settembre 2003, è quella con cui è stato sancito per la prima volta il principio della responsabilità dello Stato verso i singoli per atto imputabile al potere giudiziario (sentenza di un giudice di ultima istanza).

Nel dicembre del 2003 vi è stata la sentenza Commissione c/Italia in cui era contestato all'Italia, in una procedura di infrazione, un inadempimento relativo al mantenimento in vigore di una norma in se neutra che però diveniva incompatibile con il diritto comunitario per il modo in cui veniva interpretata dai giudici di legittimità e di merito e dalle autorità amministrative<sup>7</sup>.

Infine la sentenza *Konle* del 2004 in relazione al diverso profilo della stabilità del giudicato nazionale a fronte di successive sentenze della Corte di giustizia, sottolinea il ruolo del rinvio pregiudiziale ammettendo, ove il giudice nazionale non si sia rivolto alla Corte di giustizia, la revocabilità del provvedimento nazionale ancorché dichiarato legittimo con sentenza passata in giudicato<sup>8</sup>.

Il collegamento fra le tre sentenze è palese nel senso dell'affermazione di una responsabilità dello Stato sia verso la Comunità (procedura di infrazione ex art. 226 CE) sia verso i singoli per violazione del diritto comunitario da parte del giudice nazionale.

Ciò dato, la pronuncia in oggetto si caratterizza per l'affermazione dei seguenti principi di diritto:

1. gli Stati membri dell'U.E. rispondono a titolo extracontrattuale del danno patito dai singoli a seguito di violazioni manifeste del diritto comunitario compiute dagli organi giurisdizionali, anche se tali violazioni derivano dall'attività di interpretazione delle norme o di valutazione dei fatti o delle prove;

2. per determinare le ipotesi in cui una violazione del diritto comunitario debba considerarsi "manifesta" si valuta in particolare alla luce di un certo numero di criteri quali il grado di chiarezza e precisione della norma violata, il carattere scusabile o inescusabile dell'errore di diritto commesso o la mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 terzo CE, ed è presunta in ogni caso, quando la decisione interessata interviene ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in materia (così punto 43 della sentenza 13 giugno 2006)<sup>9</sup>;

<sup>6</sup> La Corte di cassazione si è uniformata a tale orientamento (Cass. 16 maggio 2003, n. 7630; Cass. 9 aprile 2001, n. 5249, salvo che per Cass. 1 aprile 2003, n. 4915 la quale non ha riconosciuto la responsabilità dello Stato sul presupposto dell'inconfigurabilità del diritto del singolo all'esercizio della funzione legislativa, nel caso di specie, si trattava di un'ipotesi di ritardata attuazione di direttiva comunitaria. Per un inquadramento complessivo della problematica v.: CICALA, *La responsabilità civile del magistrato*, Milano, 1989; FUMAGALLI, *La responsabilità degli stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano 2000.

<sup>7</sup> Sentenza causa C-129/00, Commissione c/Italia. La Corte ricorda che un inadempimento di uno Stato membro può essere constatato ancorché risulti da atti di un'istituzione costituzionalmente indipendente. La Corte considera che il testo di legge è di per sé neutro rispetto ai requisiti propri del diritto comunitario, ma la sua portata deve essere valutata in considerazione dell'interpretazione che ne danno le giurisdizioni nazionali.

<sup>8</sup> Sentenza 1 giugno 1999, causa C-302/97, *Konle*.

<sup>9</sup> Sul punto la Corte conferma il suo precedente orientamento reso a partire dalla sentenza *Francovich* e poi dalla sentenza 5 marzo 1996 cause riunite C-46/93 e C-48/93 e da ultimo dalla sentenza 30 settembre 2003 causa C-224/01 ricorrente *Kobler*.

3. il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave “inescusabile” del giudice, ove una tale limitazione possa portare all’esclusione della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui si sia verificata una manifesta violazione del diritto comunitario.

La Corte, in primo luogo, ricorda che il principio per il quale uno Stato membro è obbligato a risarcire i danni arrecati ai singoli per violazione del diritto comunitario ad esso imputabili, vale riguardo a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario e qualunque sia l’organo di tale Stato la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione.

L’esclusione di ogni possibilità di responsabilità dello Stato per il fatto che la violazione contestata al giudice nazionale riguarda l’interpretazione delle norme giuridiche ovvero la valutazione effettuata da quest’ultimo su fatti o prove significherebbe privare del suo contenuto il principio della responsabilità dello Stato e determinerebbe che i singoli non possano godere di alcuna tutela giurisdizionale nel caso in cui un organo giurisdizionale nazionale di ultimo grado ponga in essere un errore manifesto nell’esercizio della sua attività di interpretazione e di valutazione.

In quest’ottica, non può essere escluso che il diritto nazionale precisi i criteri da soddisfare affinché possa essere configurata la responsabilità dello Stato. Detti criteri, tuttavia, non possono in nessun caso imporre requisiti più gravosi di quelli derivanti dalla “manifesta” violazione del diritto vigente.

Contraria al diritto comunitario è, dunque, la limitazione della sussistenza della responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice nel momento in cui una tale limitazione portasse ad escludere la responsabilità nel caso di violazione “manifesta” del diritto vigente<sup>10</sup>.

In definitiva, è sicuramente ineccepibile l’affermazione del principio in base al quale uno Stato non può sottrarsi alle sue responsabilità in virtù di un comportamento di un suo organo.

Ciò che comunque, in questa sede, interessa sottolineare è che non v’è dubbio circa l’estensione di una responsabilità civile a tutte le magistrature, cioè oltre quella ordinaria, anche quella delle Commissioni Tributarie Provinciali e Regionali, nonché, in passato, anche della Commissione Tributaria Centrale. La legge introduce, peraltro, una ulteriore precisazione dal punto di vista dell’individuazione dei soggetti cui essa si applica in quanto si riferisce agli appartenenti alle magistrature che esercitano l’atti-

<sup>10</sup> In dottrina mostrano grande enfasi per la pronuncia di cui sopra MORELLI, in *Diritto e Giustizia*, 29/2006, 105, nel senso che “la sentenza ha portata epocale sull’ordinamento giuridico nazionale giacché costituisce una sorta di quarto grado di giudizio in tutti i casi in cui vi siano norme comunitarie che attribuiscono diritti ai singoli e tali diritti non siano riconosciuti dallo Stato membro nemmeno nella sua estrema forma giurisdizionale. Non solo, ma cadono inoltre le esenzioni per il riconoscimento della responsabilità extracontrattuale dei giudici relative all’interpretazione di norme di diritto, alla valutazione del fatto e delle prove, cristallizzate da anni nella legge 117/1988. Restano in piedi, tuttavia, per la manifesta violazione di norme appartenenti al diritto interno, aprendo una paradossale disparità di trattamento fra interpretazione di norme comunitarie e norme interne.

Ancora, in argomento v. le osservazioni di DAMATO, riportate in *Guida al Diritto*, 4/2006, 39 nel senso che: “l’impatto di tale decisione sulla legge italiana sulla responsabilità civile dei magistrati è oltremodo significativo. Essa determina secondo una ben nota giurisprudenza della Corte costituzionale la disapplicazione delle norme nazionali risultate incompatibili con il diritto comunitario. La sentenza della Corte di giustizia riguarda però unicamente i casi di violazione dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme comunitarie ed i suoi effetti sulla legge italiana sono circoscritti a tali ipotesi. A essa consegue perciò la possibilità che si determinino situazioni di discriminazione per gli individui che subiscono analoghi danni per violazioni del diritto interno. In attesa di una modifica della legge 117/1988, la tutela di tali situazioni note al diritto comunitario come discriminazioni alla rovescia, può essere assicurata unicamente sulla base dell’orientamento espresso dalla Corte costituzionale, attraverso l’applicazione del principio di uguaglianza equiparando le violazioni del diritto interno a quelle del diritto comunitario”.



vità giudiziaria, indipendentemente dalla natura delle funzioni svolte. Si tratta di una formula piuttosto ampia che comprende non solo l'esercizio di funzioni decisorie, ma qualsiasi attività svolta dal giudice nel campo giudiziario, quale che sia la sua natura.

Anche nei giudizi dinanzi alle Commissioni Tributarie si possono verificare problematiche relative all'operato di giudici, che, in ipotesi, negano in sede processuale un fatto specifico, pur essendo palese la sua sussistenza, o procedono ad una interpretazione della legge applicabile al di là di ogni logica. I giudici tributari possono, ad esempio, ritenere esistente una circostanza fattuale la cui inesistenza è chiaramente posta in luce dalle risultanze acquisite agli atti.

Riguardo, poi, alle implicazioni problematiche relative alla responsabilità del giudice nell'interpretazione delle norme di diritto e nella valutazione di fatti, potrebbe verificarsi, anche nell'ambito delle commissioni tributarie, l'ipotesi di giudici che interpretano le norme di diritto o valutano i fatti in termini contrastanti con qualsiasi criterio logico, con l'adozione di scelte aberranti nella ricostruzione della volontà del legislatore, manipolando il testo normativo sconfinando, pertanto, nel diritto libero<sup>11</sup>.

Torniamo a considerare, a questo punto, la lite che ha costituito il presupposto per l'azione risarcitoria promossa contro la repubblica italiana.

Veniva accusata la politica tariffaria di un vettore marittimo concessionario pubblico e sovvenzionato dall'erario che avrebbe estromesso dall'esercizio di alcune rotte un concorrente poi sottoposto a procedure concorsuali.

La Corte di cassazione seguendo l'orientamento delle pronunce dei due gradi di merito negava ogni profilo di illiceità<sup>12</sup>.

Con motivazione decisamente epidermica e poco esaustiva la Suprema Corte così, in linea di massima, argomenta: a) la disciplina comunitaria degli aiuti di Stato ammette eccezioni; b) ove ammissibili, le sovvenzioni statali alterano lo scenario concorrenziale, ma lo fanno in vista di una "nobile" causa; c) l'impresa pubblica è soggetta alle regole di concorrenza ma vi si sottrae nella misura in cui ciò sia necessario al perseguimento del suo compito<sup>13</sup>. In sostanza, la Cassazione, per quel che in questa sede interessa, poneva sotto l'ombrello protettivo della "missione pubblica" quelli che riteneva essere gli effetti distorsivi inevitabili della concorrenza, legati a tariffe imposte dall'autorità, e poneva in risalto, per negare ingresso alla disciplina comunitaria dell'abuso di posizione dominante, il carattere interno del cabotaggio.

Il curatore fallimentare della TDM invocava l'errore interpretativo della Cassazione confortato anche da argomenti desumibili dalla decisione con cui qualche tempo dopo la Commissione delle Comunità Europee si era occupata delle sovvenzioni

<sup>11</sup> Corte di cassazione, sent. n. 11880 del 20 settembre 2001.

<sup>12</sup> Secondo Cass. sent. 19 aprile 2000 n. 5087 "il comportamento di un concessionario pubblico che, per svolgere il collegamento di massa via mare fra le isole maggiori ed il continente, pratici una tariffa imposta dall'autorità governativa avvalendosi del sovvenzionamento statale: a) non vale di per sé ad individuare una fattispecie di aiuto statale illegittimo, ai sensi della normativa comunitaria; b) non integra gli estremi della concorrenza sleale per vendita sottocosto in violazione del principio della correttezza professionale; c) costituendo attività di cabotaggio all'interno di un singolo Stato membro, non impinge nel divieto di abuso di posizione dominante ex art. 82 (ex 86) del trattato Ce".

<sup>13</sup> Non può farsi a meno di rilevare come decisamente distante è l'orientamento seguito nel caso in esame dalla Suprema Corte rispetto al *decisum* di Trib. Bruxelles 13 febbraio 1995, che denunciava il comportamento di un'impresa che beneficiando di aiuti statali in assenza di notifica ed autorizzazione comunitaria aveva nondimeno partecipato ad una gara di appalto con un'offerta resa possibile, appunto, dal sovvenzionamento. In tema v. le osservazioni di PARDOLESI, in nota a Cass. sent. 19 aprile 2000, n. 5087, in "Foro it.", 2000, I, 2826.

versate al medesimo gruppo in un intervallo cronologico posteriore a quello dei fatti di causa<sup>14</sup>.

Significativamente al punto 17 della sentenza in esame si legge: “a tal riguardo, fondandosi, segnatamente, sulla decisione della Commissione 21 giugno 2001, 2001/851/CE, relativa agli aiuti di stato corrisposti dall'Italia alla Compagnia Marittima Tirrenia di Navigazione, decisione riguardante, sì convenzioni concesse successivamente al periodo controverso nella causa principale, ma adottata al termine di un procedimento avviato dalla Commissione delle Comunità Europee prima dell'udienza dibattimentale della Suprema Corte di cassazione nella causa conclusasi con sentenza 19 aprile 2000, la TDM sostiene che, se quest'ultimo giudice si fosse rivolto alla Corte l'esito del ricorso in Cassazione sarebbe stato completamente diverso. Al pari della Commissione, nella summenzionata decisione, la Corte avrebbe, infatti, rilevato la dimensione comunitaria delle attività di cabotaggio marittimo così come le difficoltà inerenti alla valutazione della compatibilità di sovvenzioni pubbliche con le norme del Trattato in materia di aiuti di Stato, il che avrebbe portato la Corte di cassazione a dichiarare illegittimi gli aiuti concessi alla Tirrenia”.

Nella fattispecie in esame, in cui si discuteva riguardo alle regole poste dal Trattato in tema di concorrenza sia sotto il profilo antitrust che sotto quello degli aiuti di stato, si richiedeva, dunque, all'organo di ultima istanza l'applicazione di norme comunitarie direttamente applicabili al caso dedotto in giudizio.

In tale ipotesi, una sentenza che interpreti in maniera manifestamente erronea le norme rilevanti, in concorso con gli altri requisiti evidenziati nella sentenza *Kobler*, espone lo Stato al risarcimento del danno subito dal soggetto che viene privato di un vantaggio che l'ordinamento comunitario gli attribuiva. Lo stesso vale in riferimento all'ipotesi di inadempimento dell'obbligo di rinvio pregiudiziale.

Ebbene, sia relativamente agli illeciti *antitrust* di consistenza comunitaria che riguardo alla repressione degli aiuti di Stato illeciti un ruolo decisivo è svolto dalla Commissione<sup>15</sup>. I giudici nazionali devono, tuttavia, perseguire l'obiettivo di assicurare un accettabile livello di concorrenzialità nell'ambito del mercato comune.

<sup>14</sup> Cfr. decisione 21 giugno 2001 n. 2001/851/Ce, in G.U.C.E. L 318 del 4 dicembre 2001, che riconosceva la compatibilità con il mercato comune degli aiuti versati nel periodo 1990-2000 dall'Italia all'impresa capogruppo, a titolo di compensazioni per la prestazione di un servizio pubblico. Riguardo alle compagnie regionali del medesimo gruppo v. poi la successiva decisione 16 marzo 2004 n. 2005/163/Ce, in G.U.C.E. L 53 del 26 febbraio 2005.

<sup>15</sup> Il 21 dicembre 2005, si è concluso il processo di revisione avviato dalla commissione con l'adozione dei nuovi “Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale” 2007-2013.

È bene ricordare che la Commissione nel caso in cui il dubbio di incompatibilità diventi convinzione propone allo Stato “opportune misure vincolanti”. In caso di inottemperanza, la Commissione avvia la procedura di accertamento formale prevista dagli artt. 4 ss. La Commissione, se non ha autorizzato un provvedimento di aiuto oppure nell'ipotesi in cui questo risulti abusivo può ingiungere allo Stato responsabile di sospendere l'efficacia del provvedimento e di trasmettere ad essa tutte le informazioni necessarie. La Commissione ha anche il potere cautelare di chiedere allo Stato, con ingiunzione, di sopprimere ogni aiuto illegalmente concesso. Gli Stati devono notificare tempestivamente e con tutte le informazioni necessarie “qualsiasi progetto di nuovo aiuto”. La Commissione realizza le indagini del caso provvedendo “senza indugio”. Se la Commissione non si pronuncia entro due mesi dal ricevimento della notifica si forma il silenzio-assenso. Lo Stato può, pertanto, attuare la misura previo avviso alla Commissione. Nel caso di dichiarata incompatibilità di una misura di aiuto la Commissione oltre ad imporre l'eliminazione della misura, può disporre il ripristino dello status quo, ordinando allo Stato membro di imporre la restituzione delle somme erogate illegittimamente a tutti i beneficiari.

Sempre ai fini dell'individuazione della nozione di aiuto di Stato, occorre altresì tener conto come dall'esame delle singole decisioni della Commissione e della Corte di giustizia emerga che il più delle volte la distorsione della concorrenza, che è l'effetto che le norme in esame si prefiggono di evitare, e l'incidenza negativa sugli scambi intracomunitari, che ne è la traduzione in termini di presupposti per l'applicazione della specifica normativa, vengono considerate tra loro in rapporto strettamente complementare.

In tema si rinvia, ampiamente, ai rilievi di A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, pp. 433 ss.

Come è noto, situazione di particolare incertezza della giurisprudenza della Corte di cassazione sull'ambito di applicazione del diritto comunitario si è posta in relazione all'efficacia delle decisioni della Commissione CE in materia di aiuti di stato di tipo fiscale nel nostro ordinamento ritenute vincolanti per il giudice nazionale che deve valutarle in base ai criteri indicati dalla Corte di giustizia<sup>16</sup>.

La pronuncia in epigrafe offre, pertanto, l'opportunità per auspicare, anche sul versante degli aiuti di stato, una più stretta collaborazione fra i diversi attori istituzionali per garantire che l'applicazione decentrata delle norme non pregiudichi la coerenza della loro interpretazione e per sostenere i tribunali nell'esercizio delle loro funzioni<sup>17</sup>.

### 3. Riflessioni di sintesi

Dai rilievi svolti emerge che in ambito comunitario l'area della responsabilità del giudice è senza dubbio più ampia trovando un limite solo nella scusabilità dell'errore nell'interpretazione.

Già a partire della sentenza *Salomone*<sup>18</sup> la giurisprudenza comunitaria, superando le prime imputazioni operate nei confronti dello Stato unico soggetto di diritto internazionale, ha affermato la responsabilità della Pubblica Amministrazione. Il momento più recente dell'ampliamento dell'area di responsabilità ad opera dell'ordinamento comunitario ha riguardato il potere giudiziario.

Dalla parte del giudice nazionale ci si trova di fronte ad un quadro tutto sommato chiaro che la Corte di giustizia fornisce con il principio del primato del diritto comunitario<sup>19</sup> ed il principio di responsabilità. È, tuttavia, indubbiamente necessario conciliare la responsabilità dello Stato per atti del potere giudiziario con l'autonomia del giudice e l'autorità del giudicato.

In ordine alla distinzione fra il problema della responsabilità dello Stato membro nei confronti dell'Unione e la questione della responsabilità del magistrato nei confronti delle parti o delle istituzioni e dei limiti che questa responsabilità incontra in

<sup>16</sup> Cfr. sentenza n. 17546 del 10 dicembre 2002; ord. n. 8310 del 30 aprile 2004; Cass. 4 marzo 2005, n. 4769. Ancora, in argomento, v. Cass. sez. V., ord. n. 8319 del 23 marzo 2004 in materia di agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie.

È ben noto che il giudice nazionale è vincolato al rispetto di una decisione della commissione, qualora venga adito dal beneficiario degli aiuti e destinatario delle misure d'attuazione che deduca l'illegittimità della decisione stessa (cfr. Corte di giustizia 9 marzo 1994, causa C-188/92).

<sup>17</sup> Si veda al riguardo, la "comunicazione della commissione relativa alla cooperazione fra i giudici nazionali e la Commissione in materia di aiuti di Stato", in G.U.U.E. C-312 del 23 novembre 2005.

Sui ruoli complementari della commissione e dei giudici nazionali cfr. Corte giust. 21 ottobre 2003, cause riunite C-261 e C-262/01.

<sup>18</sup> Sentenza 4 luglio 2000, causa C-424/97; *Salomone Haim c. Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein* 407, in "Riv. It. Dir. Pubblico comunitario", 2/2001, 416, con nota di FERRARO, La sentenza Haim II, ed il problema della compatibilità del sistema di responsabilità extra-contrattuale per illeciti della P.A. elaborato dalla Corte di giustizia con quello vigente in Italia.

<sup>19</sup> In tema si rinvia ampiamente alle considerazioni di A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Napoli, 2007, 230, il quale, in particolare, evidenzia che "è anche all'efficienza dell'Amministrazione pubblica ed all'impegno del giudice nazionale condizionato il conseguimento delle finalità del Trattato attraverso il primato del Diritto comunitario, che non violi i principi costituzionali fondamentali ed i diritti inalienabili".

virtù del principio costituzionale dell'indipendenza del giudice, è bene evidenziare che l'affermazione della responsabilità dello Stato per atti delle sue giurisdizioni superiori non compromette l'indipendenza del giudice in quanto è responsabilità che ricade esclusivamente sullo Stato.

Un'ulteriore ed assorbente considerazione, ciò dato, si impone in ordine alla eventuale illegittimità costituzionale della L. n. 117/88 laddove dispone per le violazioni giudiziarie del diritto interno un grado di protezione più basso di quello concesso per le violazioni del diritto comunitario.

Nel caso dell'illecito comunitario, lo Stato, considerato dall'esterno rileva come unità essendo circostanza irrilevante per il diritto comunitario quale sia l'organo agente.

Sotto il profilo della responsabilità del diritto interno, invece, le peculiarità della funzione integrano un limite della stessa responsabilità. Dal punto di vista del diritto comunitario, in pratica, soggetto agente è considerato non l'organo ma lo Stato con la conseguenza che l'illecito è dello Stato e non del giudice.

La fattispecie di responsabilità comunitaria dello Stato comprende quella del diritto interno, caratterizzata dal danno cagionato nell'esercizio di funzioni giudiziarie, ma con l'elemento ulteriore costituito dalla violazione manifesta del diritto comunitario e dall'imputabilità della condotta dello Stato anziché a quella del giudice<sup>20</sup>.

Dalle osservazioni che precedono in punto di diversità fra la fattispecie speciale di responsabilità dello Stato per violazione comunitaria imputabile a provvedimento giurisdizionale e quella comune di responsabilità civile del magistrato, dovrebbe dunque derivare la ragionevolezza della diversità di trattamento<sup>21</sup>.

Eventuali dubbi di conformità comunitaria potrebbero, in ogni caso, essere superati se si considera che il comma 3 dell'articolo 2 della legge 13 aprile 1988, n. 117, può limitare l'esimente di cui al comma 2<sup>22</sup>.

Non pare proponibile, poi, neanche la questione dei "controlimiti" in quanto una ipotetica decisione della Corte Costituzionale volta a denunciare una violazione dei principi supremi della nostra Costituzione determinerebbe enormi problemi politici relativamente all'atteggiamento degli organi costituzionali italiani nei confronti dell'Unione europea<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> In tema diffusamente v. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987, 251 ss.

<sup>21</sup> In tal senso v. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*, in "Foro it.", 2006, IV, 418 ss..

<sup>22</sup> Modificazioni legislative sono necessarie secondo F. BIONDI, *Dalla Corte di giustizia un "brutto" colpo per la responsabilità civile dei magistrati*, in "Quaderni cost.", 2006, 839 ss. Ancora dello stesso AUTORE v. *La responsabilità del magistrato*, Milano, 2006, 227 ss.

<sup>23</sup> Per completezza sul punto v. la sentenza n. 4207 del 2005 della sezione V del Consiglio di Stato che ricava un motivo di improcedibilità di una questione di compatibilità comunitaria da una decisione della Corte costituzionale adottata nell'ambito di un giudizio nel quale tale questione non era stata in alcun modo considerata. Il Consiglio di Stato ha osservato che in base alla sentenza 6 ottobre 1982, *Cilfit*, della Corte di giustizia, l'obbligo del rinvio pregiudiziale, anche da parte del giudice di ultima istanza, non ricorre in alcune ipotesi, fra le quali è compresa quella dell'irrelevanza della questione ai fini della definizione della causa e tale irrilevanza risulterebbe dal fatto che la norma legislativa che il giudice italiano dovrebbe in questo caso applicare "non scaturisce dall'attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale (in seguito al quale) la Corte costituzionale ha accertato nella norma rimessa al suo esame il vizio di violazione degli artt. 3 e 32, Cost., e, utilizzando una modalità di intervento ormai acquisita da anni al processo costituzionale, ha imposto al giudice remittente, ed a tutti gli operatori del diritto, quella modificazione additiva ritenuta idonea ad eliminare il pregiudizio arrecato dal vecchio testo ai diritti fondamentali dell'eguaglianza e della tutela della salute".

Comunque, è significativo il monito della Corte di giustizia rivolto ai giudici nazionali di intensificare un dialogo cooperativo<sup>24</sup>.

Sul piano propriamente applicativo il caso in esame richiede di considerare con attenzione tutte le questioni, specie nelle controversie tributarie in materia di IVA (e, più, in generale, in ogni controversia, non solo tributaria in cui sia dedotta la violazione del diritto comunitario in particolare in riferimento alla libera circolazione delle persone<sup>25</sup>) che si fondino sulla incompatibilità della norma nazionale rispetto al principio comunitario<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Come evidenziato, questa cooperazione non deve misurarsi con il numero dei rinvii. Sui criteri da seguire in vista del rinvio pregiudiziale cfr. *retro* nota n. 4.

<sup>25</sup> In tema, cfr. Corte di giustizia, Sez. VI, 29 aprile 2004, n. C-387/0. Per un approfondimento in argomento, senza pretese di completezza, v. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, Parte Prima; BALLARINO, *Manuale breve di diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2004, 1-227; POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità Europee*, Milano, 2004; GUZZI, *Manuale di Diritto e politica dell'Unione Europea*, Napoli, 2003.

<sup>26</sup> Ampiamente si rinvia, per una disamina della problematica relativa alla conoscenza della differente forza e valore delle norme interne rispetto alle norme internazionali, a quanto osservato da A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, *op. cit.*, 211 e ss. Ancora dello stesso AUTORE, v., *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in "Rivista di Diritto Tributario Internazionale", 1, 1999, 59.



## European Court of Justice - First Chamber - Judgement of 25 January 2007 - Case C-329/05

President P. Jann - Rapporteur M. Ilesic

Community law - Fundamental freedoms - Freedom of establishment -  
Case - Taxation - Joint assessment to tax - Conditions - Violation of  
Article 52 EC - Relevant

*A Member State's domestic law is not compatible with Community law and infringes Article 52 EC where it does preclude a taxpayer from benefiting of the applicable joint assessment to tax with his or her non resident spouse, who did not receive taxable income in the Member State of residence.*

### Respect for fundamental freedoms in Community law and domestic law: a comparison between two models

Maria Assunta Icolari \*

CONTENTS: 1. The case - 2. The protection of free establishment and movement of workers caught between the prohibition of tax discrimination and taxing powers of Member States - 3. The necessity of avoiding differences in treatment that descends from the principle of equal treatment as laid down in domestic systems.

#### 1. The case

The judgment in question concludes that there was an infringement of the freedom of establishment and movement of workers, as laid down in Article 52 EC (now, after amendment Article 43 EC), by way of a discrimination on grounds of nationality in the field of household taxation, namely the application of a different

---

\* Translation by Claudia Calogero.

tax treatment to non resident spouses. In particular, the infringement consists in refusing a taxpayer the benefit of joint assessment to tax with his spouse, from whom he is not separated, despite of the fact that she lives in another Member State where she is not subject to tax, as she receives solely exempt compensation.

The case is that of an Austrian self-employed worker resident in Germany for business reasons. In 1997, he applied to the German tax administration for “splitting” on the ground that he lives in a conjugal relationship and that his wife – having given birth to a child in that year – had not received any taxable income under the applicable Austrian tax law. However, the German tax administration refused the application. The refusal of such benefit – which is particularly significant when one of the spouses does not receive any income, because the taxpayer benefits of the threshold of non taxation twice – is based on the fact that wage compensation benefits paid to the taxpayer’s wife are not exempt from tax under the corresponding German law. Moreover, it was not considered appropriate to apply the mutual recognition principle to extend the tax regime in question. Under this regime, first, the income of (not separated) spouses is determined separately; then, after summing the two amounts, the whole taxable income is divided by two, so that the bigger is the difference between the spouses’ income, the higher is the lawful tax saving. According to this interpretation, the German tax administration, as a result, decided that the tax applicable to unmarried persons should be applied. The taxpayer appealed against this refusal and the court of first instance allowed his action. Afterwards, the German tax administration brought an appeal to the German Supreme Court. It submitted that the conditions for the application of Paragraphs 1(1)(2) and 26 of the EstG 1997 were not fulfilled in that the wage compensation benefits received by his wife exceeded the established threshold and brought the proportion of the income received by the spouses in Germany below the threshold of 90%. This threshold was established by the German law-maker after case *Schumacker*, as it is the necessary condition for applying the same tax treatment to residents and non residents. In short, the tax administration’s defence is based exclusively on the classification of the taxable income in accordance with the then applicable German tax law: in fact, it does not recognise that there is a condition comparable to that of German residents, even though it takes into consideration the economic and personal circumstances of the taxpayer concerned. On the basis of this argument, the German Supreme Court decided to stay the proceedings and to refer the question to the European Court for a preliminary ruling. In particular, whether a correct interpretation of Article 52 of the Treaty precludes a taxpayer from being refused a favourable tax treatment, although relevant requirements are satisfied, on the ground that his spouse’s income, yes, exceeds the threshold, but it is tax exempt in her State of residence. In this regard, the European Court of Justice points to the infringement, in line with the Advocate General’s conclusions with respect to the substantially identical conditions between the spouses in question and two spouses resident of the same State and in the same tax position, as in both cases it is only one of the spouses who produces income. As a consequence, if correctly applied, Article 52 actually precludes the application of a different tax treatment to the same tax positions by way of refusing joint assessment to tax.



## 2. The protection of free establishment and movement of workers poised between the prohibition of tax discrimination and taxing powers of Member States

Once again, a ruling leads to some observations on the matter of the protection of fundamental freedoms within the European Community. In truth, its very underlying reasons feature specially suggestive elements, worth a careful evaluation, which – in short – can follow two lines of reasoning, without however disregarding relevant case-law.

First, it is necessary to frame the relationship between the freedom of establishment and movement of workers<sup>1</sup> and the European citizenship in the context of effectiveness on its own, by way of considering it independently even from the principle of non-discrimination in the tax field<sup>2</sup>. In fact, since it affects the evaluation on whether or not a national rule is lawful, discrimination on grounds of nationality or residence becomes an important condition. This condition, however, is relevant only because it is linked to a domestic rule that, on its part, should never discourage the movement or establishment of workers across Member States. This is furthermore true because the special feature of treaty rules for some codification areas of Community law (it is the case of Article 24 of the OECD Model) does not go beyond the prohibition of discriminatory tax measures as descending from the principle of reciprocity. Then, moving on to the second issue appears consequential. It is necessary to compare the equality standard domestically applied by Member States to the corresponding EU model contained in Article 12 of the EC Treaty<sup>3</sup> taking constantly into account that

<sup>1</sup> To substantiate the above, a reference can be made to the European Court of Justice's case-law on the evolution of the principle of restriction, namely to what the Court held in order to avoid or discourage movements or transactions from one Member State to another. In this sense, *inter alia*, see case C-81/1987 *Daily Mail*, ECR (1988) 0-5483 and case C-385/2000 *De Grot*, ECR (2002) I-11819, in conjunction with the interpretation given, in order to affirm that rules on freedom of establishment specially aim at granting national tax benefits in force in the host State, while rules on freedom of movement aim at promoting, by way of fiscal advantages, the carrying on of any working activity by European citizens in any Member State. After case *Schumacker* (Judgment of the European Court of Justice of 14 February 1995, case C-279/93, mainly paragraph 30 and paragraph 36-38), in order to grant the benefit of national treatment in the State of establishment, Treaty rules on freedom of establishment forbid that the State of origin hinders the establishment of its own nationals in another Member State (see Judgment of the European Court of Justice of 16 July 1998, case C-246/96, *ICI*, ECR I-4695, paragraph 21). Similarly to individuals, unjustified differences in treatment involve a tax disadvantage. In the light of that limitation, a parent company might be dissuaded from carrying on its activities through the intermediary of a subsidiary established in another Member State. In this sense, see Judgment of the European Court of Justice of 18 September 2003, case C-168/01, *Bosal* ECR I-9409, paragraph 27.

<sup>2</sup> On the principle of non-discrimination in the tax field, refer to the interesting interpretation of F. AMATUCCI in his work *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, who however argues that covert discriminations are not covered by the principle of non-discrimination in the tax field as contained in double taxation conventions.

<sup>3</sup> In this regard, it is important to reaffirm that Article 24 of the OECD Model has a residual nature, in that it refers to taxation, and in particular to those cases of discrimination involving international double taxation, which therefore precludes its application as a standard in the interpretation of treaties. Conversely, in spite of the fact that “according to the established case-law of the Court the general principle of equality, of which prohibition on discrimination on grounds of nationality is merely a specific enunciation, is one of the fundamental principles of Community law, this principle requires that similar situations shall not be treated differently unless differentiation is objectively justified” (Judgment of the European Court of Justice of 8 October 1980, C-810/79 (1980) ECR I-2747), also the principle in question can be applied only where there is no specific prohibition on discrimination in single codification areas. This is perhaps due to the operational mechanism of Article 12 of the Treaty, which stops at paragraph 1 of our Article 3 Cost., if compared to our principle of equality. On the other hand, however, this strengthens the idea that it is not the only standard to refer to when abolishing provisions or practices that favour discriminations.

direct taxation falls within the competence of Member States<sup>4</sup> and that the same Treaty sets out restrictions and derogations, so that ultimately the problem is to reach a fair balance between Community law and domestic tax interests<sup>5</sup>.

Given that the European Community still focuses on economic freedoms only, in order to reach a balanced allocation of taxing powers between Member States, it is necessary to eliminate discriminations based on nationality. Doubts have risen, then, about whether it is possible to contribute to making domestic rules on household taxation compatible with the freedom of establishment and movement by way of a European tax formula that legalizes a standard, according to which Member States' tax systems should take into account the personal and economic circumstances of the taxpayer and/or of his family, while harmonizing different tax systems underlying deductions. Or, whether in the absence of a political agreement on a supranational taxation function (and taking into account also the difficult application of unanimity), direct taxation harmonization will be carried on by the European Court of Justice by way of solving cases caused by negative integration. In this regard, in some cases, it could be possible to deploy the principle of proportionality along with the principle of precaution; this principle has been experienced in other branches of the law and implies even the limitation of one of the principles in comparing the two situations to be balanced, with a view to implementing identical taxation criteria across Member States and different tax treatments under different tax circumstances<sup>6</sup>.

The operational criterion highlighted in the Court's abundant case-law attaches the value of fundamental principles of Community law to the freedom of establishment and movement of workers under Article 39 EC, whose scope covers both a prohibition of discrimination on grounds of nationality and a prohibition of restriction. According to this case-law, which has led to denying interpretations and to building Community tax law over the years, also by way of (sometimes decisive) "soft law" instruments, the concept of establishment is so much wider that a European citizen can participate on a stable and continuous basis in the economic life of a Member State other than the national State and can benefit from it, in order to favour economic and social penetration within the Community in the area of professional activities. But, in general, it is not always easy to reconcile this cohesion with the maintenance of national laws that often are a hindrance to the carrying out of transactions, such as different national non-fiscal provisions concerning the classification of income from

<sup>4</sup> In this regard, first, it is necessary to recall that according to the established case-law of the Court, the state-of-the-art Community law provides that direct taxation falls within the competence of Member States, Member States must however exercise such competence consistently with Community law. See Judgment of the European Court of Justice of 11 March 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, case C-09/02, paragraph 44; Judgment of the European Court of Justice of 13 December 2005, case C-446/03, *Marks & Spencer*, (2005) ECR I-10837, paragraph 29; Judgment of the European Court of Justice of 12 September 2006, case C-196/04 *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas* (2006) ECR I-00, paragraph 40; Judgment of the European Court of Justice of 13 March 2007, case C-524/04, *Test Claimants in the Cap Group Litigation* (2007) ECR I-00, paragraph 25.

<sup>5</sup> On the point, see the interesting surveys by A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, presentation for the Conference "I modelli impositivi comunitari nell'Europa allargata" held in Bologna on 24-25 September 2004 (paper), P. BORIA, *Il principio di non discriminazione tributaria ed i rapporti con l'interesse fiscale nella disciplina comunitaria dell'imposizione diretta*, in "Riv. ital. di diritto pubblico comunitario", no. 3-4/2005, p. 475 foll.

<sup>6</sup> The Court has the merit of having contributed to clarify the concept of discrimination by way of a painstaking comparison between similar and dissimilar cases. In this sense, refer to the judgment of the European Court of Justice of 13 December 1984, case C-106/83, *Sermide*, ECR I-4209.

employment, which are used to quantify worldwide taxation and double taxation<sup>7</sup>. In this perspective, where the content of these non-fiscal provisions is not suitable to avoid restrictions on nationals who wish to establish in another Member State, or where they apply a different treatment to nationals of another Member State only on grounds of nationality, their application involves a manifest violation. This happens, first, because the freedom of establishment – which the Court considers ideally superior in the hierarchy, so to be the core of the concept of European citizenship – implies that all citizens can take up and pursue self-employed activities under the same conditions as those applied by the State of establishment to its own nationals.

It is true that residents and non-residents usually are not in a similar situation. As a consequence, in order to implement the fiscal freedoms of the Treaty, as well as to establish the correct amount of taxation linked to the personal circumstances of the taxpayer, the evaluation process cannot stop at the initial stage, namely prohibition of discrimination and of restriction must interact. These observations lead to a range of significant problems connected also to the fact that *the rules regarding equality of treatment forbid not only over discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation lead in fact to the same result*<sup>8</sup>, and require an extensive interpretation of the anti-discriminatory rule. In this regard, it is to bear in mind that residence is now universally adopted as a connecting link to national law systems for the purposes of the determination of income taxes, so that Community freedoms can be invoked in the tax field. Given that, with respect to the principle of worldwide taxation, a key problem concerns the relationship between the principle of territoriality and freedom of movement and establishment, as well as the mutual recognition of pro-taxpayer schemes under the same original circumstances in order to avoid violations to the exercise of freedoms by way of unjustified restrictions.

In the case in point, residence is based on the fact that the taxpayer habitually receives the major part of his income in the State of residence; the tax administration has all the information necessary to evaluate his worldwide tax ability, taking into account his personal and family circumstances. That being said, residence implies also a negative interpretation, namely a sort of dismissive interpretation that rescues all other interpretations on the application of the law of the State of establishment, where the major part of income is produced in the State of residence. In fact, contrary to the Court's position in case *Wallentin*<sup>9</sup> – although the Court expressly establishes that the

<sup>7</sup> On the question of the tax classification of rules on employment, both for the identification of relevant categories and the issue concerning the prohibition on double taxation, it is still particularly valid the contribution by G. ΠΟΥΤΙ, *I redditi di lavoro nel modello Ocse di convenzione contro la doppia imposizione internazionale*, in "Riv. dir. trib. inter.", no. 2/99, p. 102 and foll. More recently, G. MELIS, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in AA. VV. (edited by E. DELLA VALLE, L. PERRONE, C. SACCHETTO and V. UCKMAR), *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, p. 1 and foll.

<sup>8</sup> See case *Sotgiu*, judgment of the European Court of Justice of 12 February 1974, C-152/73, (1974) ECR I-153.

<sup>9</sup> In the judgement, the Court had already held that "The position is different, however, where the non-resident receives no significant income in the State of his residence and obtains the major part of his taxable income from an activity performed in the State of employment, with the result that the State of his residence is not in a position to grant him the benefits resulting from the taking into account of his personal and family circumstances. There is no objective difference between the situations of such a non-resident and a resident engaged in comparable employment, such as to justify different treatment as regards the taking into account for taxation purposes of the taxpayer's personal and family circumstances." On the point, see in particular case *Schumacker*, cit., paragraphs 36 and 37, Judgement of the European Court of Justice of 1 July 2004, case C-169/03, *Wallentin*, ECR I-6443, paragraph 17.

situation is different where the taxpayer obtains the major part of his taxable income in the State of establishment –, in this case, the latter must grant the benefits resulting from the taking into account of the taxpayer's personal and family circumstances, as he obtains the whole part of his taxable income in the State of establishment.

That is also because where residents and non-residents are in a similar position, and a different treatment is not justified, the refusal of national tax advantages is not compatible with the freedom of pursuing self-employed activities everywhere, namely with the freedom of establishment in a State other than the State of origin. Therefore, the strenuous defence of the German tax administration is of no use: in fact, it does not even consider the mutual recognition of Austrian law, which exempts the whole of wage compensation benefits paid to the taxpayer's wife in the year concerned, and highlights only that residents spouses are in a different situation from non-resident spouses, in order to justify the different treatment.

Finally, it is necessary to point out that the reasons given not to recognize the Austrian national rule of exemption (namely, not to protect personal and family circumstances in the State of residence), and to substantiate the original difference and so the refusal of tax advantages, are not imperative reasons in the public interest that can justify a restriction on fundamental freedoms<sup>10</sup>.

### 3. The necessity of avoiding differences in treatment that descends from the principle of equal treatment as laid down in domestic systems

The allocation of tax competences between Member States and the European Community is governed by the principle of subsidiarity, under which Member States retain their taxation powers in the field of direct taxation that they however have to exercise consistently with Community law. In this framework, the necessity to avoid discriminatory tax treatments shows that the protection provided to economic objectives underlying the Treaty has a functional nature, given that there is no classification of fundamental rights granted to European citizens. As happens almost always in Member States, where the judiciary issues “warning” decisions or, with respect to the effects, “manipulative” decisions to make up for the legislature's discretion, also the European Court of Justice – in the wake of domestic constitutional courts – plays an important role in domestic tax law-making, by modifying domestic rules conflicting with Community principles.

Apart from the relationship between the principle of non-discrimination and freedom of movement and establishment, the very problem focuses on the equality

<sup>10</sup> In the last years, the Court has increasingly restricted the scope of the need for a coherent tax system and for justifications to covert discriminations. After case *Bachmann*, C-204/90, the Court held that “such a restriction is permissible only if it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty and is justified by imperative reasons in the public interest. It is further necessary, in such a case, that its application be appropriate to ensuring the attainment of the objective thus pursued and not go beyond what is necessary to attain it”. In this sense, case *Marks & Spencer, Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*, as well as Judgement of the European Court of Justice of 3 February 2006, C-471/04, *Keller Holding GmbH*, Judgement of the European Court of Justice of 29 March 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz and G (ITS Reisen GmbH)*.

of tax treatment between nationals and non-nationals or residents and non-residents, as a manifestation of the principle of equal ability-to-pay, which takes into account neutrality and economic efficiency<sup>11</sup>. To sum up, looking at whichever side of the issue, the principle of non-discrimination here covers horizontal equality, which actually prevents taking into account personal circumstances and leads to the application of a different treatment to similar tax positions and, as a result, to restrictions on above freedoms.

This principle, actually, does not affect national tax systems and classifies different tax treatments into homogeneous categories. When the principle is not backed up by an evaluation on equality, which determines the right tax according to the taxpayer's actual ability-to-pay, namely it measures differences with a view to a substantial equal treatment, it reveals an aspect that is not insignificant in the evaluation process: the principle of non-discrimination does not go beyond recognizing specific prohibitions. In short, also at Community level, it would be appropriate to use the principle of reasonableness, under which our Constitutional Court evaluates the rules and identifies the underlying reasons in order to extend or prohibit similar or dissimilar treatments. This is the only way to arrive at establishing a legal rule on equal treatment for the purposes of a fair taxation. This involves – at least, until there will be a European Constitution – the use of the principle of ability-to-pay as a counter-limit to discriminatory rules. Otherwise, if this limit to domestic tax sovereignty were not taken into account, and reference would be made to freedom of movement and establishment only, national courts could not refer to the European Court of Justice for an evaluation on reasonableness and Member States could refuse tax advantages by reasons of tax coherence, which most of the times disguise only domestic tax interests. In the judgement under examination, the Court evaluated the domestic rule in order to avoid horizontal discriminations in its application by way of comparing similar cases or dissimilar cases, in order to justify or exclude a similar treatment; but – once more – it does not go beyond the formal equality with respect to domestic law. It is true that the evaluation implies a verification of the principle of equality before the tax law. This is not enough, however; in fact, to avoid this principled provision from being an empty box, it is perhaps necessary to implement evaluation on reasonableness also at Community level, where it is necessary to understand the meaning of the rule to compare, in order to apply or deny a different tax rule as inferred from the comparison. As things are, there is no legal rule on the equal treatment between resident and

<sup>11</sup> Even though household taxation is a difficult issue in some of the mentioned countries, it is interesting to examine the method of evaluation used by Italian and Spanish Constitutional Courts on the matter of equal tax treatment. In particular, see Judgement no. 41/99 of Italian Constitutional Court, which established the unlawfulness of a rule excluding the rebuttal against the presumption of gratuity placed on property transfers between spouses. The rule was considered unreasonable and not compatible with the principle of equal tax treatment, as it applied a higher taxation to property transfers between spouses merely on grounds of the parties' personal circumstances and not of their higher ability to pay, without allowing any kind of evidence concerning the very reasons underlying the transfer. Moreover, referring to actual differences in treatment, in Judgement no. 126/79, the Court had already ruled that the legislature should indicate the criterion used within the margin of appreciation of its political choice through the enforcement of a proper rule to attain its own objectives. Otherwise, where the inconsistency were to lead to unreasonable discriminations, the rule would be mistaken in the merit and unconstitutional. The same line of reasoning is followed by the Spanish Constitutional Court in judgements no. 1/01 and no. 57/05 and 33/06, concerning the non-deductibility for children maintenance paid by the legally separated spouse.

non-resident spouses – in this case, it can be identified as fair taxation on the basis of the one-income family ability-to-pay, taking into account also the economic and personal circumstances. The Court, therefore, is continuously referred to: in truth, it intervenes so that the taxpayer's economic and personal circumstances are taken into account for the purposes of allocating taxation powers to the State of residence. Without perverting the primacy of Community law, as well as the principle of equal treatment, even though with the limits shown at Community level, the European Court of Justice must be praised for spurring domestic tax law-makers by way of sorting out cross-border taxation issues. As inferred from the judgement under examination, it is not out of line to say that the European Court performs an activity of legalization and contributes to harmonizing favourable household taxation and, more in general, the rules that qualify non-fiscal legal phenomena for taxation purposes.

## **Corte di Giustizia delle Comunità Europee - I Sezione - Sentenza del 25 gennaio 2007 - Causa C-329/05**

Pres. P. Jann - Rel M. Ilesic

**Ordinamento comunitario - Libertà fondamentali - Libertà di stabilimento - Fattispecie - Fiscalità - Regime di imposizione congiunta - Condizioni - Violazione dell'art. 52 CE - Sussiste**

*Non è compatibile con il diritto comunitario e viola il disposto dell'art. 52 CE la normativa nazionale di uno Stato membro che escluda dalla fruizione del regime fiscale di imposizione congiunta vigente in uno Stato membro un soggetto il cui coniuge, non residente, non abbia percepito redditi imponibili nello Stato membro di residenza. (Tr).*

### **Il rispetto delle libertà fondamentali nell'ordinamento comunitario e nell'ordinamento nazionale: due modelli a confronto**

Maria Assunta Icolari

*SOMMARIO: 1. La fattispecie - 2. La tutela della libertà di stabilimento e di circolazione dei lavoratori fra divieto di discriminazione fiscale e potestà impositiva degli Stati membri - 3. La necessità di evitare disparità di trattamento nell'ordinamento comunitario come precipitato del principio di eguaglianza contributiva sancito all'interno degli ordinamenti nazionali.*

#### **1. La fattispecie**

La sentenza in epigrafe conclude dichiarando la lesione della libertà di stabilimento e di circolazione dei lavoratori, ai sensi dell'art. 52 CE, oggi riformulato art. 43 CE, per effetto di una discriminazione fondata sulla cittadinanza, in tema di imposizione familiare, consistente nell'applicazione di un diverso trattamento fiscale – rispetto

ai residenti – ad una coppia di coniugi non residenti. In particolare, la violazione si sostanzia nella mancata concessione ad un contribuente, da parte dello Stato ove risiede, del regime agevolativo dell'imposizione congiunta con il coniuge, dalla quale non è separato legalmente, nonostante costei, pur vivendo in un altro Stato membro, in suddetto Stato non viene sottoposta a tassazione, in quanto percettrice solo di emolumenti esenti dall'imposizione.

Il caso è quello di un lavoratore autonomo di nazionalità austriaca residente in Germania per motivi di lavoro, il quale per l'anno 1997 chiede all'Amministrazione finanziaria tedesca di poter usufruire dello "Splitting", basandosi sulla circostanza che vive una regolare condizione di coniugio e che la moglie, avendo partorito, per quell'anno non aveva prodotto, ai fini delle norme impositive vigenti allora in Austria, alcun reddito imponibile. La domanda viene, però, rigettata dall'Amministrazione finanziaria tedesca. La negazione di tale beneficio, particolarmente rilevante quando uno dei coniugi non percepisca reddito in quanto si usufruisce due volte della soglia di non imponibilità, secondo l'amministrazione procedente, è fondata sul dato che ai sensi della corrispondente normativa tedesca, gli emolumenti compensativi della perdita di stipendio versati alla moglie non sono esenti da imposta, né si ritiene di dover applicare il mutuo riconoscimento della normativa austriaca ai fini dell'estensione di tale regime fiscale. Questi, va detto si applica determinando prima separatamente i redditi dei due coniugi, non legalmente separati, e poi dopo averli sommati si divide l'intero reddito imponibile per due, per cui rileva per un risparmio lecito d'imposta che è più alto quanto maggiore è la differenza tra i redditi dei due coniugi. In base alla sua interpretazione, l'Amministrazione finanziaria tedesca ritiene, pertanto, di dover applicare il regime dell'imposta sui celibi. Di opposto avviso, il lavoratore ricorre contro tale negazione ed in prima istanza ottiene l'accoglimento della domanda. Successivamente, l'Amministrazione finanziaria adisce la Cassazione, ravvisando l'assenza delle condizioni per l'applicazione degli artt. 1, n. 1, punto 2 e 26 dell'EstG 1997, nella circostanza che tali prestazioni compensative della perdita di stipendio versate alle moglie superano il tetto massimo dell'importo prestabilito, importo che, d'altro canto, riduce anche la quota dei redditi percepita dai coniugi in Germania fissandola al di sotto della soglia del 90%. Soglia, quest'ultima, fissata dal legislatore tedesco dopo il caso *Schumacker*, in quanto presupposto necessario per estendere lo stesso trattamento tributario dei residenti anche ai non residenti. In sintesi, la difesa dell'Amministrazione finanziaria è impostata esclusivamente sulla qualificazione del reddito tassabile secondo le regole tributarie vigenti allora nell'ordinamento tedesco, in quanto si esclude la condizione similare con i residenti nello Stato tedesco, nondimeno è presa in considerazione la condizione economica e personale del contribuente in questione. Sulla base di tali argomentazioni, il giudice di Cassazione sospende il ricorso, decidendo di sottoporre la questione pregiudiziale al vaglio del giudice europeo. In specie, se la corretta interpretazione dell'art. 52 del Trattato osti a che un soggetto passivo residente si veda negare un trattamento tributario favorevole pur avendo i requisiti in ragione del fatto che i redditi prodotti dalla moglie superano la soglia prevista ma nello Stato di residenza, della stessa, questi ultimi sono fattispecie esenti dalla tassazione. Al riguardo, la Corte di giustizia, tenuto conto anche delle conclusioni dell'Avvocato Generale in merito alla sostanziale condizione di uguaglianza tra i coniugi in questione e due coniugi residenti nello stesso



Stato nella stessa posizione contributiva, in quanto, in entrambi i casi, a produrre reddito è sempre uno soltanto dei coniugi, conclude ritrovando la violazione. La giusta applicazione dell'art. 52 CE osta, quindi, acchè nei fatti, mediante la negazione del regime di imposizione congiunta, si pervenga ad un trattamento tributario diverso di situazioni fiscalmente eguali.

## 2. La tutela della libertà di stabilimento e di circolazione dei lavoratori fra divieto di discriminazione fiscale e potestà impositiva degli Stati membri

Ancora una volta una pronuncia offre lo spunto per alcune riflessioni sul tema della tutela delle libertà fondamentali all'interno della Comunità europea. In verità, è la stessa motivazione della sentenza a presentare elementi particolarmente suggestivi, degni di attenta valutazione, che può, in modo estremamente sintetico, essere sviluppata su due linee direttrici, senza, peraltro, mai tralasciare l'evoluzione giurisprudenziale in merito.

In primo luogo occorre prendere in considerazione il rapporto tra le libertà fiscali di stabilimento e di circolazione dei lavoratori<sup>1</sup> e la cittadinanza europea nel senso dell'effettività, cioè nel senso di conferirgli un'indipendenza, nell'analisi, persino dal principio di non discriminazione fiscale<sup>2</sup>. Agendo, infatti, sulla valutazione della legittimità della normativa nazionale la discriminazione in base alla cittadinanza o residenza diventa un presupposto importante il quale, però, non ha ragion di esistere se non in quanto collegato ad una normativa interna che, dal canto suo, non deve mai scoraggiare la circolazione dei lavoratori o lo stabilimento degli stessi negli Stati membri. Anche perché la specialità delle regole pattizie per alcuni settori di codificazione del diritto comunitario, è il caso dell'art. 24 del Modello Ocse, si ferma al divieto del trattamento fiscale diverso ricavandolo dal principio di reciprocità. Di qui il passo alla seconda questione appare scontato. Con questa, invece, occorre comparare il giudizio di eguaglianza che si verifica all'interno degli Stati nazionali con il corrispondente

<sup>1</sup> A fondamento di quanto asserito si può fare cenno alle sentenze della Corte in materia di evoluzione del principio di restrizione, in sintesi a quanto i giudici stabiliscono al fine di evitare ovvero scoraggiare i movimenti e le transazioni da un paese all'altro della Comunità. In tal senso, tra gli altri, vanno citati i casi, *Daily Mail*, causa C-81/1987, in Racc. 1988, pag. 0-5483 ed il caso *De Grot*, causa C-385/2000, in Racc. 2002, pag. I-11819, ai quali, si può fare riferimento, mediante una lettura combinata dell'interpretazione offerta, per affermare come le norme relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante e nello stesso momento, quelle relative alla libera circolazione, sono volte alla promozione, attraverso l'agevolazione, dell'esercizio di qualsiasi attività lavorativa in qualsiasi Stato membro da parte dei cittadini comunitari. Dopo il caso *Schumacker*, sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, soprattutto il punto 30 e punti da 36 a 38, al fine di assicurare il beneficio del trattamento nazionale nello Stato di stabilimento, le disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento vietano parimenti che lo Stato d'origine intralci lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino, così sentenza 16 luglio 1998, causa C-246/96, *ICI*, Racc. pag. I-4695, punto 21. Analogamente alle persone fisiche, una disparità di trattamento senza alcun fondamento determina uno svantaggio fiscale. Tenuto conto di tale differenza una società controllante potrebbe essere dissuasa dall'esercitare le proprie attività tramite società controllate o indirettamente controllate stabilite in altri Stati membri, in tal senso, sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, *Bosal*, Racc., pag. I-9409, punto 27.

<sup>2</sup> Sul principio di non discriminazione fiscale il rinvio, tra gli altri, è all'interessante lettura operata da F. AMATUCCI nel suo, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, il quale, peraltro, sostiene l'esclusione dall'ambito del principio di non discriminazione fiscale contenuto nelle convenzioni contro le doppie imposizioni della tutela delle discriminazioni indirette.

modello che a livello comunitario trae origine dall'art. 12 del Trattato<sup>3</sup>; tenendo costantemente conto del fatto che in materia di imposizione diretta la sovranità resta agli Stati membri<sup>4</sup> e che restrizioni e deroghe sono previste già dallo stesso Trattato, per cui il problema si sostanzia, in definitiva, in un giusto bilanciamento tra principi di diritto comunitario e interesse fiscale nazionale<sup>5</sup>.

Tuttavia, il fatto che a livello comunitario il tutto sia incentrato ancora solo sulle libertà economiche, per cui, per una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri occorre eliminare le distorsioni basate sulla nazionalità degli operatori economici, pone il dubbio se mediante una formulazione tributaria europea, che, nel caso di specie, positivizzi un parametro in base al quale ogni sistema tributario nazionale debba tener conto della situazione personale ed economica del contribuente e/o del nucleo familiare, armonizzando, in tal modo, anche i distinti regimi fiscali alla base delle detrazioni, si possa concorrere a realizzare normative interne in tema di imposizione familiare compatibili con le libertà di stabilimento e di circolazione. Ovvero, se, in mancanza di una decisione politica che, in tal verso, ridisegni la funzione impositiva a livello sovranazionale, l'armonizzazione delle imposte dirette, vista anche la difficoltà del metodo dell'unanimità, continuerà nei fatti ad essere desunta dal ruolo concretamente svolto dalla Corte di giustizia nella dirimazione delle questioni frutto dell'integrazione negativa. A tal proposito, è ipotizzabile il ricorso, come regola di giudizio, insieme al principio di proporzionalità, in taluni casi, anche a quello di precauzione; questi, già esperito in altri rami del diritto, contempla, persino, la limitazione di uno dei principi, nel raffronto, poi, oggetto del successivo bilanciamento, allo scopo di concretizzare criteri di tassazione eguali in tutti gli Stati membri, nondimeno trattamenti tributari diversi per situazioni fiscali diseguali<sup>6</sup>.

Mediante il criterio operativo messo in luce dalla Corte nelle sue copiose pronunce, alla libertà di stabilimento ed a quella di circolazione dei lavoratori, ai sensi dell'art. 39

<sup>3</sup> Importante, a tal riguardo, è ribadire la natura residuale dell'art. 24 del modello Ocse, riferito al solo ambito tributario ed in particolare a quelle ipotesi di discriminazione che integrano una doppia imposizione internazionale, la quale, pertanto, esclude il suo impiego come criterio di interpretazione dei Trattati. Per converso, nonostante "secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, il principio generale di uguaglianza, di cui il divieto di discriminazione a motivo della cittadinanza è solo un'espressione specifica, è uno dei principi fondamentali del diritto comunitario. Questo principio impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata", (sentenza 8 ottobre 1980, C-810/79, in Racc. 1980, pag. 2747), anche il principio in esame trova applicazione solo laddove non è previsto un divieto specifico di discriminazione nelle singole aree di codificazione. Ciò per un verso è, forse, addebitabile al meccanismo operativo dell'art. 12 del Trattato, che comparato al nostro principio di uguaglianza si ferma all'art. 3 primo comma Cost. Dall'altro, però, rafforza l'idea che questi non costituisca l'unico canone da esperire nell'abolizione delle norme o pratiche che favoriscono le discriminazioni.

<sup>4</sup> Al riguardo, si deve preliminarmente ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, se è pur vero che, allo stato attuale dello sviluppo del diritto comunitario, la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario, così sentenze: 11 marzo 2004, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, causa C-09/02, punto 44, 13 dicembre 2005, causa C-446/03, *Marks & Spencer*, Racc. 2005, pag. I-10837, punto 29, 12 settembre 2006, causa C-196/04 *Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas*, in Racc., I-00, punto 40, sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Cap Group Litigation*, Racc., pag. I-00, punto 25.

<sup>5</sup> Sul punto interessanti disamine in tal verso sono quelle operate da A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, intervento al Convegno "I modelli impositivi comunitari nell'Europa allargata" tenutosi a Bologna il 24-25 settembre 2004 (*paper*), P. BORIA, *Il principio di non discriminazione tributaria ed i rapporti con l'interesse fiscale nella disciplina comunitaria dell'imposizione diretta*, in "Riv. ital. di diritto pubblico comunitario", n. 3-4/2005, pag. 475 e s.

<sup>6</sup> Alla Corte è ascrivibile l'importante merito di aver contribuito, mediante una giurisprudenza sempre attenta alla comparazione tra le fattispecie per distinguere i casi simili dai casi dissimili, all'enucleazione della nozione di discriminazione. In tal verso, si può rinviare alla sentenza 13 dicembre 1984, causa C-106/83, *Sermide*, in Racc., pag. 4209.

CE, viene ascritto il rilievo di principi fondamentali del diritto comunitario ed, in quanto tali, contenenti all'interno della loro portata tanto un divieto di discriminazione, fondato sulla nazionalità, quanto un divieto di restrizione. Sempre secondo tale giurisprudenza, che nel corso degli anni ha concorso a declinare orientamenti ed a costruire l'impalcatura del diritto tributario comunitario, mediante anche il ricorso agli strumenti, a volte, decisivi della cosiddetta "soft-law", la nozione di stabilimento è molto ampia al punto tale da consentire ad un cittadino comunitario di partecipare in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di un altro paese diverso da quello di origine e di trarne vantaggio, allo scopo di favorire l'interpenetrazione economica e sociale nell'ambito della Comunità nel settore delle attività indipendenti.

Anche se, in generale, non è sempre semplice conciliare tale coesione con il mantenimento di normative interne spesso di ostacolo per le transazioni, ad esempio la distinta normativa extrafiscale nei diversi Stati nazionali in materia di qualificazione dei redditi da lavoro usata come base per fissare gli estremi della tassazione mondiale e del divieto di doppia imposizione<sup>7</sup>. In tal verso, dall'applicazione di quest'ultima, laddove il suo contenuto non riesca ad evitare comportamenti restrittivi sia rispetto ai propri cittadini che vogliono stabilirsi in un altro Stato ovvero riservi un trattamento differente ai cittadini di un altro Stato membro, solo per la cittadinanza, ne discende una violazione palese. Ciò, intanto, perché la libertà di stabilimento, alla quale la Comunità ascrive una connotazione gerarchica idealmente superiore, tale da enucleare il concetto di cittadinanza europea, presuppone l'accesso per tutti i cittadini alle attività non subordinate ed il loro relativo esercizio alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i cittadini del medesimo.

È pur vero che abitualmente la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe, per cui il fine dell'effettiva concretizzazione delle libertà fiscali previste dal Trattato, nondimeno la materializzazione della giusta imposta legata alla condizione personale del contribuente, nella valutazione non può fermarsi allo stadio iniziale, non discriminazione e divieto di restrizione devono cioè agire assieme. Da tale riflessione, invero, sorgono una serie di questioni problematiche di rilevanza pregnante legate, peraltro, anche al fatto che il *principio della parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni dirette, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato*<sup>8</sup>, prevedendo un'interpretazione estensiva della normativa tesa ad evitare il conflitto. A tal riguardo, visto che la residenza è diventata un criterio quasi universalmente adottato come elemento di collegamento con gli ordinamenti giuridici nazionali ai fini del calcolo delle imposte sui redditi, rendendo, in tal modo, effettivamente applicabile al settore fiscale le libertà comunitarie, un punto nodale da sciogliere si rinviene nel rapporto tra il principio della territorialità e libertà di circolazione e di stabilimento, in relazione al principio di universalità della tassazione. Ed ancora, sempre in base a quest'ultimo, il

<sup>7</sup> Sulla questione della qualificazione fiscale della norma avente ad oggetto il lavoro, sia per l'individuazione delle distinte categorie, nondimeno per gli aspetti correlati al divieto della doppia imposizione, nel merito, ancora particolarmente valido il contributo di G. PUOTI, *I redditi di lavoro nel modello Ocse di convenzione contro la doppia imposizione internazionale*, in "Riv. dir. trib. inter.", n. 2/99, pag. 102 e s. Più di recente, G. MELIS, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in AA. VV. (a cura di E. DELLA VALLE, L. PERRONE, C. SACCHETTO e V. UCKMAR), *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, pag. 1 e s.

<sup>8</sup> Cfr. caso *Sotgiu*, sentenza 12 febbraio 1974, C-152/73, in Racc. 1974, pag. 153.

mutuo riconoscimento di formule “*pro contribuente*” a parità di condizioni iniziali così da evitare lesioni dello svolgimento di libertà mediante restrizioni ingiustificate.

Nel caso in esame, l'elemento di distinzione della residenza fondata sul fatto che abitualmente il contribuente concentra la maggior parte del suo reddito nello Stato di residenza, così che l'Amministrazione finanziaria disponga altresì di tutte le informazioni necessarie per valutare la sua capacità contributiva globale, tenuto conto anche della sua condizione personale e familiare, presuppone una sua lettura anche nell'accezione negativa. Ovvero, come una sorta di interpretativa di rigetto che salva tutte le altre interpretazioni nell'applicazione della normativa nazionale dello Stato dell'occupazione nel caso in cui non si produca la maggior parte di reddito in quello di residenza o fonte. A contrario, infatti, di quanto la Corte statuisce per il caso *Wallentin*<sup>9</sup>, anche se nella stessa espressamente il giudice europeo dichiara che la situazione sarebbe stata diversa laddove il contribuente avesse tratto la parte essenziale delle risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato dell'occupazione, nel caso in questione, quest'ultimo, deve concedere le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della situazione personale e familiare del contribuente, in quanto, questi percepisce la totalità del reddito imponibile del suo nucleo familiare proprio nello Stato dell'occupazione. Questo anche perché laddove vi sia analogia tra la situazione del non residente e quella del residente, per cui la disparità di trattamento non trova nessuna fondata ragione per esservi, rifiutare al primo l'esperienza di vantaggi fiscali previsti dalla disciplina nazionale è, in primo luogo, incompatibile con la libertà di prestare la propria opera ovunque ovvero di stabilirsi in uno Stato diverso da quello d'origine. Pertanto, a nulla vale la difesa strenua dell'Amministrazione finanziaria tedesca, la quale non considera neppure il mutuo riconoscimento della normativa interna austriaca che dispone l'esenzione totale degli emolumenti compensativi ricevuti per l'anno controverso dalla coniuge, tesa a sostenere la situazione differente in cui versano i coniugi non residenti dai residenti ed a giustificare, quindi, l'applicazione del trattamento tributario diverso. A tal proposito, infine, occorre rilevare come le motivazioni addotte a non riconoscere validità alla normativa interna di esenzione, quindi, a non salvaguardare la condizione personale e familiare nello Stato di residenza, usate in pratica per sostenere la sostanziale differenza di partenza e, di conseguenza, la legittimità del diniego del beneficio fiscale non costituiscono di per sé neppure un motivo imperativo di interesse generale idoneo a giustificare una restrizione delle libertà fondamentali in parola<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> La Corte, del resto, già nella sentenza aveva considerato che “la situazione poteva essere diversa quando il non residente non percepisce redditi significativi nello Stato in cui risiede e trae la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato dell'occupazione, per cui lo Stato di residenza non è in grado di concedergli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare. Fra tale non residente e un residente che svolga un'attività lavorativa subordinata analoga non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento per quanto riguarda la presa in considerazione, ai fini dell'imposizione, della situazione personale e familiare del contribuente”. In argomento, si può rinviare, in particolare, alle sentenze *Schumacker*, cit., punti 36 e 37, sentenza 1° luglio 2004, causa C-169/03, *Wallentin*, Racc. pag. I-6443, punto 17.

<sup>10</sup> Sull'esigenza di coerenza dell'ordinamento tributario e, quindi, sulle cause di giustificazione di eventuali discriminazioni non scritte, in questi anni dalla Corte sempre più ristretto il loro ambito di applicazione, dopo il caso *Bachmann*, C-204/90, infatti, l'organo di giustizia comunitario ha statuito che “una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa solo qualora persegua uno scopo legittimo e compatibile con il Trattato o sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale. Occorrerebbe, inoltre, in tal caso, che essa sia idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo di cui trattasi e che non ecceda quanto necessario per conseguirlo.” In tal senso, sentenze *Marks & Spencer*, *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*, nonché più di recente, sentenza 23 febbraio 2006, C-471/04, *Keller Holding GmbH*, sentenza 29 marzo 2007, C-347/04, *Rewe Zentralfinanz* e *G, successore universale della ITS Reisen GmbH*.

### 3. La necessità di evitare disparità di trattamento nell'ordinamento comunitario come precipitato del principio di eguaglianza contributiva sancito all'interno degli ordinamenti nazionali

In un sistema dove le competenze fiscali tra Stati membri e Comunità vengono ripartite in base al principio di sussidiarietà per cui i primi mantengono la sovranità impositiva in materia di imposte dirette nonostante il limite della compatibilità con il diritto comunitario, la necessità di evitare trattamenti tributari discriminatori svela, nell'assenza di un catalogo dei diritti fondamentali del cittadino europeo, il carattere funzionale della tutela accordata alle finalità economiche poste a fondamento dei Trattati. A ciò, come quasi sempre accade anche nei singoli Stati nazionali mediante la categoria delle sentenze monitorie ovvero, rispetto agli effetti, anche quelle manipolative nei confronti della discrezionalità legislativa, cerca di porre rimedio la Corte di giustizia, la quale, sulla scia dei giudici costituzionali nazionali, svolge un ruolo importante nella legislazione tributaria nazionale ovvero nella modifica delle disposizioni interne in contrasto con i principi comunitari.

Il vero problema, al di là del principio di non discriminazione da un lato e della libertà di circolazione e di stabilimento dall'altro, resta incentrato proprio sulla parità di trattamento fiscale tra cittadini e non cittadini ovvero tra residenti e non residenti, come manifestazione di un principio di eguaglianza contributiva sostanziale che, nel giudizio, prende in considerazione la neutralità e l'efficienza economica<sup>11</sup>. Pare, insomma, da qualsiasi lato si osservi la questione, che il principio di non discriminazione fiscale entri nel giudizio per quanto attiene il profilo dell'eguaglianza orizzontale, la quale impedisce di fatto la valutazione di condizioni soggettive per trattare diversamente due fattispecie tributarie simili, restringendo di riflesso pure le libertà in parola. Il dato, infatti, che questo lascia intatto il sistema tributario nazionale, livellando per categorie omogenee il trattamento tributario applicabile, se, però, non supportato da un apposito giudizio di eguaglianza che realizzi la giusta tassazione secondo la reale capacità contributiva, cioè misuri le differenze per ottenere l'eguaglianza sostanziale tra tutti, svela un dato di non poco conto nel giudizio che non si spinge oltre il riconoscimento di specifici divieti. In poche parole si dovrebbe a livello comunitario ripetere quel giudizio di ragionevolezza per cui nel nostro sistema

<sup>11</sup> Sul punto, nonostante la difficile questione della tassazione familiare in alcuni dei paesi presi a riferimento, interessante appare il metodo di giudizio operato dalle Corti Costituzionali italiane e spagnole collegate alla eguaglianza contributiva. In specie, sia consentito qui riportare la sentenza n. 41/99, nella quale veniva dichiarata illegittima la norma che escludeva la prova contraria relativa alla presunzione di liberalità dei trasferimenti immobiliari tra coniugi, ritenendola irragionevole e violativa dell'eguaglianza contributiva, in quanto sottoponeva gli atti di trasferimento immobiliare tra coniugi ad una tassazione più elevata non già in ragione di una concreta manifestazione di maggiore capacità contributiva, bensì solo in funzione della mera qualità soggettiva delle parti contraenti, senza che alle medesime fosse consentito offrire prova della vera natura del contratto stipulato. Del resto, già nella n. 126/79, la Corte, facendo richiamo a diverse concrete situazioni di disparità di trattamento, aveva statuito che il legislatore nell'ambito della sua scelta discrezionale doveva, effettuata la scelta politica, indicare il criterio prescelto, mediante una disciplina normativa idonea al conseguimento del fine voluto. Diversamente, ove l'incoerenza fosse stata tale da determinare irrazionali discriminazioni, la legge sarebbe risultata viziata non solo nel merito, ma anche sotto il profilo della legittimità costituzionale. Sulla stessa linea valutativa il tribunale costituzionale spagnolo, tra le altre, con le pronunce n. 1/01 e da ultimo con le n. 57/05 e 33/06, in materia di ineducabilità degli alimenti versati per i figli da parte del coniuge legalmente separato.

la Corte pone a confronto le regole con il principio individuando nella *ratio legis* la giusta motivazione per estendere o vietare trattamenti simili o dissimili. Solo così, infatti, si può arrivare a stabilire una regola positiva di parità delle condizioni volta al fine della giusta tassazione, la quale contempla al suo interno, almeno sino a quando non avremo un'unica Carta Costituzionale europea, anche l'utilizzo della capacità contributiva come controlimite di discipline comunitarie discriminatorie.

D'altro canto, se non volessimo considerare quest'argine alla sovranità impositiva nazionale, riferendoci esclusivamente alle libertà di circolazione e di stabilimento, l'assenza di un giudizio di ragionevolezza richiedibile direttamente dal giudice a *quo* alla Corte di giustizia, potrebbe comportare, negli Stati membri, una generale non concessione dei benefici fiscali a tutti giustificata da ragioni di coerenza fiscale che mascherano il più delle volte solo l'interesse fiscale nazionale. Nella sentenza annotata, la Corte, pur esaminando la legislazione nazionale al fine di evitare discriminazioni orizzontali nella sua applicazione, sulla base della comparazione con i casi analoghi ovvero con le situazioni sostanzialmente difformi per giustificare o escludere l'analogia di trattamento, ancora una volta pare fermarsi al dato della valutazione dell'eguaglianza formale rispetto al legislatore fiscale nazionale. È pur vero che la fattispecie valutativa al suo interno si compone di un momento essenziale che è quello della eguaglianza dei soggetti innanzi alla legge tributaria. Ciò, però, non basta; per evitare, infatti, che tale prescrizione di principio resti una scatola vuota occorre, forse, implementare anche a livello comunitario un giudizio di ragionevolezza nel quale si deve capire il senso della norma assunta a paragone per così ammettere o denegare la disciplina tributaria diversa che evince dalla questione posta in comparazione. Allo stato dei fatti, l'assenza, infine, di una regola positivizzata di parità delle condizioni tra coniugi non residenti e non residenti – nel nostro caso ravvisabile nella giusta tassazione secondo la reale capacità contributiva del nucleo familiare monoreddito, tenendo conto anche della sua situazione economica e personale – richiede l'intervento continuo della Corte, la quale, in verità, interviene acché proprio tale situazione personale ed economica del contribuente sia presa in considerazione per riconoscere l'imposizione nello Stato fonte ovvero in quello della residenza. Non volendo snaturare il primato del diritto comunitario, ancorché il principio dell'eguaglianza di trattamento, sebbene con i limiti mostrati a livello comunitario, non si può non elogiare l'organo di giustizia comunitario per l'impulso che fornisce al legislatore tributario nazionale mediante la risoluzione delle problematiche concernente i diversi settori della tassazione rispetto alle situazioni transnazionali. Come evince dalla sentenza in oggetto, non è azzardato, infine, sostenere come questa svolga un'azione positiva, concorrendo così all'armonizzazione tra le distinte discipline fiscali agevolative della tassazione familiare ovvero, più in generale, tra le legislazioni che sorgono per la qualificazione fiscale di fenomeni giuridici extrafiscali.

## European Court of Human Rights - Fourth section - Judgement 12 December 2006 (Case no. 13378/05)

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms - Inheritance Tax - Domestic law - Tax benefits applicable only to spouses and registered homosexual couples - Exclusion of other categories - Violation of property rights and principle of non discrimination - Different situations - Power of the State to apply different treatments

*It is legitimate for a State to establish domestic rules that grant exemption from inheritance taxes solely to spouses or heterosexual or homosexual civil partners, excluding other cohabiting family members.*

*Domestic laws that provide for tax exemptions from inheritance taxes solely to spouses or civil partners are consistent with the European Convention.*

*While exercising its margin of appreciation as recognised by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, a State can provide for some tax exemptions from inheritance taxes solely to certain categories of taxpayers, without infringing the prohibition on discrimination and property rights. A different treatment can be justified where a legitimate objective is pursued, such as protection of family or unions equated with family.*

*Two cohabiting siblings are not in an analogous situation to a married couple or homosexual partners who cohabit and have entered into a civil partnership, because those have made a choice, while cohabiting siblings are connected by birth.*

*The fact that two cohabiting sisters are not granted tax exemptions from inheritance taxes does not constitute a violation of Article 14 of the Convention. Such a law, in fact, pursues the legitimate objective of promoting stable heterosexual and homosexual unions, by providing “the survivor with a measure of financial security after the death of the spouse or partner”.*

*The extension of protection to homosexual unions is justified, considering that the European case-law has long since held that discrimination on grounds of sexual orientation must be eliminated.*

### **Tax exemptions are legitimate only for spouses or civil partners**

Serena Maresca\*

CONTENTS: 1. The case - 2. Prohibition of discrimination and the concept of family under the European Convention - 3. Survey of “de facto unions” in the world

---

\* Translation by Claudia Calogero.

## 1. The case

The case originated in an application against the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland lodged with the Court under Article 34 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms by two British nationals on 29 March 2005.

The applicants complained under Article 14 taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 that, when the first of them died, the survivor would be required to pay inheritance tax on the dead sister's share of the family home, whereas the survivor of a married couple or a homosexual relationship registered under the *Civil Partnership Act 2004*, would be exempt from paying inheritance tax in these circumstances. The applicants are unmarried sisters. They have lived together all their lives; for the last 30 years in a house built on land inherited from their parents.

The house is owned by the applicants in their joint names. Each has made a will leaving all her property to the other. The applicants allege that the survivor might have to sell the house in order to pay the tax<sup>1</sup>.

By sections 3, 3A and 4 of the Inheritance Tax Act 1984 inheritance tax is charged at 40% on the value of a person's property, including his or her share of anything owned jointly, passing on his or her death, and on lifetime transfers made within seven years of death. Interest is charged, currently at 4%, on any tax not paid within six months after the end of the month in which the death occurred, regardless of what caused the delay in payment. Section 18(1) of the 1984 Act provides that property passing from the deceased to his or her spouse is exempt from charge. With effect from 5 December 2005, this exemption was extended to a deceased's "civil partner".

The purpose of the Civil Partnership Act 2004 Act was to provide same-sex couples with a formal mechanism for recognising and giving legal effect to their relationships, and to confer on them, as far as possible, the same rights and obligations as entailed by marriage.

A couple is eligible to form a civil partnership if they are: of the same sex, not already married or in a civil partnership; over the age of 16; not within the prohibited degrees of relationship.

A civil partnership is, like marriage, indeterminate in nature and can end only on death, dissolution or annulment. The 2004 Act created a comprehensive range of amendments to existing legislation, covering *inter alia* pensions, tax, social security, inheritance and immigration. The courts have similar powers to control the ownership

---

<sup>1</sup> See Articles 34 and 35 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The Government contested the admissibility of the application under above Articles for two reasons. First, complaint was prospective and hypothetical, because no liability to inheritance tax had yet accrued, and might never accrue and represented a challenge to the tax regime *in abstracto*, which the Court could not entertain. According to the Court, however, in the light of the applicants' advanced age and the very high probability that one will be liable to pay inheritance tax upon the death of the other, they can claim to be directly affected by the impugned law. Secondly, the Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, and the applicants had not complied with this. However, the Court did not consider that these applicants could have been expected to have exhausted, before bringing their application to Strasbourg, a remedy which is dependent on the discretion of the executive and which the Court had previously found to be ineffective on those grounds. The application was therefore considered admissible.



and use of the civil partners' property upon dissolution of a civil partnership as upon dissolution of a marriage.

The starting point of the application is Section 3(1) of the Human Rights Act 1998, entered into force on 2 October 2000, which provides: "So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights."

The applicants invoked Article 14 of the Convention, according to which "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in the Convention shall be secured without discrimination on any grounds such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status". On these grounds, they complained that when one of them died, the survivor would face a significant liability to inheritance tax, which would not be faced by the survivor of a marriage or a civil partnership.

The applicants invoked Article 1 of Protocol No. 1, taken in conjunction with Article 14 of the Convention, which provides that "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law (...)"<sup>2</sup>. In fact, in order to pay the huge amount of taxes, the surviving sister would be compelled to sell the family home and be deprived of her possession, while this would not occur to spouses and homosexual couples. Hence again, the alleged violation of Article 14: a right protected by the Convention, such as property, would be granted solely to some individuals.

The applicants argued that the British Government made an error when considering that their situation was different from a couple. In fact, they had chosen to live together in a loving, committed and stable relationship for several decades, sharing their only home, to the exclusion of other partners; as a consequence, also for the purposes of inheritance tax, their position was analogous to a married couple<sup>3</sup> or cohabiting civil partners. According to the applicants, the very reason that they were not subject by law to the same corpus of legal rights and obligations as other couples was that they were prevented, on grounds of consanguinity, from entering into a civil partnership.

The British Government argued that there is no true analogy because the applicants are connected by birth rather than by a decision to enter into a formal relationship recognised by law. In addition to this, finally, the purpose of the inheritance tax exemption for married and civil partnership couples was the promotion of stable and committed relationships, the denial of an exemption to cohabiting adult siblings

<sup>2</sup> Article 1 of Protocol No. 1 provides also that "The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

<sup>3</sup> The special legal status of parties to a marriage had been recognised by the Commission in *Lindsay v. the United Kingdom*, no. 11098/84, Commission decision of 11 November 1986, according to which "the marriage continues to be characterised by a corpus of rights and obligations which differentiate it markedly from the situation of a man and woman who cohabit" and by the Court in *Shackell v. United Kingdom*, no. 45851/99 (dec.) 27 April 2000, according to which, while observing that there might well be an increased social acceptance of stable relationships outside the traditional relationship of marriage, it found that the situations of married and unmarried heterosexual cohabiting couples were not analogous for the purposes of survivors' benefits. Since the coming into force of the 2004 Act in the United Kingdom, a same-sex couple now also has the choice to enter into a legal relationship designed by Parliament to correspond almost exactly to marriage.

served no legitimate aim. The mere fact of being sisters did not entail a stable, committed relationship, and only a small minority of adult siblings were likely to share the type of relationship enjoyed by the applicants, involving prolonged mutual support, commitment and cohabitation.

The Court argued that it is for the national authorities to make the initial assessment, in the field of taxation, of the aims to be followed and the means to be used. The State enjoys a wide margin of appreciation in this field, as is usual when it comes to general measures of economic or social strategy.

Referring to cases *Shackell* and *Lindsay*, the Court held that a man and a woman outside the prohibited degrees of family relationship are generally free to choose whether or not to take on the “corpus of rights and obligations” involved in marriage. The applicants, as sisters, do not have this choice, as English law does not accord a level of recognition to their cohabitation approaching that given to a married or civil partnership couple.

Even assuming that the applicants can be compared to such a couple, the Court, however, held that the difference in treatment is not inconsistent with Article 14. The marriage remains an institution that is widely accepted as conferring a particular status on those who entered it. As the Court decided in *Shackell*, therefore, the promotion of marriage by way of the grant of limited benefits for surviving spouses could not be said to exceed the margin of appreciation afforded to the respondent State.

In the case in point, the Court accepted the Government’s submission that the inheritance tax exemption for married and civil partnership couples likewise pursues a legitimate aim: to promote stable, committed heterosexual and homosexual relationships by providing the survivor with a measure of financial security after the death of the spouse or partner. The Convention explicitly protects the right to marry in Article 12, and the Court has held on many occasions that sexual orientation is a concept covered by Article 14 and that differences based on sexual orientation require particularly serious reasons by way of justification<sup>4</sup>. The State cannot be criticised for pursuing, through its taxation system, policies designed to promote marriage; nor can it be criticised for making available the fiscal advantages implied by marriage to committed homosexual couples.

In assessing whether the means used are proportionate to the aim pursued, and in particular whether it is objectively and reasonably to deny cohabiting siblings the inheritance tax exemption which is allowed to survivors of marriages and civil partnerships, the Court considers both the legitimacy of the social policy aims underlying the exemption, and the wide margin of appreciation that applies in this field. In order to work properly, any system of taxation has to use broad categorisations to distinguish between different groups of taxpayers<sup>5</sup>. The implementation of any such scheme must, inevitably, create marginal situations and individual cases of apparent hardship or injustice, and it is primarily for the State to decide how best to balance between raising revenue and pursuing social objectives. The legislature could have granted the inheritance tax concessions on a different basis: in particular, it could

<sup>4</sup> On the point, see *Karner/Austria* no. 40016/98.

<sup>5</sup> See Commission decision no. 11098/84 case *Lindsay/United Kingdom*.

have abandoned the concept of marriage or civil partnership as the determinative factor and extended the concession to siblings or other family members who lived together, and/or based the concession on such criteria as the period of cohabitation, the closeness of the blood relationship, the age of the parties or the like.

However, the central question under the Convention is not whether different criteria could have been chosen for the grant of an inheritance tax exemption, but whether the scheme actually chosen by the legislature, to treat differently for tax purposes those who were married or who were parties to a civil partnership from other persons living together, even in a long-term settled relationship, exceeded any acceptable margin of appreciation.

In the circumstances of the case, the Court finds that the United Kingdom cannot be said to have exceeded the wide margin of appreciation afforded to it and that the difference of treatment for the purposes of the grant of inheritance tax exemptions was reasonably and objectively justified for the purposes of Article 14 of the Convention.

Accordingly, there has been no violation of the Article, read in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention, in the present case.

## **2. Prohibition of discrimination and the concept of family under the European Convention**

A State is free to adopt tax exemptions to be applied only to spouses or homosexual couples, while excluding cohabiting family members.

The Court held that such tax regime remains within the margin of appreciation enjoyed by the State, which can adopt specific measures to the advantage of certain groups of taxpayers, above all when the domestic legislature aims at strengthening family. Since these interventions are really designed to protect family, the Court held that there was no discrimination and that the different treatment was justified and in line with the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms.

In fact, siblings are not in an analogous situation to couples joined by marriage or a civil partnership. The situations being different, it is not possible to speak of discrimination.

Choice is at the heart of the difference between the two situations, “because a couple chose to become connected, whereas for sisters it was an accident of birth”. As a consequence, the choice-making justifies the grant of a special regime to the advantage of the surviving partner.

In the tax field, the Court recognised that the State enjoys a wide margin of appreciation in identifying tax measures to be implemented, while considering that domestic authorities are to reconcile social objectives with economic needs, and being understood that “the State must not discriminate between tax-payers in a manner which is inconsistent with Article 14 of the Convention”. This provision actually aims at preventing the application of different treatments to similar situations without any reasonable justification. If domestic law does not reach a reasonable proportionality between the means employed and the objective pursued, there is a violation of the prohibition on discrimination between persons in a similar situation.

The gist of the matter is whether married couples or registered partners are in the same position as siblings who have cohabited for a long time. Indeed, if the situations were comparable, there would be a violation of Article 14. Otherwise, there would be no violation of the principle of non-discrimination, because the original situation of the persons concerned would have been different.

Two cohabiting sisters are in a different situation from that of married couples or cohabiting partners; a State is, therefore, legitimized to apply a different treatment on the grounds that marriage is an institution that confers a particular status and it falls within the competence of domestic authorities to take appropriate measures to strengthen this institution.

On the other hand, the Convention itself protects the right to marry in Article 12; thus, the application of fiscal advantages pursues a legitimate aim.

Moreover, the extension of these fiscal advantages to homosexual couples is in line with Article 14, since discrimination on grounds of sexual orientation is forbidden by that provision. This means that married couples and homosexual couples must be treated similarly; in order to apply a different treatment on grounds of sexual orientation, in fact, a State must indicate serious reasons by way of justification.

Thus, a State should not apply a different regulation to married couples or cohabiting homosexual couples, whereas it can establish a different regime for cohabiting family members. British law, therefore, cannot be considered discriminatory under the Convention, where it does not accord protection for the two sisters.

The Court, however, did not properly justify the difference between a registered union and cohabitation of family members. In fact, on the one hand, it seems to include homosexual couples in the concept of family by clarifying that the Strasbourg judge has held, on many occasions, that discrimination based on sexual orientation is prohibited; on the other hand, it departs from the very concept of family as developed by the European judges. These pointed out that (specially with respect to Article 8 of the Convention, which deals with the right to respect private and family life) what matters is the situation in fact, which is to be evaluated without questioning the legal nature of the existing relationship, and gave importance to the establishment and maintaining of family relationships<sup>6</sup>. In the opinion of the Court, there is no difference between a family deriving from a formal and contractual relationship and a *de facto* family, because in order to verify that there is a family under the Convention, the fundamental to be evaluated is whether there is a true, concrete and sufficiently close relationship between family members; this relationship may take the form of cohabitation, economic dependence, regulated right to access<sup>7</sup>.

After clarifying the concept of family in the Convention, regardless of domestic classifications, it seems to me that there is no justification to exclude cohabiting family members, who are deprived from advantages, such as tax and social security benefits, that are attributed to other couples without any adequate reason, not only of legal nature, but also of social character.

<sup>6</sup> In this sense, see Zeno Zencovich “*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*” in “*Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*” edited by Bartole, Conforti and Raimondi, Padova, 2001, p. 307 foll.

<sup>7</sup> See Pavarani, “*Diritto al rispetto della vita privata e familiare*” in “*La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*” edited by Defilippi, Bosi and Harvey, Napoli, 2006, p. 336 foll.

The arguments of the two applicants appear to be more convincing. They consider that there is no difference between their situation and that of married or registered couples: they choose to live together, to share expenses and to assist each other mutually, in a loving relationship. These conditions seem justify the necessity of extending to these persons similar tax advantages enjoyed by other cohabitating persons.

In denying tax advantages to these persons merely because their situation is different as they are connected by birth and not by their own choice, the British Government appears absolutely inconsistent. In fact, the applicants cohabit similarly to homosexual couples but only because they do not have also a sexual relationship, they cannot enter into a civil partnership, even though they chose to live together and establish a family relationship. Nor is the British Government's position acceptable where they assert that siblings are not connected by choice; in fact, the two sisters chose to live together, while they could live on their own, as it generally happens at the age of majority. For this reason, I think there is a discrimination under Article 14 of the Convention – which is not justified by any legitimate aim –, so that under the British system, some people are granted with tax advantages, while some other are not, even though they are connected by bonds of mutual affection.

### 3. Survey of “de facto unions” in the world

Law has not been indifferent to the evolution of attitudes and there are now a number of laws governing the new type of unions.

In the last years, in the wake of the high statistical level of civil unions and the extensive debate on equal rights between heterosexuals and homosexuals, several countries have adopted rules recognising and granting rights to members of civil unions both between persons of different sex and persons of same sex<sup>8</sup>.

In the European Union, the issue of civil unions was often covered by directives concerning one of the fundamental principles of the European Union: all citizens have the same rights, regardless of their origin, nationality, social condition, religion or sexual orientation. Already in 1994<sup>9</sup>, the European Community issued a resolution on equal rights for homosexuals. The debate becomes more intense when considering Schengen agreements on free circulation of persons. What happens when a couple is legally recognised in a country but is resident in another one?

In 1999, France adopted *Pacs* (“civil pact of solidarity”), a solution that equate same-sex couples to de facto couples. *Pacs* is a contract concluded by a joint declaration submitted to the *Tribunal d'instance* in the jurisdiction of residence of the couple, which can be also a couple of friends.

<sup>8</sup> In the European Union, legislation on unions is very variegated nowadays. Some countries have adopted registered union, called also civil partnerships or registered cohabitation, which extends or confines specific rights and duties to same-sex couples. Rights and duties can be different or very different from those granted to normal married couples. Other countries chose to make civil unions official through non-registered cohabitation, which automatically confers some rights and duties after a specific period of cohabitation. And lastly, after legitimizing couples of any sex, other countries have provided for same-sex marriage to realize a perfect equal treatment between heterosexual and homosexual.

<sup>9</sup> Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians in the European Community, “Official journal”, 1994, C 61/40 Res. No. A3-0028/94, 8 February 1994.

Those who enter into a *Pacs* submit a joint tax return, they benefit from inheritance tax exemptions, reversion with respect of the lease contract of common house, they are entitled to work leave in case of death of or accidents suffered by the partner, and benefit from extended social security

In Germany, the legal institution of registered union has been introduced on 16 February 2001. The law on registered unions does not equate union to marriage to all effects, even though it applies the same rules as provided for marriage in the German Civil Code. A registered couple is granted with the same rights as a married couple for social security purposes, while with respect to filiation and adoption a registered couple is not entitled to joint adoption but can adopt the partner's children under certain circumstances. The surviving partner is entitled to the same inheritance rights as a surviving spouse, reversion with respect the partner's pension, residence permit for foreign partner, reversion with respect to lease contract and has the obligation to repay debts run up by the couple. In case of dissolution, however, courts rule that maintenance money is paid only to children, not to the ex-partner. In any case, it is possible to make arrangements before cohabitation. Cohabiting couples can arrange many aspects of their cohabitation by way of written authorization, excluding inheritance. Cohabitation is however not equated to marriage and does not confer any fiscal advantage: each member is taxed separately.

In Austria, *de facto* unions enjoy certain guarantees by law, but they are not in the same situation as married heterosexual couples<sup>10</sup>. *De facto* unions can be entered into only by persons that have a sexual relationship, also of homosexual kind (cohabitations between relatives or friends are so excluded).

In Great Britain, as previously seen, civil partnership was introduced by the 2004 Act, entered into force at the end of 2005, to confer on same-sex couples the same rights and obligations as entailed by marriage. Two same-sex persons can enter into a very similar union to marriage; legally, this is not a homosexual marriage, as observed in many comments. Parties acquire the legal status of "*civil partners*". Civil partners enjoy the same rights to property as married heterosexual couples, they benefit from same tax exemptions and same inheritance tax law. Civil partnership can be dissolved under a similar procedure to divorce.

In Spain, since 2005 same-sex couples can marry. In some regions of the country, also before that law, autonomies conferred rights on *de facto* unions, both heterosexual and homosexual. It is the case of Catalonia, which adopted a law on unions on 15 July 1998. This law governs some aspects of the relationship: it establishes joint and several liability for household expenses and certain debts, regulates the use of common house and grants benefits in case one of the partners works for Catalan Government. Homosexual couples can benefit from this law by way of a notarial act. Heterosexual couples can legitimize their relationship by way of a notarial act or, automatically, after two years of cohabitation. Legitimization is automatic for cohabitating couples with a child.

---

<sup>10</sup> The European Court for Human Rights (case *Karner/Austria*) was referred to in 2003 on the case of an Austrian homosexual citizen, who named his partner as heir. At his death, however, his partner was refused the inheritance. The Court ruled that homosexual cohabitation is valid as a *de facto* cohabitation, which Austrian law recognises for heterosexual couples.

In the United States, marriage is traditionally regulated according to the laws of single States, provided that they do not conflict with the Federal Constitution and so with relevant fundamental principles of freedom, equality and non-discrimination. In the United States, there are about six million unmarried couples (one tenth are same-sex couples). Unmarried couples are granted with different rights depending on different State laws; in general, however, unmarried partners must enter into legal arrangements to make up for the lacking of legal rules with respect to married couples. At the death of the partner, the survivor is not automatically entitled to inheritance. There are similar problems to control the unmarried couple's common property in the daily life. A legal gap dramatically emerges when it is necessary to take medical decisions in case of serious illness of the partner: hospital authorities can treat the cohabitating partner as a stranger. Also in this case many unmarried couples enter into legal arrangements regulating these circumstances.

In Italy<sup>11</sup>, the issue is topical. In these months, a lively debate is in progress on whether or not it is appropriate to grant certain rights to de facto couples, both heterosexual and, specially, homosexual. In fact, heterosexual couples may already choose whether or not to arrange their relationship according to the law, namely they can choose to marry or to cohabit, while this choice does not exist for homosexual couples.

The judgment under examination suggests many observations, and is topical for the very delicate period Italy is facing owing to the current proposal for a law on *DICO* ("rights and duties of cohabitating people") as well as to the lively debates between majority and minority and parties belonging to the same political alignment.

In particular, it seems appropriate to linger on the relationship between two major matters for the existence and the "survival" of the Old Continent and the whole world, namely economy and family to be referred to the new models of civil unions introduced or being introduced in the last years in Europe, by ways that – as we have seen – are sometimes identical, sometimes different across countries.

From the judgment under examination it infers that the European Court intends to promote committed unions, provided that they are not established between siblings, heterosexual or homosexual, whoever they are. The extension of protection to homosexual unions is justified, considering that the European case-law has long since held that discrimination on grounds of sexual orientation must be eliminated. In doing this, the European Court of Human Rights pays much attention to the principles of non-discrimination, freedom and others while disregarding the principle of family, as a cell whose function is reproduction for the survival of mankind. If it is true that

---

<sup>11</sup> In February 2007, the Italian Government submitted a proposal of law recognising de facto unions to the Parliament for approval. From the 90s, there was an increase in the number of proposals of law submitted to the Parliament to regulate de facto unions. At the same time, the European Parliament has put pressure on the Italian Government to equate rights between heterosexual and homosexual couples. Locally, a number of Italian towns have introduced the Register of civil unions; relevant registration has only a symbolic value, unless a municipality decides to confer on the union legal rights (for example, access to council flats). In addition to territorial exceptions, there are also personal exceptions: partners of journalists and members of parliaments, although not married, can access to health benefits granted to these categories; partners of members of parliament have also a right to reversion with respect to their partners' pension.

we all should be allowed to live the life we find congenial, this should not be to the detriment of others and other, such as the birth rate.

There are some countries, Italy first, where the birth rate is lower and lower, and you can imagine the consequences.

Such a wide and unlimited freedom, as conferred on the countries in our Continent by the European Court (which gives its *placet* to homosexual civil partnerships because discrimination on grounds of sexual orientation must be eliminated) could pave the path to who knows what other dangerous claim from homosexual couples.



## **Corte europea dei diritti dell'uomo - Sezione IV - Sentenza 12/12/2006 (Causa n. 13378/05)**

**Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali - Tasse di successione - Ordinamento interno - Regime di agevolazione fiscale applicabile solo a coniugi o a partner di coppie omosessuali registrate - Esclusioni di altre categorie - Violazione del diritto di proprietà e del divieto di discriminazione - Situazioni differenti - Diritto dello Stato di prevedere regimi diversi**

*È legittima una normativa interna che fissa esenzioni dalle tasse successorie solo per i coniugi o per i conviventi eterosessuali o omosessuali, senza prevedere un regime agevolato per altri familiari che vivono insieme.*

*È conforme alla Convenzione europea una legge interna che prevede un sistema di agevolazioni dalle tasse di successione solo per i coniugi o nel caso di partenariati civili.*

*Lo Stato, nell'esercizio del suo margine di discrezionalità riconosciuto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, può prevedere alcune agevolazioni fiscali in materia di pagamento delle tasse di successione solo per determinate categorie di persone, senza violare il divieto di discriminazione e il diritto di proprietà. Un differente trattamento può essere giustificato se è perseguito un obiettivo legittimo come quello di proteggere la famiglia o unioni equiparate alla famiglia.*

*La situazione di due consanguinei che coabitano non è analoga a quella di una coppia sposata o di partner omosessuali che convivono e che hanno registrato la propria unione perché, in questi ultimi due casi, si tratta di una scelta volontaria, mentre nel caso di familiari che coabitano, l'unione è dovuta dalla nascita nella stessa famiglia.*

*Non realizza violazione dell'articolo 14 della Convenzione il fatto di non accordare un analogo regime di agevolazione in materia di successione a due sorelle conviventi. Questo perché una legge di tale tipo persegue un fine legittimo che è quello di favorire le unioni stabili eterosessuali e omosessuali, accordando "una certa sicurezza economica nel caso di morte del coniuge o partner".*

*L'estensione della tutela anche alle unioni omosessuali è giustificata considerando che, già da tempo, la giurisprudenza europea ha osservato che devono essere eliminate tutte le forme di discriminazione basate sull'orientamento sessuale.*

### **Legittime le esenzioni fiscali solo per coniugi o conviventi**

Serena Maresca

**SOMMARIO:** 1. Il caso - 2. Divieto di discriminazione e nozione di famiglia ai sensi della Convenzione europea - 3. Panorama delle unioni di fatto nel mondo.

## 1. Il caso

All'origine del caso vi è un ricorso proposto il 29 marzo 2005 innanzi alla Corte da due cittadine britanniche, contro il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord ai sensi dell'art. 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Appellandosi all'art. 14 in combinato disposto con l'art. 1 del Protocollo n. 1, le ricorrenti lamentano che, in caso di decesso di una di esse, la superstite dovrà corrispondere l'imposta di successione sulla quota dell'abitazione familiare spettante alla sorella deceduta, mentre, nel caso di una coppia sposata o di una coppia omosessuale registrata ai sensi del *Civil Partnership Act* del 2004, in uguali circostanze, il superstite sarebbe esentato dal pagamento dell'imposta di successione.

Le ricorrenti sono sorelle e nubili. Hanno convissuto tutta la vita, negli ultimi 30 anni in una casa costruita su un terreno ereditato dai genitori. La casa è intestata congiuntamente alle ricorrenti. Ciascuna sorella ha redatto un testamento lasciando tutti i suoi beni all'altra. Le ricorrenti sostengono che la superstite potrebbe essere costretta a vendere la casa per pagare l'imposta di successione<sup>1</sup>.

In virtù delle sezioni 3, 3A e 4 della Legge inglese sull'imposta di successione (*Inheritance Tax Act 1984*), in caso di trasferimento *mortis causa* o di trasferimento tra vivi entro sette anni dal decesso è dovuta un'imposta di successione pari al 40% del valore dei beni di proprietà di una persona, ivi inclusa la quota spettante su un bene in comunione. Sulle eventuali imposte non pagate entro sei mesi dalla fine del mese in cui si è verificato il decesso, si applicano interessi, attualmente al 4%, indipendentemente dalla causa del ritardo di pagamento. La sezione 18 della legge del 1984 prevede l'esenzione dall'imposta per i beni trasferiti *mortis causa* al coniuge. A partire dal 5 dicembre 2005, l'esenzione è stata estesa al "partner civile" della persona deceduta.

La legge sulle Unioni Civili del 2004 ha lo scopo di fornire alle coppie dello stesso sesso un meccanismo formale per il riconoscimento e per l'efficacia giuridica della loro relazione e di conferire loro, nella misura del possibile, gli stessi diritti ed obblighi che il matrimonio comporta.

I requisiti per la costituzione di un'unione civile sussistono se i componenti la coppia sono persone: dello stesso sesso, non sposate e non parte di un'altra unione civile; di età superiore a 16 anni; senza vincolo di parentela per i quali è previsto un divieto.

Come il matrimonio, un'unione civile è a tempo indeterminato e può concludersi unicamente con la morte, lo scioglimento o l'annullamento. La legge del 2004 ha

<sup>1</sup> V. gli artt. 34 e 35 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Il Governo inglese ha contestato la ricevibilità del ricorso in oggetto, invocando gli artt. citati, in quanto, in primo luogo, la doglianza delle ricorrenti concerne un momento futuro ed è ipotetico; l'obbligo di pagare l'imposta di successione non sussiste ancora, e potrebbe non sussistere mai, per cui il loro ricorso costituisce una contestazione del regime fiscale *in abstracto* che la Corte non può accogliere. Secondo la Corte, tuttavia, data l'età avanzata delle ricorrenti (88 e 81 anni) e l'altissima probabilità che una di loro sarà obbligata a pagare l'imposta di successione in seguito al decesso dell'altra, esse possono sostenere di essere direttamente colpite dalla legge contestata. In secondo luogo, perché la Corte può essere adita solo dopo l'esaurimento di tutte le vie di ricorso interne, cosa che le ricorrenti non avrebbero rispettato. Secondo la Corte, tuttavia, non era possibile attendersi che le ricorrenti esaurissero le vie di ricorso interne, prima della presentazione del ricorso a Strasburgo, in quanto un tale rimedio in Inghilterra dipende dalla discrezionalità dell'esecutivo e, in precedenza, la Corte ne aveva già rilevato l'inefficacia proprio per tale motivo. Da cui la dichiarazione di ricevibilità del ricorso in oggetto.

apportato un gran numero di emendamenti alle leggi esistenti, disciplinando, *inter alia*, pensioni, imposte, previdenza sociale, successione e immigrazione. In caso di scioglimento di un'unione civile, i Tribunali hanno poteri di controllare e assegnare i beni dei partner civili simili a quelli conferiti in caso di scioglimento del matrimonio.

Punto di partenza del ricorso in esame è la sezione 3 della legge sui diritti umani del 1998, entrata in vigore il 2 ottobre 2000, che così dispone: "Per quanto possibile, la legislazione primaria e la legislazione delegata devono essere lette ed attuate in un modo compatibile con i diritti della Convenzione".

Appellandosi all'art. 14 della Convenzione, secondo cui "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza alcuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione", le ricorrenti lamentano che, in caso di decesso di una di esse, la superstite sarebbe tenuta a versare una forte imposta di successione, che non è invece dovuta dal coniuge o dal partner civile superstite nel caso del decesso del proprio compagno.

Le ricorrenti invocano, in combinato disposto con l'art. 14 della Convenzione, l'art. 1 del Protocollo che dispone che "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale (...)"<sup>2</sup> perché, di fatto, l'ingente entità di tasse da pagare a carico della persona che sopravvive, imporrebbe a quest'ultima la vendita dell'immobile di famiglia, privandola della sua proprietà, cosa che non graverebbe sui coniugi e sulle coppie omosessuali, da cui la presunta violazione ancora dell'articolo 14, perché un diritto, come quello di proprietà, garantito nella Convenzione, sarebbe assicurato unicamente a taluni individui.

Secondo le ricorrenti il Governo britannico sbaglia nel ritenere che la loro situazione sia diversa da quella di una coppia, in quanto esse hanno deciso da molti anni di vivere insieme in un rapporto stabile di amore e di impegno, condividendo un'unica casa ad esclusione di altri partner; di conseguenza, anche ai fini dell'imposta di successione, esse si trovano in una posizione analoga o simile a quella di una coppia sposata<sup>3</sup> o di partner civili che convivono, e, secondo loro, il reale motivo per cui esse non sono soggette per legge allo stesso corpo di diritti e di obblighi giuridici delle altre coppie deriva dall'impedimento, per motivi di consanguineità, alla costituzione di

<sup>2</sup> L'art. 1 del Protocollo 1 dispone ancora "Le disposizioni precedenti non pregiudicano, tuttavia, in alcun modo il diritto di uno Stato di porre in vigore le leggi da esso ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in conformità con l'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

<sup>3</sup> Lo speciale *status* giuridico dei coniugi è stato riconosciuto dalla Commissione in *Lindsay v. Regno Unito*, n. 11098/84, decisione della Commissione dell'11 novembre 1986, secondo cui "il matrimonio continua ad essere caratterizzato da un corpo di diritti e di obblighi che lo distinguono nettamente dalla situazione di un uomo e una donna che convivono", e dalla Corte in *Shackell v. Regno Unito*, n. 45851/99, 27 aprile 2000, nel senso che, pur osservando che potrebbe sussistere una maggiore accettazione sociale delle relazioni stabili al di fuori del tradizionale rapporto matrimoniale, le situazioni di conviventi eterosessuali, sposati e non sposati, non è analoga ai fini delle prestazioni concesse ai superstiti. Nel Regno Unito, però, dopo l'entrata in vigore della Legge del 2004, una coppia di persone dello stesso sesso può decidere di costituire un rapporto giuridico che il Parlamento ha delineato in modo da corrispondere quasi esattamente al matrimonio.

un'unione civile.

Il Governo inglese, da parte sua, asserisce che non esiste una reale analogia in quanto le ricorrenti sono unite da un legame di nascita e non da una decisione di entrare in una relazione formale riconosciuta dalla legge ed aggiunge, infine, che l'esenzione dall'imposta di successione per i coniugi e per i partner di un'unione civile ha lo scopo di incoraggiare una relazione stabile e improntata all'impegno, mentre la stessa esenzione a due sorelle conviventi, per di più adulte, non risponde ad alcuno scopo legittimo; il mero fatto di essere sorelle non implica una relazione stabile e impegnata e, probabilmente, solo una piccola minoranza di fratelli e sorelle adulti ha lo stesso tipo di rapporto esistente tra le ricorrenti, che è basato su un sostegno reciproco e prolungato, sull'impegno e sulla convivenza.

Secondo la Corte, in materia di imposte, spetta alle autorità nazionali procedere alla valutazione degli obiettivi da perseguire e dei mezzi da utilizzare; in questo campo, lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità, come avviene di consueto quando si tratta di misure generali di strategia economica o sociale.

Riportandosi ai casi *Shackell* e *Lindsay*, la Corte afferma che generalmente un uomo ed una donna, non legati da un grado di parentela per il quale sussiste un divieto, sono liberi di decidere se accettare il "corpo dei diritti ed obblighi" che il matrimonio comporta, mentre le ricorrenti, essendo sorelle, non hanno questa possibilità, in quanto il diritto inglese non accorda alla loro convivenza un livello di riconoscimento simile a quello accordato ai coniugi o alle unioni civili.

Tuttavia, la Corte, pur presumendo che le ricorrenti possano essere paragonate a una coppia, ritiene che la disparità di trattamento non è in conflitto con l'art. 14 della Convenzione. Il matrimonio resta un'istituzione che conferisce uno *status* particolare a chi lo contrae. Pertanto, secondo quanto deciso dalla Corte in *Shackell*, non si può ritenere che l'incoraggiamento del matrimonio, attraverso l'erogazione di alcune prestazioni ai coniugi superstiti, superi il margine di discrezionalità concesso allo Stato convenuto.

Nel caso di specie, la Corte accetta l'argomentazione del Governo che l'esenzione dall'imposta di successione a favore dei coniugi e dei partner di un'unione civile persegue analogamente uno scopo legittimo: incoraggiare le relazioni eterosessuali e omosessuali stabili e improntate all'impegno, concedendo al superstite un certo grado di sicurezza finanziaria dopo la morte del coniuge o del partner. Nel suo art. 12, la Convenzione tutela esplicitamente il diritto al matrimonio e, in numerose occasioni, la Corte ha dichiarato che l'orientamento sessuale è un concetto disciplinato dall'art. 14 e che le differenze basate sull'orientamento sessuale devono essere giustificate da motivazioni particolarmente gravi<sup>4</sup>. Lo Stato non può essere criticato perché persegue, attraverso il suo sistema impositivo, politiche volte ad incoraggiare il matrimonio; né può essere criticato perché concede alle coppie omosessuali che assumono un impegno, le agevolazioni fiscali che derivano dal matrimonio.

Nel valutare se i mezzi utilizzati sono proporzionati all'obiettivo perseguito e, in particolare, se sia obiettivamente e ragionevolmente giustificabile negare a sorelle e fratelli conviventi l'esenzione dall'imposta di successione concessa ai coniugi e ai partner di un'unione civile superstiti, la Corte considera sia la legittimità degli obiettivi

<sup>4</sup> Sul punto cfr. *Karner c/Austria* n. 40016/98.

di politica sociale alla base dell'esenzione, sia l'ampio margine di discrezionalità applicabile in questo campo. Per essere funzionale, un sistema impositivo deve utilizzare ampie categorizzazioni per distinguere tra gruppi diversi di contribuenti<sup>5</sup>. Inevitabilmente, l'attuazione di un tale regime creerà situazioni marginali e singoli casi di evidente difficoltà o ingiustizia, e spetta in primo luogo allo Stato decidere come meglio raggiungere un equilibrio tra l'aumento del gettito delle imposte e il perseguimento degli obiettivi sociali.

Il legislatore avrebbe potuto prevedere una base diversa per le concessioni in materia di imposta di successione; in particolare, avrebbe potuto abbandonare il concetto di matrimonio o di unione civile come fattore determinante, estendere la concessione ai fratelli e sorelle o ad altri familiari conviventi e/o basare la concessione su criteri come la durata della convivenza, il grado di parentela di sangue, l'età delle parti o simili.

Tuttavia, ai fini della Convenzione, la questione determinante non è stabilire se sarebbe stato possibile scegliere criteri diversi per la concessione di un'esenzione dall'imposta di successione, ma se il regime realmente scelto dal legislatore, che prevede un trattamento diverso per i coniugi o i partner di un'unione civile e altre persone conviventi, anche se in rapporto di lunga durata e consolidato, superi un margine di discrezionalità accettabile.

Nei fatti di specie, secondo la Corte non si può affermare che il Regno Unito abbia superato l'ampio margine di discrezionalità conferitogli e la disparità di trattamento nella concessione dell'esenzione dall'imposta di successione era ragionevolmente ed oggettivamente giustificata ai fini dell'art. 14 della Convenzione.

Di conseguenza, nel caso di specie non vi è stata violazione di detto articolo, letto in combinato disposto con l'articolo 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione.

## 2. Divieto di discriminazione e nozione di famiglia ai sensi della Convenzione europea

Uno Stato è libero di prevedere nel proprio ordinamento agevolazioni fiscali solo per i coniugi o per coppie omosessuali, escludendo da un regime più favorevole le persone che coabitano, pur unite da un legame familiare.

Una simile disciplina in materia fiscale, per la Corte europea dei diritti dell'uomo, rientra nell'esercizio del potere discrezionale dello Stato che può adottare particolari misure a vantaggio di determinati gruppi di persone, soprattutto se la legislazione interna si propone di rafforzare la famiglia. Proprio perché si tratta di interventi destinati ad assicurare la protezione della famiglia, ad avviso della Corte, non vi è alcuna discriminazione e la differenza di trattamento è del tutto giustificata e in linea con i principi della Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Effettivamente la situazione di consanguinei che coabitano non è analoga a quella di una coppia formatasi a seguito di un matrimonio o di un'unione civile registrata, e in presenza di fattispecie differenti non si può, quindi, parlare di discriminazione.

<sup>5</sup> V. la decisione della Commissione n. 11098/84 *Lindsay c/Regno Unito*.

Il fattore fondamentale che porta a una differenziazione tra le due situazioni è la volontà in quanto “una coppia sceglie di stare insieme, mentre per due sorelle ciò dipende dalla nascita”. Di conseguenza, il fatto di aver compiuto una scelta giustifica l’attribuzione di un regime speciale a vantaggio del partner che sopravvive.

In materia fiscale, la Corte ha riconosciuto che lo Stato gode di un ampio margine di discrezionalità nell’individuare le misure da applicare tenendo conto che le autorità nazionali sono tenute a bilanciare obiettivi di carattere sociale con esigenze di carattere economico, fermo restando che però “lo Stato non deve discriminare tra i contribuenti in un modo che risulti incompatibile con l’articolo 14 della Convenzione”. Questa disposizione, infatti, punta a evitare che siano applicati regimi differenti in situazioni analoghe senza che vi sia una giustificazione ragionevole. Se le disposizioni interne non superano un test di proporzionalità tra mezzi impiegati dallo Stato e fine perseguito, si determina una violazione del divieto di discriminazione tra soggetti che si trovano in una condizione simile.

Punto centrale del caso in esame è se coppie sposate o registrate siano nella stessa posizione di familiari che coabitano da lungo tempo. Infatti, se le situazioni fossero equiparate si potrebbe configurare una violazione dell’articolo 14 Convenzione. In caso contrario, il principio di non discriminazione non sarebbe leso perché i soggetti si troverebbero in una posizione di partenza differente.

La situazione di una coppia sposata o convivente è differente rispetto a quella di due sorelle che coabitano, e, quindi, è legittimo, da parte dello Stato, prevedere un differente trattamento proprio perché il matrimonio è un’istituzione che conferisce un particolare *status*, e rientra nelle prerogative delle autorità nazionali mettere in campo adeguate misure di protezione, idonee a rafforzare tale istituto.

D’altra parte, la stessa Convenzione, all’articolo 12, protegge il diritto al matrimonio e, quindi, la previsione di agevolazioni fiscali persegue un fine legittimo.

L’estensione, poi, di tale regime di agevolazioni anche a coppie omosessuali è in linea con l’articolo 14 Convenzione perché il divieto di discriminazione in base all’orientamento sessuale è coperto da tale disposizione. Questo vuol dire che coppie sposate e coppie omosessuali devono essere trattate in modo analogo perché per disporre differenti trattamenti in base all’orientamento sessuale, lo Stato deve indicare gravi motivi per giustificare tale diversità di regolamentazione.

Pertanto, lo Stato non deve prevedere una diversa regolamentazione per coppie sposate o coppie omosessuali che convivono, mentre può fissare un diverso regime per familiari che coabitano; quindi, il diritto inglese che non accorda un livello di protezione alle due sorelle, non può essere considerato come trattamento discriminatorio ai sensi della Convenzione.

La Corte, però, non ha fornito alcuna giustificazione adeguata sulla reale portata della differenza tra unione registrata e coabitazione di familiari perché, se da un lato sembra aderire all’inclusione nella nozione di famiglia delle coppie omosessuali, chiarendo che la giurisprudenza di Strasburgo ha precisato, in diverse occasioni, che non deve essere effettuata alcuna discriminazione in base all’orientamento sessuale, dall’altro lato si distacca dalla stessa nozione di famiglia sviluppata dai giudici europei. Che, soprattutto, con riguardo all’articolo 8 della Convenzione, che si occupa del diritto al rispetto della vita privata e familiare, hanno precisato che “quel che conta è la situazione di fatto, la quale va valutata senza sindacare sulla giuridicità del

rapporto esistente”, attribuendo particolare rilievo alla creazione e al mantenimento di vincoli familiari<sup>6</sup>. Nella visione della Corte, non esiste una differenza tra la famiglia conseguenza di un rapporto formale e contrattuale e quella di fatto, perché l'elemento fondamentale da valutare per accertare se esista una famiglia ai sensi della Convenzione è l'esistenza di “relazioni reali e concrete, sufficientemente strette fra i membri; queste relazioni possono prendere la forma della convivenza, di una dipendenza economica, di un diritto di visita legalmente regolamentato”<sup>7</sup>.

Chiarita la nozione di famiglia nell'ordinamento convenzionale, che prescinde dalle diverse qualificazioni nazionali, non mi sembra che sussistano giustificazioni per escludere da una simile nozione anche familiari che coabitano, che vengono privati dei vantaggi, come quelli fiscali e previdenziali, attribuiti ad altre coppie senza alcuna adeguata motivazione non solo giuridica, ma anche di carattere sociale.

Sembra più convincente la tesi delle due ricorrenti, per le quali non vi sarebbe alcuna differenza tra la loro situazione e quella delle coppie sposate o registrate: si tratta di persone che scelgono di vivere insieme, con una ripartizione di spese e con una reciproca assistenza, oltre che unite da un legame affettivo, condizioni che sembrano giustificare la necessità di garantire anche a queste persone un'agevolazione analoga a quella di altri conviventi.

La scelta del governo inglese di non estendere le agevolazioni fiscali anche a questi soggetti per il semplice fatto che non si troverebbero in una situazione analoga perché legate dalla nascita e non unite sulla base di una propria volontà appare del tutto inconsistente. In effetti, si tratta di soggetti che coabitano in modo analogo alle coppie omosessuali e che, per il solo fatto di non avere una relazione anche di carattere sessuale, non usufruiscono della possibilità di essere registrate, malgrado abbiano scelto di vivere insieme, creando un legame di tipo familiare.

Né si può condividere la posizione del Governo inglese per il quale, nel caso di consanguinei che coabitano, manca l'elemento della volontà, perché le due sorelle potrebbero vivere separatamente, cosa che generalmente accade una volta superata la maggiore età, mentre hanno scelto di vivere insieme.

Per questo, credo che questo caso rappresenti una discriminazione ai sensi dell'articolo 14 della Convenzione, non giustificata da alcun fine legittimo, con la conseguenza che, sulla base dell'ordinamento inglese, alcune unioni di persone beneficiano di privilegi fiscali e altre no, anche se unite da legami affettivi.

### 3. Panorama delle unioni di fatto nel mondo

Il diritto non è rimasto indifferente all'evoluzione dei costumi ed esiste oggi un gran numero di provvedimenti legislativi che disciplinano le nuove unioni.

<sup>6</sup> In tal senso si veda ZENO ZENCOVICH, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* a cura di Bartole, Conforti e Raimondi, Padova, 2001, pp. 307 ss.

<sup>7</sup> V. PAVARANI, *Diritto al rispetto della vita privata e familiare* ne “*La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*” a cura di Defilippi, Bosi e Harvey, Napoli, 2006, pp. 336 ss.

La rilevanza statistica delle unioni civili e l'ampio dibattito sulla parità dei diritti tra eterosessuali ed omosessuali, ha fatto sì che numerosi Paesi si siano dotati, negli ultimi anni, di una legislazione per riconoscere e garantire diritti per i componenti delle unioni civili sia tra persone di sesso diverso che tra persone dello stesso sesso<sup>8</sup>.

Nell'Unione Europea la questione delle unioni civili è entrata spesso a far parte di direttive riguardanti uno dei principi cardine dell'Unione Europea: tutti i cittadini dell'Unione hanno gli stessi diritti, indipendentemente dalla loro origine, nazionalità, condizione sociale, dal loro credo religioso o orientamento sessuale. Già dal 1994<sup>9</sup> la Comunità Europea, infatti, ha emanato una risoluzione per la parità dei diritti degli omosessuali. Il discorso poi si acuisce se considerato in rapporto agli Accordi di Schengen sulla libera circolazione delle persone. Cosa accade ad una coppia di fatto legalmente riconosciuta in uno stato ma residente in un altro?

La Francia ha adottato nel 1999, con il Pacs (patto civile di solidarietà), una soluzione che accomuna coppie dello stesso sesso e coppie di fatto. Il Pacs è un contratto, concluso con una dichiarazione congiunta scritta alla cancelleria del *Tribunal d'instance* nella giurisdizione di residenza, che può riguardare anche coppie di amici.

Coloro che aderiscono al Pacs fanno la dichiarazione dei redditi in comune, beneficiano di uno sconto sulla tassa di successione, del diritto di subentrare nell'affitto del domicilio comune, di avere congedi per lutti o incidenti al partner, e della previdenza sociale estesa.

In Germania l'istituto giuridico della convivenza registrata è stato introdotto il 16 febbraio 2001. La legge sulla convivenza registrata non equipara a tutti gli effetti la convivenza al matrimonio pur applicando ai conviventi disposizioni analoghe a quelle contenute nel codice civile tedesco per la disciplina del matrimonio. La legge assicura pieno riconoscimento alla coppia dal punto di vista contributivo ed assistenziale mentre in materia di filiazione e di adozione ai conviventi non è riconosciuto il diritto di adozione congiunta ma è permessa, anche se con dei limiti, l'adozione dei figli del convivente. Al convivente superstite, inoltre, sono attribuiti gli stessi diritti successori che il matrimonio conferisce ai coniugi, la pensione di reversibilità, il permesso di immigrazione per il partner straniero, la reversibilità dell'affitto e l'obbligo di soddisfare i debiti contratti dalla coppia. Il Tribunale, però, in caso di separazione riconosce gli alimenti per i figli, ma non per il partner dal quale ci si separa. È possibile comunque stipulare altri accordi prima di iniziare una convivenza. Attraverso autorizzazioni scritte, le coppie conviventi possono regolare molti aspetti della vita in comune, ma non l'eredità. La convivenza non è comunque equiparata al matrimonio e non dà alcun vantaggio fiscale: ognuno viene tassato per sé.

<sup>8</sup> Nell'Unione europea il quadro relativo alla legislazione sulle convivenze è oggi molto variegato. Alcuni paesi hanno adottato l'unione registrata, chiamata anche partnership o coabitazione registrata, che garantisce specifici diritti e doveri anche, o solo, alle coppie dello stesso sesso. I diritti e doveri possono essere identici, lievemente diversi o molto diversi da quelli delle coppie normalmente sposate. Altri paesi hanno scelto di regolarizzare le unioni civili con la coabitazione non registrata, con la quale alcuni diritti e doveri sono automaticamente acquisiti dopo uno specifico periodo di coabitazione. Altri Paesi, infine, oltre ad avere approvato il riconoscimento giuridico delle coppie non coniugate di qualunque sesso, hanno aperto il matrimonio alle coppie dello stesso sesso per realizzare la parità perfetta tra etero e omosessuali.

<sup>9</sup> Risoluzione per la parità dei diritti degli omosessuali e delle lesbiche nella comunità europea, in *Official journal*, 1994, C 61/40 Res. No. A3-0028/94, 8 febbraio 1994.



In Austria le coppie di fatto godono per legge di una certa garanzia legale, che non le pone però sullo stesso livello delle coppie eterosessuali unite da vincolo matrimoniale<sup>10</sup>. Rientrano nel concetto di coppia di fatto solo quei partner uniti da legami sessuali, eterosessuali e non (sono escluse, cioè, le convivenze fra parenti o amici).

In Gran Bretagna, come abbiamo visto, le partnership civili sono state introdotte con una legge del 2004, entrata in vigore a fine 2005, per dare gli stessi diritti civili e responsabilità delle coppie sposate alle unioni dello stesso sesso. Due persone dello stesso sesso possono vincolarsi in una unione registrata molto simile al matrimonio; questo, dal punto di vista giuridico, non è, contrariamente a quanto da molti scritto, un matrimonio omosessuale. I contraenti assumono lo *status* legale di “civil partners”. I “partner civili” hanno gli stessi diritti sulla proprietà delle coppie eterosessuali sposate civilmente, le stesse esenzioni fiscali e a loro si applicano le stesse leggi sulle eredità. Le partnership civili si possono dissolvere con una procedura simile al divorzio.

In Spagna il matrimonio è aperto alle coppie dello stesso sesso dal 2005. Alcune regioni del Paese, le Comunità autonome, riconoscevano già prima di questa legge diritti alle coppie di fatto di sesso uguale o diverso. È il caso della Catalogna che il 15 luglio 1998 aveva già approvato la legge sulle coppie stabili; la suddetta legge regola diversi aspetti privatistici della relazione di coppia: prevede la responsabilità solidale per le spese domestiche e per alcuni debiti, regola l'uso della casa comune e offre benefici nel caso in cui uno dei partner lavori per il governo catalano. Le coppie omosessuali hanno accesso a questa legge rendendo una dichiarazione con un atto notarile. Le coppie eterosessuali possono regolamentare il loro rapporto o con un atto notarile, o automaticamente dopo una convivenza di più di due anni, o automaticamente per le coppie che convivono e hanno un figlio.

Negli Stati Uniti l'accesso al matrimonio è competenza tradizionalmente delegata ai singoli Stati, a patto ovviamente che non si vada in contrasto con la Costituzione federale e perciò coi principi inviolabili di libertà, eguaglianza e non discriminazione da essa garantiti. Negli Stati Uniti vi sono circa sei milioni di coppie non sposate (un decimo sono partner dello stesso sesso). I diritti delle coppie non sposate variano da Stato a Stato, ma in linea generale i partner non sposati devono sopperire con accordi legali privati ad una serie di svantaggi legislativi rispetto alle coppie legalmente sposate. In caso di morte il partner sopravvissuto non ha automaticamente diritto ai beni. Analoghi problemi esistono per il controllo nella vita quotidiana del patrimonio comune della coppia non sposata. Un handicap legislativo della coppia non sposata emerge in modo drammatico in caso di importanti decisioni mediche da prendere quando uno dei partner si ammala gravemente: le autorità ospedaliere possono trattare come un estraneo il partner convivente. Anche in questo caso molte coppie non sposate ricorrono ad accordi legali interni che prevedono queste circostanze.

<sup>10</sup> La Corte Europea per i Diritti dell'uomo (caso Karner/Austria) è intervenuta nel 2003 sul caso di un cittadino austriaco omosessuale che, alla morte, aveva designato quale erede il proprio partner. Il compagno, però, alla morte si vide negare l'eredità. La Corte ha stabilito che la coabitazione di partner dello stesso sesso ha il medesimo valore della coabitazione non registrata, riconosciuta in Austria per le coppie eterosessuali.

In Italia<sup>11</sup> si discute in maniera accesa sulla concessione di determinati diritti alle coppie di fatto, etero e, soprattutto, omosessuali, dal momento che per le coppie eterosessuali la scelta tra disciplinare secondo il diritto o meno la propria relazione già esiste e consiste nello scegliere di sposarsi oppure convivere, scelta che, invece, non esiste per le coppie omosessuali.

La sentenza in oggetto offre diversi spunti di riflessione oltre a collocarsi in un momento molto delicato per l'Italia a causa del "bocciato" disegno di legge sui DICO e gli accessi dibattiti tra maggioranza e minoranza parlamentare.

In particolare, sembra opportuno soffermarsi sul rapporto tra due grandezze di primaria importanza per l'esistenza e la "sopravvivenza" dei paesi del Vecchio Continente e del mondo tutto, quella economico-finanziaria e quella socio-familiare riferibile ai nuovi modelli di unioni civili che si sono e che si stanno affacciando negli ultimi anni in Europa, in modi, come abbiamo appena visto, a volte uguali, a volte simili, a volte diversi, tra Paese e Paese.

Dalla lettura della sentenza in esame si intende che l'orientamento dei giudici europei in materia di unioni di fatto è quello di favorire le unioni stabili, sempre che non costituite da parenti, eterosessuali o omosessuali che siano. L'estensione anche alle unioni omosessuali è giustificata considerando che, già da tempo, la giurisprudenza europea ha osservato che devono essere eliminate tutte le forme di discriminazione basate sull'orientamento sessuale. Nel far questo, la Corte europea dei diritti dell'uomo concede molta attenzione, al principio di non discriminazione, di libertà ed altri senza darne altrettanta, però, al principio della famiglia, intesa come cellula tesa a riprodursi e moltiplicarsi per la sopravvivenza del genere umano. Se è vero che tutti debbano condurre la vita che più gli è congeniale, questo non deve essere a discapito di altri ed altro; basti pensare che ci sono alcuni paesi, l'Italia *in primis*, in cui il livello delle nascite è sempre più basso, con tutto ciò che ne consegue.

Un margine di libertà così ampio e senza limiti, come quello ammesso ai Paesi del nostro continente dalla Corte europea, che dà il suo *placet* alle unioni omosessuali, in quanto ritiene che debbano essere eliminate tutte le forme di discriminazione basate sull'orientamento sessuale, potrebbe dare l'avvio a chissà quale altra pericolosa rivendicazione da parte delle coppie omosessuali.

---

<sup>11</sup> Dagli anni novanta è aumentato il numero di proposte di legge per disciplinare le unioni civili presentate sia alla Camera che al Senato, così come sono diventati pressanti gli inviti del Parlamento europeo alla parificazione dei diritti di coppie gay e coppie eterosessuali. A livello locale sono molto numerose le città italiane che si sono dotate di un registro anagrafico delle unioni civili; la registrazione anagrafica della convivenza, però, ha solo un significato simbolico a meno che il singolo Comune non decida di aggiungere al valore simbolico dell'unione diritti reali (ad esempio, l'accesso agli alloggi popolari). Oltre ad eccezioni a livello geografico esistono anche delle eccezioni per alcune categorie di persone; i partner di giornalisti e onorevoli, anche se non sposati, possono usufruire del trattamento sanitario del partner appartenente a queste categorie, inoltre per gli onorevoli è possibile lasciare al proprio partner anche la pensione di reversibilità.

SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE  
*Notes and surveys*



## **A Community action to facilitate the co-ordination Members States' tax systems. The Communication of the Commission "Coordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market": A new step on the strategy of co-operation between the European Commission and the Member States \***

Adam Zalasinski \*\* and Franco Roccatagliata \*\*\*

SUMMARY: 1. Introductory remarks: The need to act - 2. Co-ordination as a new strategy - 3. The aims of the co-ordinated approach - 4. Advantages of the new approach

### **1. Introductory remarks: The need to act**

As Community law stands, EU Member States remain largely free to design their direct tax systems so as to meet their domestic policy objectives and requirements provided that the fundamental principles of the EC Treaty and the (albeit small area of) secondary EC Law on this field to be observed.

Dealing with the interaction of multiple national tax systems poses a challenge for the internal market. However, domestic tax rules designed solely or primarily with the domestic situation in mind may give rise to inconsistent tax treatment or violate EC principles when applied in a cross-border context.

The EC Treaty provides for a prohibition of discrimination of taxpayers involved in the economic activity within the Internal Market. Articles 39, 43, 48, 49 and 56 EC Treaty have direct effect. These may be relied on within any tax or judicial proceedings by taxpayers for whom they grant subjective rights. The Commission has noticed a high degree of litigation between taxpayers and tax administrations<sup>1</sup> based on the prohibition of discrimination laid down in the EC Treaty and has decided to make some tactical changes in its strategy of the co-ordination of national tax policies with the aim of making the direct taxation systems more synchronized with the Internal Market structure.

---

\* Edited in English by the Authors. The views expressed are the sole responsibility of the authors and do not necessarily represent the view of the European Commission. The authors wish to thank Kelly Marie Coutinho for her suggestions and her assistance in writing this article.

\*\* Dr. Adam Zalasinski is Senior Lecturer before the Chair for Law of Public Finances of the Nicholas Copernicus University of Torun, Poland, and Seconded National Expert in the Analyses and Co-ordination of Tax Policy Unit - TAXUD - of the European Commission, Brussels.

\*\*\* Franco Roccatagliata is Visiting Professor of European Tax Law in the University of Liège, Faculty of Law and Principal Administrator of the Analyses and Co-ordination of Tax Policy Unit - TAXUD - European Commission, Brussels.

<sup>1</sup> See Table 1 at the end of the Italian version.

In fact, the concept of “co-ordination” has not been invented by the Communication about which we write<sup>2</sup> but was launched by the European Commission some years ago<sup>3</sup>, with a fairly positive outcome. In 2003 the Council has approved a *tax package* not only composed by classical EC instruments (the “savings” and “interests and royalties” directives), but also by an innovative instrument - a political “gentlemen’s agreement” - the Code of Conduct on business taxation, the good functioning of which is entrusted to a strict coordination of representatives of Member States sitting in the Council<sup>4</sup>.

As the Commission has often observed in recent years<sup>5</sup>, whereas *harmonisation* results in the creation of a common body of Community legislation which supersedes national laws, the concept of *co-ordination* builds upon domestic systems to render them compatible with the Treaty and with each other. The aim of co-ordination is not to replace existing national tax systems by a uniform Community system but to ensure that such national systems can be made to work together seamlessly.

On the other hand, in the field of direct taxation, a non-legislative action - a simple co-ordination of national tax legislations - today seems more likely to obtain a concrete success. In fact, for political reasons, legislative possibilities at Community level are significantly limited especially because of the unavoidable unanimity requirement within the Council of European Union.

This stalemate is probably the cause of the excessive workload of the ECJ (the European Court of Justice) indicated above. The ECJ’s case law concerns increasingly complicated legal issues relating to direct taxation of cross-border activity and the effects of the ECJ decisions deeply affect the structure of national tax systems and/or its application. Adjustment of domestic legislation (and sometimes double tax treaties concluded between EU Member States) in order to accommodate EC Treaty requirements, very often involves the co-operation of a few Member States. Firstly the States directly involved in the case law and secondly Member States having similar legislation in force.

This new tax initiative is also part of a more general EC framework called the ‘Lisbon Strategy’<sup>6</sup>. In 2005, the European Council underlined that “*the European Union must complete its internal market and make its regulatory environment more business-*

<sup>2</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee “Co-ordinating Member States’ direct tax systems in the Internal Market”; COM (2006) 823, 19.12.2006.

<sup>3</sup> The paper of the Commission for the Informal Ecofin of Verona, *Taxation in the European Union*, SEC (96) 487, 20.3.1996, is generally indicated as a key-document for the u-turn of EC tax policy.

<sup>4</sup> For a broader description of the functioning of the working groups of the Code of Conduct and about the implementation of its decisions of *standstill* and *rollback* into the national tax legislations, see F. ROCCATAGLIATA, *International Tax Competition: The Code of Conduct for Business Taxation, a Limit to the taxing powers of the States and its connections to the Community Rules on State Aid*, in this *Rivista*, 2006, no. 2, p. 11.

<sup>5</sup> See, for example, SEC (96) 487, *cit.*, part IV.

<sup>6</sup> During the meeting of the European Council in Lisbon (March 2000), the Heads of State or Government launched a strategy (*Lisbon Strategy*) aimed at making the European Union (EU) the most competitive economy in the world. This strategy, developed at subsequent meetings of the European Council, rests on three pillars (economic, social and environmental). Tax policies can play an important role in the achievement of this objective improving the efficiency of our economies, for instance accruing the competitiveness of EU enterprises in the world’s scenario. See, European Commission, “The Contribution of Taxation and Customs Policies to the Lisbon Strategy”, COM (2005) 532, 25.11.2005.

friendly” in order to further improve the competitiveness of EU enterprises. This action must be carried out without any additional burden on Member States’ budgets, which is necessary to ensure the functioning of the so called ‘EU social model’. For this reason the Presidency asked the Commission to reflect “*in the context of its ongoing work on the relaunch of Lisbon on issues arising about how to ensure sustainable funding of our social model*”<sup>7</sup>.

Member States finance social systems using a different mix of direct taxes, indirect taxes and social contribution. Member States are also at liberty to build their own tax policy and determine tax rates. However, if a reduction of the tax burden is suitable, the risk exists that the cost of this reduction would be paid for by key sectors for reinvigorating the EU economy (as for example universities and research: the basis of a ‘knowledge society’) or cutting public social expenditure. For this reason a co-ordination in tax matters can contribute considerably to reducing costs, avoiding at the same time revenue losses caused by taxpayer abuse or simple inadvertent ‘holes’ in tax systems created by clashes of different structures.

## 2. Co-ordination as a new strategy

The circumstances mentioned above have caused the Commission to again launch works on co-ordination of domestic systems of direct taxation. This initiative has been introduced in a general way by the Communication upon which we comment.

This new action of the EC policy of co-ordination involves the preparation of subsequent communications, in which the Commission will put forward proposals for collective co-operation of Member States in order to solve problems related to the unilateral implementation of requirements set up in the EC Treaty as interpreted by the ECJ in its case-law.

According to the above mentioned Communication of last December, the Commission believes that one systematic way to address the underlying tax obstacles which still exist for corporate taxpayers operating in more than one Member State is to provide multinational groups with a common consolidated corporate tax base (CCCTB) for their EU-wide activities. The Commission has therefore announced its intention to present a comprehensive legislative proposal for a CCCTB in 2008<sup>8</sup>.

However, there also continues to be a need for more targeted measures to address the most urgent problems in the short to medium term. In addition, as the Commission has underlined<sup>9</sup>, there are issues which will remain even if a CCCTB is introduced, for example because a CCCTB would not cover individual taxpayers and would not

<sup>7</sup> European Council of Brussels, 22-23 March 2005, Presidency Conclusions, doc. 7619/1/05, 23.3.2005. See also M. AUJEAN, *La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l’UE*, «Revue de Droit Fiscal», 2007, 4, p. 8, para. 9.

<sup>8</sup> For a comprehensive exam of EC works on CCCTB, see EUROPEAN COMMISSION, *Implementing the Community Lisbon Programme: Progress to date and next steps towards a Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*; COM (2006) 157, 5.4.2006. For a recent comment see, F. FLORIS - F. VITALE, *The European Commission Communication on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB). Brief overview and some remarks on the apportionment*, in this *Rivista*, 2006, n. 2, p. 155.

<sup>9</sup> COM (2006) 823, p. 2-3.

necessarily apply to all corporate taxpayers and/or Member States and because there will be a need to address the interaction between the CCCTB and other aspects of direct tax systems<sup>10</sup>.

### 3. The aims of the co-ordinated approach

According to the Commission's Communication a coherent and co-ordinated tax treatment implies:

- Removing every discrimination and international double taxation;
- Preventing inadvertent non-taxation and abuse, and
- Reducing the compliance costs associated with being subject to more than one tax system.

In some cases it may be sufficient for Member States unilaterally to implement commonly agreed solutions, e.g. changes to domestic rules in order to remove discrimination. In other cases unilateral action may not be sufficient, and bilateral action through tax treaty provisions or collective action through a Community legislative instrument may be needed. This is particularly so where instances of double taxation or unintended non-taxation arise from mismatches between Member State rules. There is also a need for better co-ordination of arrangements between Member States and third countries in certain areas, particularly in relation to anti-avoidance measures, for example CFC (Controlled Foreign Companies) legislation, in order to safeguard Member States' tax bases.

Removing fiscal discrimination is a basic requirement of Community law. A Member State may treat cross-border situations differently from purely domestic situations only if this is justified by a substantial difference in the taxpayer's circumstances. Over the years it has become apparent that there are numerous aspects of Member States' rules that conflict with the Treaty, including:

- systems of taxation of corporate profits and dividends (inbound and outbound)<sup>11</sup>;
- systems of group taxation (including treatment of losses)<sup>12</sup>;
- treatment of cross-border losses (in general)<sup>13</sup>;
- taxation of gains<sup>14</sup>;

<sup>10</sup> COM (2006) 157, p. 8-9. CCCTB will make systems more transparent, but without harmonise tax rates which are the mirror of different national tax policies. See Table 2 at the end of the Italian version. In 2003 implicit tax rate for companies varied from 5.7 to 25.7.

<sup>11</sup> C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën v. B. G. M. Verkooijen*, [2000] ECR I-4071; C-319/02, *Petri Manninen*, [2004] I-7498.

<sup>12</sup> C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, [1998] ECR I-4695; C-200/98, *X AB and Y AB v. Riksskatteverket*, [1999] ECR I-8261; C-397/98 and C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd and others, Hoechst AG, Hoechst UK Ltd. v. Commissioners of Inland Revenue, H. M. Attorney General*, [2001] ECR I-1727; C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steifurt*, [2002] ECR I-11779; C-168/01, *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, [2003] ECR I-09409; C-446/03, *Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [2005] ECR I-0000;

<sup>13</sup> C-446/03, *Marks & Spencer plc v. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, [2005] ECR I-0000; C-152/03, *Ritter-Coulais v. FA Germersheim*, [2006] ECR I-0000.

<sup>14</sup> C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, [2004] ECR I-2431; C-470/04, *N v. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, [2006] ECR I-0000.



- thin capitalisation and transfer pricing rules<sup>15</sup>;
- controlled foreign corporation rules or other anti-avoidance rules or doctrines designed to combat the use of tax havens and low rate regimes<sup>16</sup>;
- taxation of pensions<sup>17</sup>;
- taxation of migrants and frontier workers etc. (personal allowances, etc.)<sup>18</sup>;
- taxation of branches<sup>19</sup>.

Yet, despite a substantial body of case law of the ECJ, it is not always easy to understand how the broadly expressed Treaty freedoms apply in the complex area of tax law. Much of the case law is recent, it continues to evolve and it generally concerns particular tax provisions of individual Member States. It is not always easy for taxpayers, tax administrations and national courts to understand the full implications of rulings or place them in a different or broader framework.

The vast majority of direct tax cases has been decided within the preliminary ruling procedure in order to answer questions submitted by domestic courts of Member States.

Naturally, all of those cases concern a concrete taxpayer<sup>20</sup> being in concrete factual circumstances. Obviously those cases concern the legal systems of particular Member States (including in that concept also their tax treaties). Consequently, the interpretation of the ECJ's case law in order to find general principles applicable in other jurisdictions involves sophisticated legal reasoning and finally practical difficulties. In the literature one may notice disputes on how domestic legislation of various Member States should be amended to comply with those judgments<sup>21</sup>.

In the Commission's view there is a need for guidance on the principles flowing from the case law and how these apply to the main areas of direct taxation. Such guidance will promote greater legal certainty for the benefit of taxpayers, tax authorities and national courts.

<sup>15</sup> C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steifurt, [2002] ECR I-11779; C-168/01, Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën, [2003] ECR I-09409; C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, [2007] ECR I-0000.

<sup>16</sup> C-294/97, Eurowings Luftverkehrs AG v. Finanzamt Dortmund-Unna, [1999] ECR I-7447; C-196/04, Cadbury Schweppes plc and Cadbury Schweppes Overseas Ltd. [2006] ECR I-0000.

<sup>17</sup> C-240/90, Hanns-Martin Bachmann v. Belgium, [1992] ECR I-249; C-136/00, Rolf Dieter Danner, [2002] ECR I-08147.

<sup>18</sup> C-279/93, Finanzamt Köln-Altstadt v. Schumacker, [1995] ECR I-225; C-80/94, G. H. E. J. Wielockx v. Inspecteur der directe belastingen, [1995] ECR 1995 I-2493; C-107/94, P. H. Asscher v. Staatssecretaris van Financiën, [1996] ECR 1996 I-3089; C-87/99, Patrick Zurstrassen v. Administration des Contributions Directes, [2000] ECR I-3353; C-385/00, F. W. L. de Groot v. Staatssecretaris van Financiën, [2002] ECR I-11819; C-234/01, Arnoud Gerritse v. Finanzamt Neukölln-Nord, [2003] ECR 2003 I-5933; C-169/03, Florian W. Wallentin, [2004] ECR I-6458.

<sup>19</sup> 270/83, Commission v. France, [1986] ECR 1986. 273; C-330/91, The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG, [1993] ECR 1993 I-4017; C-250/95, Futura Participations S.A. and Singer v. Administration des contributions, [1997] ECR I-2471; C-311/97, Royal Bank of Scotland v. Elliniko Dimosio, [1999] ECR I-2651; C-307/97, Compagnie de Saint Gobain, Zweigniederlassung Deutschland v. Finanzamt Aachen-Innenstadt, [1999] ECR I-6161.

<sup>20</sup> Group litigations in the UK judicial system seem to be an exception. It is possible for the UK courts to deliver a group litigation order to group similar cases concerning EC tax law and refer questions in the test claimants cases.

<sup>21</sup> See for example H. VAN DEN HURK, *Cross-Border Loss Compensation - the ECJ's Decision in Marks&Spencer and How It was Misinterpreted in the Netherlands*, "Bulletin for International Taxation" 2006, No. 5, p. 178-186.

It is necessary to find solutions which will ensure coherent cross-border tax treatment. Experience has shown that it is not always possible to implement the non-discrimination obligation coherently or in an optimal way by unilateral measures. If we consider what recently happened in the Member States domestic legal systems, it is true to state that Member States have in some cases responded unilaterally by totally removing domestic tax advantages originally reserved only for a domestic beneficiary or by extending requirements for cross-border situations to domestic situations in circumstances where this was not desirable in tax policy terms<sup>22</sup>.

This runs counter to the interests of the Internal Market and undermines the competitiveness of Member State economies, as correctly observed by Advocate General Geelhoed in his Opinion on *Thin-Cap Group Litigation*<sup>23</sup>.

The ECJ's case law requires equal tax treatment of purely domestic and cross-border situations. This rule is relevant also in cases where a Member State does not exercise its tax jurisdiction over all relevant aspects of taxpayer's or its associated entities' activity<sup>24</sup>. Unco-ordinated, unilateral compliance by Member States with those requirements may result in new opportunities for tax planning inside the EU. It may cause inadvertent non-taxation and tax avoidance as well.

According to what was announced in the Communication on co-ordination, the Commission, bearing in mind those circumstances, in proposing co-ordinated solutions will take into account both the requirements of the Internal Market and fiscal interests of Member States.

The elimination of double taxation in the Internal Market is expressly contemplated by Article 293 of the EC Treaty. International double taxation is a major obstacle to cross-border activity and investment within the EU. Its elimination is therefore a basic objective and principle of any co-ordinated solution. International double taxation arises by definition because of a taxpayer being subject to more than one tax jurisdiction. It is a classic example of an obstacle to the Internal Market arising from a lack of co-ordination between national tax systems which can be solved only by co-operation between Member States.

Moreover, as we said before, the main objective of any tax system is to raise a certain amount of revenue in order to finance public services and transfers. This should be done as effectively as possible. Unfortunately, the existence of different national tax systems in the EU represents a sizeable source of extra costs affecting administrative efficiency. For example, the existence of multiple tax systems means multiple sets of compliance requirements. The need to relieve multinational companies from having to comply with up to 27 Member State systems, together with the transfer pricing

<sup>22</sup> See, notably, the legislative changes adopted in the majority of Member States after C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, broadening thin capitalization rules also to purely internal situations.

<sup>23</sup> See § 68 in AG Geelhoed's Opinion of 29 June 2006, C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation v. Commissioners of Inland Revenue*: "Such an extension of legislation to situations falling wholly outwith its rationale, for purely formalistic ends and causing considerable extra administrative burden for domestic companies and tax authorities, is quite pointless and indeed counterproductive for economic efficiency. As such, it is anathema to the internal market".

<sup>24</sup> See cases C-168/01, *Bosal Holding BV p. Staatssecretaris van Financiën*, [2003] ECR I-09409; C-446/03, *Marks & Spencer plc p. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [2005] ECR I-10837 oraz C-319/02, *Petri Manninen*, [2004] I-7498.

rules allocating the tax base between them, was a key factor in the Commission's decision to work towards a CCCTB for companies.

This situation implies barriers to a more efficient allocation of resources. In fact, as a consequence of the constant increase of additional compliance costs (double taxation, tax-related business restructuring costs and more general differences between Member States' tax rules) firms may prefer to operate domestically rather than in another Member State. These are significant obstacles to achieving the full benefits of a competitive internal market. The removal of these barriers would help to create new opportunities for market entrants and small and medium enterprises and the resulting competition would spur investment and innovation in the EU<sup>25</sup>.

At the same time, according to the Commission's document, it is desirable to explore more generally the ways in which cross-border compliance costs can be reduced<sup>26</sup> and procedures simplified for taxpayers, including SMEs and individuals, notably through improved administrative co-operation between Member States. In this context, taking into account the complex timing of the CCCTB project, the Commission has indicated an experimental pilot scheme (based on the *Home State Taxation* concept) inviting Member States to examine it in a constructive and open spirit<sup>27</sup>. Of course the co-ordinated approach described here is closely linked to this action to reduce compliance costs and to simplify procedures.

The Communication on co-ordination of national tax policies, which is the 'umbrella communication' was followed by two technical communications announced the same day. The Commission put forward two technical communications concerning the adjustment of domestic tax systems to the EC Treaty's requirements on cross-border losses and exit taxes<sup>28</sup>. In those documents the Commission revealed proposals for co-ordinated solutions for the implementation of the ECJ's case-law. The Commission underlined the need not only to eliminate discrimination but also to prevent tax abuse by taxpayers. Having regard to those aims the Commission proposed common action in those two areas of direct taxation. For example the suspension of the collection of exit taxes until the gains are concretely realised requires close co-operation of Member States' tax authorities. Well understood co-ordination involves the activity of tax authorities of Member States which do not levy exit taxes.

The Communication on exit taxes is probably a model case to explain the co-ordinated approach. In the *N* case<sup>29</sup> the ECJ said that exit taxes are permitted only if collected at the time of realization of capital gains after changing residence and

<sup>25</sup> COM (2005) 532, p. 4.

<sup>26</sup> The good work done by the Joint Transfer Pricing Forum must be underlined. It is mainly targeted at exploring the scope for easing transfer pricing compliance burdens. See J.-M. Van Leeuw – W. Büttner – E. Morris, "EU Transfer Pricing Documentation - Proposal for a Code of Conduct", in *World Finance*, 2006, 2/3, 64.

<sup>27</sup> EUROPEAN COMMISSION, *Tackling the corporation tax obstacles of small and medium-sized enterprises in the Internal Market – outline of a possible Home State Taxation pilot scheme*; COM(2005)702, 23.12.2005.

<sup>28</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations, COM (2006) 824 final; Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies, COM (2006) 825 final, both dated 19.12.2006.

<sup>29</sup> C-470/04, *N. v. Inspecteur van de Bealstindienst Oost/kantoor Almelo*, [2006] ECR I-0000.

if the tax assessment takes into account a possible decrease in the value of assets. Compliance by Member States with those rules needs collective action for various reasons. First, there is a need for enhanced co-operation between both the previous and the new residence states of the taxpayer, beneficial owner of the (potential or effective) capital gain in the field of exchange of information and assistance in collection and recovery of tax claims. It is noteworthy that there is a need for co-operation with Member States which do not levy exit taxes as well. Secondly, in cases where both the previous and new residence states levy tax on capital gains at the moment of disposal of the taxpayer's property, double taxation appears. It must be relieved in order to eliminate the obstacle to free movement within the Internal Market.

Currently, the Commission is preparing further technical communications regarding other areas in which the co-ordination is needed, i.e. anti-avoidance rules and withholding taxes<sup>30</sup>.

In fact it is a new step of the *two-track strategy* proposed by the Commission in its Communication of October 2001<sup>31</sup>. This strategy was articulated in a short-term action – targeted measures – and, simultaneously, the start of a broader debate on more ambitious global measures. The objective still is to offer to EU enterprises a consolidated taxable base for their economic activities of EC dimension. This is the main objective but, as we already mentioned, is not the only long-term goal.

An attentive observer of the EU fiscal policy evolution noted recently that the Commission abandoned the idea of conceiving a multilateral tax convention or a model of tax convention on an EU level in the long-term perspective<sup>32</sup>. Such a solution could offer an EC answer to ‘triangular’ problems<sup>33</sup> – problems difficult to solve in a purely bilateral way – and would represent, at any rate, a significant simplification at the Internal Market level if compared to the existent convention network between Member States, which counts now more than 300 bilateral double taxation agreements, in some cases significantly different to others. In fact – as it has been confirmed authoritatively<sup>34</sup> – in the long-term strategy, such a solution has not been excluded.

Nevertheless, after some preliminary meetings held with the representatives of the EU Member States in 2005 and in 2006, also in this case, the Commission has chosen to aim for a two-track strategy. In the short-term the above mentioned technical proposals necessarily should take into account the existing clauses of

<sup>30</sup> See “the umbrella Communication”, pp. 7-8.

<sup>31</sup> Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee *Towards an Internal Market without tax obstacles*, COM (2001) 582, 23.10.2001, especially point 6, p. 21.

<sup>32</sup> P. PISTONE, *Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of direct Taxes*, *Intertax*, 2007, 2, 70.

<sup>33</sup> This is the case when more than two Member States are involved in a cross-border operation. E.g. when a branch of a company of Member State A, located in the Member State B, receives capital income (royalties, dividends or interests) from a company of Member State C.

<sup>34</sup> See the speech of Mr Aujean, the Director of the European Commission, in charge of the coordination of tax policies, at the annual conference of *Confédération Fiscale Européenne*, held in Brussels, 19<sup>th</sup> April 2007.

the tax conventions<sup>35</sup>. Moreover, as soon as next year, the Commission intends to present a proposal to introduce a mechanism to make effective the 'mutual agreement procedure' of the bilateral conventions between Member States. The objective is to ensure an effective elimination of the double taxation according Article 293 of EC Treaty<sup>36</sup>.

The particularly difficult implementation of those proposals by Member States will influence the timing of every broader legislative initiative as that inspired by the hypothesis evoked in the Communication on Company taxation of 2001 (e.g.: the EU model of tax convention). Nevertheless the Commission, giving guidance on the interpretation of the ECJ case-law, will also suggest amendments to the clauses of the tax conventions, if a bilateral legal framework will be retained more suitable to implement correctly the principles expressed by the Court on non-discrimination and fundamental freedoms.

#### 4. Advantages of the new approach

The new strategy is obviously helpful for Member States in their efforts to implement the EC Treaty requirements related to direct taxation. It is also aimed at increasing the level of legal certainty within the EU. In some Member States, domestic courts pay very serious attention to the Commission's communications. Taxpayers may effectively base their arguments in litigation disputes on this kind of soft-law. It helps to accelerate the proceedings and avoid unnecessary reference of preliminary questions to the ECJ.

It is probable that domestic judges in some Member States who have the opportunity to use the Communications in the course of deciding direct tax cases would not refer a preliminary ruling to the ECJ. The Communication may serve, not as a source of Community law, but rather as interpretative material for dealing with the EC Treaty. It must be noticed that this would be interpretative material drafted by the Community institution responsible for monitoring and control of compliance with EC law by Member States (Art. 211 EC Treaty).

The Communication may be widely used, particularly by the judges of lower courts, who have discretion in referring preliminary rulings to the ECJ (Art. 234 EC Treaty).

The next communications announced within the co-ordination strategy will also be very helpful for domestic law-makers. They will include the analysis of the ECJ's case on the level of principles. Inevitably, all judgments are closely related to the circumstances and the legal state of the particular jurisdiction. The Commission

<sup>35</sup> E.g. the Communication on *exit taxes* examines the Article 13 of the OECD Model Tax Convention on taxation of capital gains in case of the alienation of shares.

<sup>36</sup> This proposal could ask to the Member States to launch an independent mandatory arbitration in case that the mutual agreement procedure cannot offer any specific solution. Probably it could take inspiration from a similar recent proposal of the Committee of Fiscal Affairs of the OECD. However the OECD proposal considers the arbitration as an only optional solution. See the press release *Arbitration to be an option in cross-border tax disputes*, OECD countries agree, 7.2.2007, on OECD website ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

intends to reveal general principles stemming from the case-law in order to enable domestic law-makers to implement them in their legislation. It will help to avoid unnecessary litigation between taxpayers and tax authorities, which – as economic data shows – is far more costly for domestic revenue<sup>37</sup>.

In the EC constitutional framework the Commission must propose positive integration measures and stimulate the inter-State cooperation. Now it is the shift of the Member States – and particularly of the next presidencies of the Council: Portugal and Slovenia – to pick up and understand the message, taking an open and conscious attitude, to the scope to ensure an optimal functioning of the Internal Market.

---

<sup>37</sup> It is worth noting that the European academics have pointed out a high number of domestic tax law provisions, which may potentially be incompatible with the EC Treaty, and may serve as a base for future litigation. See P. FARMER, A. ZALASINSKI, *General Report* [in:] *Direct tax rules and the EU fundamental freedoms: origin and the scope of the problem; National and Community responses and solutions*. FIDE 2006 Annual Congress of the Federation Internationale pour le Droit Européen, (ed). X. L. Xenopoulos, Nicosia 2006, pp. 399-434 and particularly the Annex with a comprehensive review of National Reports pp. 411-434.

# 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\*

Adam Zalasinski \*\* e Franco Roccatagliata \*\*\*

SOMMARIO: 1. Premessa: le ragioni di una scelta - 2. La nuova strategia di coordinamento - 3. Gli obiettivi del coordinamento - 4. Vantaggi del nuovo approccio metodologico

## 1. Premessa: le ragioni di una scelta

Nel campo della fiscalità diretta, gli Stati membri dell'Unione europea sono liberi di concepire come meglio credono i loro sistemi fiscali, in modo da porli in perfetta sintonia con gli obiettivi e le caratteristiche delle scelte politiche nazionali. A condizione, naturalmente, di rispettare i principi fondamentali del Trattato CE e la legislazione comunitaria derivata – per il vero, assai scarsa – esistente in materia.

Tuttavia questa libertà, e la conseguente sostanziale diversità dei molteplici sistemi fiscali nazionali, rappresenta una vera e propria sfida per il Mercato interno a causa della difficile interazione tra i sistemi stessi. Le norme fiscali nazionali, infatti, sono prevalentemente concepite per disciplinare situazioni puramente interne e quando sono applicate a situazioni transfrontaliere possono generare trattamenti fiscali contraddittori o incompatibili con i principi comunitari.

Come è noto, il Trattato CE vieta ogni forma di discriminazione nei confronti dei soggetti comunitari che svolgono un'attività economica nel Mercato interno. Gli articoli 39, 43, 48, 49 e 56 del Trattato CE trovano diretta applicazione e – creando diritti soggettivi – possono essere invocati dai contribuenti in qualsiasi procedimento giurisdizionale contenzioso. Il divieto di operare discriminazioni tra contribuenti

\* Versione in lingua italiana a cura degli Autori. Le opinioni espresse nel presente articolo impegnano esclusivamente i due autori e non possono in alcun modo essere attribuite alla Commissione europea. Un ringraziamento particolare a Kelly Marie Coutinho per i suoi preziosi consigli e l'aiuto offerto nella stesura di questo articolo.

\*\* Il Dr. Adam Zalasinski è Senior Lecturer alla cattedra di Diritto finanziario pubblico all'Università Nicolò Copernico di Torun, Polonia ed Esperto nazionale distaccato alla Commissione europea - TAXUD, Unità d'analisi e coordinamento delle politiche fiscali.

\*\*\* Franco Roccatagliata è Professore a contratto in Diritto tributario europeo alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Liegi, Belgio e Amministratore principale alla Commissione europea - TAXUD, Unità d'analisi e coordinamento delle politiche fiscali.

<sup>1</sup> Vedi tabella 1.

ha generato un numero sempre più alto di controversie<sup>1</sup>. Questo fatto ha indotto la Commissione europea, ad effettuare qualche cambio tattico nella sua strategia di coordinamento delle politiche fiscali, volta a rendere la fiscalità diretta comunitaria più consona alle esigenze del Mercato interno.

Per il vero, il concetto di “coordinamento” non nasce con la Comunicazione che in questa sede si commenta<sup>2</sup>, ma è stato promosso dalla Commissione europea già qualche anno addietro<sup>3</sup>, con esiti sostanzialmente positivi, che hanno consentito, nel 2003, l’approvazione di un *pacchetto fiscale* formato non soltanto da strumenti giuridici tipici del diritto comunitario, come le direttive “fiscalità del risparmio” e “interessi e canoni”, ma altresì su uno strumento innovativo, un *gentlemen’s agreement* di natura essenzialmente politica, come il “codice di condotta sulla tassazione delle imprese” il cui buon funzionamento è tutt’ora affidato ad un costante coordinamento tra gli Stati membri, in sede di Consiglio U.E.<sup>4</sup>.

Come la Commissione ha rilevato, a più riprese, in questi ultimi anni<sup>5</sup>, se l’*armonizzazione* comporta la creazione di un insieme condiviso di norme comunitarie che si sostituiscono alla legislazione nazionale, il concetto di *coordinamento* si basa sugli ordinamenti legislativi nazionali, al fine di renderli compatibili con il Trattato CE e tra di loro. Lo scopo dell’azione di coordinamento non è quello di sostituire i sistemi fiscali nazionali esistenti con un unico sistema comunitario, ma piuttosto di assicurarsi che tali sistemi nazionali possano operare insieme senza che si producano frizioni.

D’altronde, in materia di fiscalità diretta, un’azione non-legislativa – di semplice coordinamento – sembra attualmente offrire qualche probabilità in più di successo. Sul piano politico, infatti, le opportunità di un intervento legislativo a livello comunitario sono veramente limitate, soprattutto a causa dell’ineludibile requisito dell’unanimità al Consiglio dell’Unione europea.

Questa situazione di stallo sul piano legislativo è probabilmente all’origine del superlavoro per la Corte di giustizia (C. giust. CE), di cui si è accennato in precedenza. La giurisprudenza della Corte, occupandosi delle attività transfrontaliere, affronta casi sempre più complessi, legati proprio alla fiscalità diretta e gli effetti delle sue decisioni incidono profondamente sulla struttura impositiva nazionale e sulle sue modalità esecutive. Tale giurisprudenza impone all’ordinamento giuridico interno – e, a volte, alle stesse convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni sottoscritte dagli Stati membri – di adeguarsi alle esigenze imperative del Trattato CE. Capita che tali interventi, per essere correttamente attuati, richiedano la cooperazione di più Stati membri: quelli coinvolti nel caso in questione e quelli che si trovano in situazioni simili. Tuttavia il fenomeno è spesso circoscritto a pochi Stati membri.

<sup>2</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato Economico e Sociale europeo sul *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel Mercato interno*; doc. COM (2006) 823, del 19 dicembre 2006.

<sup>3</sup> Il documento che viene generalmente indicato come quello della svolta nella politica fiscale comunitaria è il *paper* presentato dalla Commissione al Consiglio Informale di Verona del 1996, reso in seguito pubblico: *La politica tributaria nell’Unione europea*; SEC (96) 487, del 20 marzo 1996.

<sup>4</sup> Per una più ampia descrizione del funzionamento dei gruppi di lavoro del Codice di Condotta e l’adeguamento delle legislazioni nazionali alle decisioni di *standstill* e *rollback*, si rinvia a F. ROCCATAGLIATA, *Concorrenza fiscale internazionale: I limiti alla potestà tributaria nazionale derivanti dal codice di condotta sulla tassazione delle imprese e i suoi legami con la disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato*, in questa Rivista, 2006, n. 2, p. 25.

<sup>5</sup> V. ad esempio, SEC (96) 487, *cit.*, parte IV.



Per collocare questa nuova iniziativa in materia di fiscalità diretta nel contesto più ampio della politica comunitaria, occorre infine accennare che tali sviluppi sono perfettamente in linea con i dettami della cd. “strategia di Lisbona”<sup>6</sup>. In questo ambito, nel 2005, il Consiglio europeo ha rilanciato la necessità per l’Unione europea di “completare il Mercato interno e dotarsi di un quadro normativo più favorevole alle imprese” per accrescerne la competitività, senza, tuttavia, sottrarre risorse al gettito pubblico, in modo da garantire il funzionamento del cd. “modello sociale europeo”. Il Consiglio europeo ha pertanto chiesto alla Commissione di riflettere “in merito alle questioni che si pongono riguardo alle modalità per assicurare il finanziamento sostenibile del nostro modello sociale”<sup>7</sup>.

Gli Stati membri finanziano i sistemi sociali grazie ai prelievi obbligatori, utilizzando, tuttavia, mix vari di imposte dirette, indirette e contributi previdenziali. Fermo restando che la responsabilità di determinare la maggior parte degli aspetti della politica fiscale e di fissare le aliquote fiscali resta una prerogativa degli Stati membri, vi è il rischio che una sempre auspicabile riduzione della pressione fiscale si faccia a scapito della spesa sociale o degli investimenti pubblici proprio nei settori-chiave per il rilancio dell’economia europea (università e ricerca: le basi di una “società della conoscenza”). Proprio per questo è evidente che un’azione di coordinamento in campo fiscale può dare un aiuto importante alla riduzione dei costi, contribuendo, nel contempo, ad evitare perdite di gettito dovute ad abusi dei contribuenti o a semplici “buchi” involontari nei sistemi fiscali causati dalle loro diverse configurazioni.

## 2. La nuova strategia di coordinamento

Le circostanze che abbiamo appena presentato hanno spinto la Commissione a lanciare un’ulteriore iniziativa, inerente al coordinamento dei sistemi nazionali in materia di fiscalità diretta. Detta iniziativa è stata annunciata, nelle sue linee generali, con la recente Comunicazione della Commissione in commento.

Tale nuovo esercizio della politica fiscale comunitaria di coordinamento prevede la preparazione di una serie di comunicazioni, nelle quali la Commissione presenterà delle proposte per un’azione mutua di coordinamento degli Stati membri. L’obiettivo è di risolvere i problemi che insorgono allorché si procede individualmente a cercare un corretto adeguamento della legislazione fiscale nazionale ai principi del Trattato CE, così come interpretati dalla C. giust. CE nella sua giurisprudenza.

Nella citata Comunicazione del dicembre scorso la Commissione precisa che un modo soddisfacente di affrontare gli ostacoli fiscali che ancora sussistono per i soggetti imponibili nell’Unione europea che operano in più Stati membri, dovrebbe essere

<sup>6</sup> In occasione del Consiglio europeo di Lisbona (marzo 2000) i capi di Stato e di governo hanno avviato una strategia (*Lisbon strategy*) con l’obiettivo dichiarato di fare dell’Unione europea l’economia più competitiva del mondo. Sviluppata nel corso di diversi Consigli europei, questa strategia si fonda su tre pilastri (economico, sociale ed ambientale). Un ruolo importante per il conseguimento di questo obiettivo è svolto dalle politiche fiscali le quali possono contribuire ad accrescere l’efficienza delle nostre economie, ad esempio attraverso una maggiore competitività delle aziende europee. V., da ultimo, COMMISSIONE EUROPEA, *Il contributo delle politiche fiscali e doganali alla strategia di Lisbona*; COM (2005) 532, del 25 novembre 2005.

<sup>7</sup> Consiglio europeo di Bruxelles, 22-23 marzo 2005, *Conclusioni della Presidenza*, doc. 7619/1/05 del 23.3.2005. In questo senso, v. anche M. AUJEAN, *La Commission européenne adopte une stratégie globale pour promouvoir la coordination fiscale dans l’U.E.*, in «Revue de Droit Fiscal», 2007, 4, pag. 8, punto 9.

quello di offrire ai gruppi di imprese multinazionali una base imponibile consolidata comune (CCCTB - *Common consolidated corporate tax base*) per l'insieme delle attività da loro svolte all'interno dell'U.E. A tal fine la Commissione ha annunciato la sua intenzione di presentare una proposta legislativa esauriente sulla CCCTB già nel 2008<sup>8</sup>.

Ciò non esclude, tuttavia, la necessità di attuare iniziative mirate per affrontare i problemi più urgenti di breve o medio termine. Come osserva la Commissione<sup>9</sup>, quando il progetto di CCCTB sarà presentato e messo in atto, certe problematiche resteranno ancora irrisolte. Per esempio, la CCCTB non coprirà i soggetti imponibili "persone fisiche" e non sarà neppure necessariamente applicabile a tutte le tipologie di imprese, e, probabilmente, il suo campo d'applicazione non coprirà neppure l'insieme degli Stati membri dell'U.E. Inoltre, se la CCCTB sarà un modello opzionale, sussisterà la necessità di occuparsi dell'interazione e coesistenza tra la CCCTB e le altre modalità di determinazione della base imponibile dei sistemi fiscali nazionali<sup>10</sup>.

### 3. Gli obiettivi del coordinamento

Secondo la Comunicazione, un trattamento fiscale coerente e coordinato implica:

- l'eliminazione di tutte le discriminazioni fiscali e della doppia imposizione internazionale;
- la prevenzione delle doppie esenzioni (o, per usare il linguaggio della Comunicazione, della doppia non-imposizione) di origine involontaria e di ogni forma di abuso fiscale;
- la riduzione dei costi di messa in conformità derivanti dall'assoggettamento a più sistemi fiscali.

In alcuni casi potrebbe essere sufficiente che gli Stati membri mettano in atto, unilateralmente, le soluzioni convenute di comune accordo. Per esempio, modificando la disciplina interna al fine di eliminare forme di discriminazione fiscale. In altri casi, invece, è possibile che un'azione unilaterale non sia sufficiente, e si riveli invece necessaria un'azione da esercitarsi bilateralmente, attraverso la riformulazione delle disposizioni di una convenzione per eliminare le doppie imposizioni, o sia addirittura necessaria un'azione collettiva, da mettere in atto attraverso l'utilizzo di uno strumento legislativo comunitario. Questo è particolarmente vero laddove la doppia imposizione (o la doppia non-imposizione involontaria) siano il risultato di un'asincronia tra le disposizioni fiscali degli Stati membri.

Per certi aspetti legati all'interazione tra i principi della fiscalità internazionale e quelli propri del diritto comunitario, sembra, inoltre, necessario sviluppare un migliore

<sup>8</sup> Per una disamina completa dei lavori sulla CCCTB, si rinvia alla Comunicazione della Commissione *Progressi ottenuti finora e programma futuro per una base imponibile consolidata comune per le società*; COM (2006) 157 del 5 aprile 2006. Per un primo commento, v. altresì, 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*, in questa Rivista, 2006, n. 2, p. 163.

<sup>9</sup> COM (2006) 823, cit., p. 2-3.

<sup>10</sup> COM (2006) 157, cit., p. 8-9. Va altresì ripetuto che la CCCTB, renderà più trasparenti, ma non armonizzerà le marcate differenze, a livello impositivo, degli Stati membri dell'U.E., che sono lo specchio delle distinte politiche fiscali nazionali. V. la Tabella 2, in allegato, che segnala una tassazione implicita delle imprese che, nel 2003, variava dal 5,7 al 25,7.

coordinamento dei rapporti tra Stati membri e Paesi terzi. Si pensi, in particolare, alle misure antielusive – quali le disposizioni in materia di società estere controllate (CFC) – finalizzate a limitare l'erosione delle basi imponibili degli Stati membri.

L'eliminazione delle discriminazioni fiscali è un requisito fondamentale del diritto comunitario. Uno Stato membro può trattare le situazioni transfrontaliere in modo diverso dalle fattispecie puramente nazionali soltanto se tale comportamento è giustificato da differenze sostanziali della situazione, di fatto e di diritto, del contribuente. Nel corso degli anni è diventato sempre più evidente che vi sono numerosi aspetti delle legislazioni fiscali degli Stati membri che sono in conflitto con il Trattato CE, in particolare:

- le modalità d'imposizione dei profitti delle imprese e dei dividendi (*inbound e outbound*)<sup>11</sup>;
- le modalità d'imposizione dei gruppi d'impresa (compreso il trattamento delle perdite)<sup>12</sup>;
- il trattamento delle perdite transfrontaliere (in generale)<sup>13</sup>;
- la tassazione delle plusvalenze da capitale (*capital gain*)<sup>14</sup>;
- le disposizioni di legge in materia di sotto-capitalizzazione e prezzi di trasferimento<sup>15</sup>;
- le disposizioni di legge in materia di società estere controllate (*Controlled Foreign Companies*) e le altre disposizioni o metodi anti-elusione, destinati a prevenire e combattere l'utilizzo dei paradisi fiscali o di altri regimi a bassa fiscalità<sup>16</sup>;
- la tassazione delle pensioni<sup>17</sup>;
- l'imposizione dei lavoratori migranti, frontalieri, ecc. (riconoscimento delle deduzioni a carattere personale, ecc.)<sup>18</sup>;
- l'imposizione delle stabili organizzazioni<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> C-35/98, *Staatssecretaris van Financiën c. B. G. M. Verkooijen*, Racc. 2000, I-4071; C-319/02, *Petri Manninen*, Racc. 2004, I-7498.

<sup>12</sup> C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) c. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Racc. 1998, I-4695; C-200/98, *X AB e Y AB v. Riksskatteverket*, Racc. 1999, I-8261; cause riunite C-397/98 C-410/98, *Metallgesellschaft Ltd e altri, Hoechst AG, Hoechst UK Ltd. c. Commissioners of Inland Revenue, H. M. Attorney General*, Racc. 2001, I-1727; C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steifurt*, Racc. 2002 I-11779; C-168/01, *Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën*, Racc. 2003, I-9409; C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Racc. 2005, I-0000.

<sup>13</sup> C-446/03, *Marks & Spencer plc c. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Racc. 2005, I-0000; C-152/03, *Ritter-Coulais c. Finanzamt Germersheim*, Racc. 2006, I-0000.

<sup>14</sup> C-9/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant*, Racc. 2004, I-2431; C-470/04, *N. c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, Racc. 2006, I-0000.

<sup>15</sup> C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steifurt*, Racc. 2002, I-11779; C-168/01, *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, Racc. 2003, I-9409; C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, Racc. 2007, I-0000.

<sup>16</sup> C-294/97, *Eurowings Luftverkehrs AG c. Finanzamt Dortmund-Unna*, Racc. 1999, I-7447; C-196/04, *Cadbury Schweppes plc e Cadbury Schweppes Overseas Ltd*, Racc. 2006, I-0000.

<sup>17</sup> C-240/90, *Hanns-Martin Bachmann c. Regno del Belgio*, Racc. 1992, I-249; C-136/00, *Rolf Dieter Danner*, Racc. 2002, I-08147.

<sup>18</sup> C-279/93, *Finanzamt Köln-Altstadt c. Schumacker*, Racc. 1995, I-225; C-80/94, *G. H. E. J. Wielockx c. Inspecteur der directe belastingen*, Racc. 1995, I-2493; C-107/94, *P. H. Asscher c. Staatssecretaris van Financiën*, Racc. 1996, I-3089; C-87/99, *Patrick Zurstrassen c. Administration des Contributions Directes*, Racc. 2000, I-3353; C-385/00, *F. W. L. de Groot c. Staatssecretaris van Financiën*, Racc. 2002, I-11819; C-234/01, *Arnoud Gerritse v. Finanzamt Neukölln-Nord*, Racc. 2003, I-5933; C-169/03, *Florian W. Wallentin*, Racc. 2004, I-6458.

<sup>19</sup> 270/83, *Commissione europea c. Francia*, Racc. 1986, 273; C-330/91, *The Queen c. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, Racc. 1993, I-4017; C-250/95, *Futura Participations S.A. e Singer c. Administration des contributions*, Racc. 1997, I-2471; C-311/97, *Royal Bank of Scotland c. Elliniko Dimosio*, Racc. 1999, I-2651; C-307/97, *Compagnie de Saint Gobain, Zweigniederlassung Deutschland c. Finanzamt Aachen-Innenstadt*, Racc. 1999, I-6161.

Tuttavia, nonostante un numero assai elevato di decisioni della C. giust. CE, non è sempre facile capire come le libertà, espresse a grandi linee nel Trattato CE, si applichino nel complesso settore della legislazione tributaria. La maggior parte delle decisioni della Corte sono molto recenti, continuano ad evolversi e generalmente riguardano disposizioni fiscali peculiari a singoli Stati membri. Di conseguenza, per i contribuenti, ma anche per le amministrazioni fiscali o i tribunali nazionali, non è particolarmente facile capire tutte le implicazioni giuridiche che discendono da tali sentenze della Corte o trasporle idealmente in un contesto diverso o più ampio.

La maggior parte delle decisioni della C. giust. CE, relative alla fiscalità diretta, sono state prese a chiusura di procedimenti di pronuncia pregiudiziale – vale a dire, per rispondere ai quesiti formulati alla Corte dalle istanze giurisdizionali degli Stati membri.

Normalmente, tali casi riguardano specifici contribuenti che si trovano in ben determinate circostanze di fatto<sup>20</sup>. Ovviamente, poi, questi casi riguardano l'ordinamento fiscale di un particolare Stato membro (comprendendo in tale concetto anche il suo *network* di convenzioni fiscali). Di conseguenza, la necessaria interpretazione delle decisioni della Corte di giustizia – indispensabile per ricavarne quei principi generali che ne permetterebbero un'adeguata trasposizione in giurisdizioni diverse – necessita di ragionamenti giuridici piuttosto sofisticati e presenta evidenti difficoltà pratiche. In dottrina si sono aperte accalorate discussioni su come l'ordinamento giuridico interno dei diversi Stati membri dovrebbe essere modificato per conformarsi a tali sentenze<sup>21</sup>.

Dal punto di vista della Commissione, si manifesta come inevitabile una profonda riflessione orientativa sui principi che discendono dalle decisioni della Corte e su come queste si applichino nei principali settori della fiscalità diretta. Sembra in particolare evidente che l'elaborazione di linee-guida promuoverebbe una maggior certezza del diritto a tutto vantaggio dei contribuenti, delle amministrazioni fiscali e degli stessi tribunali nazionali.

Occorre trovare delle soluzioni che assicurino un trattamento fiscale transfrontaliero coerente. L'esperienza insegna che non è sempre possibile mettere in atto, in modo coerente od ottimale, l'obbligo di non discriminazione utilizzando esclusivamente misure unilaterali. Se si guarda quanto avvenuto recentemente negli Stati Membri, è facile constatare che, in alcuni casi, gli Stati membri hanno offerto risposte unilaterali, eliminando totalmente le agevolazioni fiscali originariamente riservate ai soli soggetti nazionali o estendendo i requisiti richiesti per le situazioni transfrontaliere anche alle situazioni puramente nazionali, laddove ciò non era auspicabile o ragionevole in termini di politica fiscale<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Per il vero, le controversie di gruppo del sistema giudiziario britannico sembrano rappresentare un'eccezione a questa regola. Per i tribunali britannici è, infatti, possibile, emettere un'ordinanza comune, raggruppando casi simili (*group litigation order*) relativi all'interpretazione della legislazione comunitaria e formulare questioni preliminari generali a titolo di test (*test claimants case*).

<sup>21</sup> Per tutti, v., a titolo d'esempio, H. VAN DEN HURK, *Cross-Border Loss Compensation – the ECJ's Decision in Marks & Spencer and How It was Misinterpreted in the Netherlands*, in "Bulletin for International Taxation", 2006, 5, p. 178-186.

<sup>22</sup> Si pensi, ad esempio, alle modifiche legislative intervenute nella maggior parte degli Stati membri, estendendo la normativa sulla sottocapitalizzazione a situazioni meramente interne a seguito della sentenza nella causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst GmbH c. Finanzamt Steifurt*, cit.

Come ha giustamente osservato l'Avvocato Generale Geelhoed nelle sue conclusioni nella causa *Thin-Cap Group Litigation*, tutto questo va in direzione opposta agli interessi del Mercato interno e mette in pericolo la competitività delle economie degli Stati membri<sup>23</sup>.

Le decisioni del giudice comunitario esigono un trattamento fiscale identico per le situazioni puramente nazionali e per quelle transfrontaliere. Si noti che questo principio resta valido anche nei casi in cui uno Stato membro non eserciti la propria giurisdizione fiscale su tutti gli aspetti rilevanti dell'attività del contribuente o dell'attività delle sue entità associate<sup>24</sup>. Un adeguamento non coordinato ed unilaterale delle legislazioni fiscali degli Stati membri ai requisiti richiesti dalla Corte rischia di creare nuove opportunità di pianificazione fiscale all'interno dell'Unione europea. Può altresì causare situazioni involontarie di non imposizione o di evasione fiscale.

Secondo quanto annunciato nella citata Comunicazione del dicembre scorso, la Commissione – avendo ben presenti le circostanze appena evocate – nelle sue presenti e future proposte di soluzioni coordinate è intenzionata a tener conto sia delle esigenze del Mercato interno che degli interessi fiscali degli Stati membri.

L'eliminazione della doppia imposizione nel Mercato interno è espressamente prevista dall'articolo 293 del Trattato CE. La doppia imposizione internazionale è un ostacolo importante all'attività economica e agli investimenti transfrontalieri nell'Unione. Alla base di qualsiasi soluzione coordinata non può pertanto che esservi la sua eliminazione. Per definizione, quando un contribuente è soggetto a più di una giurisdizione fiscale può prodursi una doppia imposizione internazionale. È il classico esempio di ostacolo al Mercato interno derivante dalla mancanza di coordinamento tra i sistemi fiscali nazionali. Si tratta di un ostacolo che può essere risolto soltanto attraverso la cooperazione tra Stati membri.

Inoltre, come si è già detto, occorre tener presente che l'obiettivo principale di qualsiasi regime fiscale è riscuotere entrate sufficienti a finanziare servizi pubblici e trasferimenti sociali. Ciò dovrebbe avvenire in modo quanto più efficace possibile. Purtroppo l'esistenza di sistemi fiscali distinti può comportare costi che incidono significativamente sulla loro efficienza amministrativa. Ad esempio, la presenza di più sistemi fiscali significa dover far fronte a molteplici esigenze formali. Oltre alle problematiche legate all'allocatione delle basi imponibili attraverso le complesse regole in materia di *prezzi di trasferimento*, la necessità di non obbligare le imprese multinazionali a dover fare i conti con 27 diversi sistemi fiscali è stato il fattore che ha influito in maniera decisiva sulla scelta della Commissione di definire una *base comune consolidata* per le imprese.

Questa situazione impedisce una più efficiente distribuzione delle risorse. In effetti, una conseguenza del moltiplicarsi dei costi amministrativi, e più in generale

<sup>23</sup> “Tale estensione della legislazione a situazioni del tutto estranee alla sua ratio per scopi meramente formali, che determina un notevole aggravio degli oneri amministrativi a carico delle società e delle autorità fiscali, è del tutto inutile e, anzi, controproducente in termini di efficienza economica. In quanto tale, essa è pernicioso per il Mercato interno”; conclusioni dell'Avvocato Generale Geelhoed, del 29 giugno 2006, relative alla causa C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation c. Commissioners of Inland Revenue*, punto 68.

<sup>24</sup> V. le già citate cause C-168/01, *Bosal Holding BV c. Staatssecretaris van Financiën*, Racc. 2003, I-09409; C-446/03, *Marks & Spencer plc p. David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, Racc. 2005, I-10837 e C-319/02, *Petri Manninen*, Racc. 2004, I-7498.

delle svariate forme di “costi fiscali aggiuntivi” (il rischio di doppia imposizione, i costi di tipo fiscale legati alle operazioni di effettivo *business restructuring* e le importanti differenze tra le norme fiscali degli Stati membri) è che le imprese preferiscono operare nel loro paese piuttosto che in un altro Stato membro. Si tratta di gravi ostacoli che impediscono di sfruttare appieno i benefici di un Mercato interno competitivo. L'eliminazione di tali barriere fiscali consentirebbe di creare nuove opportunità, soprattutto per coloro che si affacciano per la prima volta sul mercato e per le piccole e medie imprese, aumentando la concorrenza e stimolando la competitività del settore produttivo dell'U.E.<sup>25</sup>.

A questo punto, secondo la Commissione, sarebbe auspicabile procedere ad un esame più generale del modo in cui potrebbero essere ridotti i costi di conformità transfrontalieri<sup>26</sup>. Sarebbe altresì importante vedere in quale modo possono essere attuate delle procedure semplificate per le persone fisiche e le piccole e medie imprese, utilizzando, in particolare, una cooperazione amministrativa tra Stati membri sempre più efficace. A questo proposito non va tralasciato che la Commissione europea, cosciente dei tempi richiesti dalla complessità del progetto CCCTB, ha indicato un metodo sperimentale (la cd. *Home State Taxation*) per favorire l'integrazione – a breve termine – delle piccole e medie imprese nel Mercato interno, incoraggiando gli Stati membri a considerare tale iniziativa con spirito costruttivo ed aperto<sup>27</sup>. L'azione di coordinamento qui descritta è strettamente collegata a questa riduzione dei costi di conformità ed alla semplificazione delle procedure.

La Comunicazione sul coordinamento delle politiche fiscali nazionali, adottata nel dicembre scorso, rappresenta il quadro generale della nuova azione comunitaria ed è stata immediatamente seguita da due ulteriori comunicazioni, più prettamente di tecnica fiscale, adottate lo stesso giorno, che costituiscono i primi concreti esempi di come, con l'aiuto della Commissione, si potrebbe sviluppare la cooperazione fiscale tra Stati membri. Le due comunicazioni tecniche presentano piste per un possibile adeguamento dei sistemi fiscali nazionali, al fine di renderli conformi ai requisiti richiesti dal Trattato CE – così come interpretato dalla Corte – in materia di perdite transfrontaliere e tassazione in uscita (*exit taxes*)<sup>28</sup>. In tali documenti la Commissione ha avanzato proposte concrete per mettere in atto le decisioni della C. giust. CE utilizzando soluzioni coordinate. In tutte le comunicazioni la Commissione ha sottolineato l'esigenza, non soltanto di eliminare ogni forma non consentita di

<sup>25</sup> COM (2005) 532, *cit.*, p. 4.

<sup>26</sup> Merita di essere sottolineato l'ottimo lavoro svolto dal Forum congiunto sui prezzi di trasferimento (JTPF - *Joint Transfer Pricing Forum*), principalmente mirato a trovare soluzioni che consentano di alleviare i costi legati alla complessa applicazione delle regole in materia di prezzi di trasferimento. V. J.-M. VAN LEEUW - W. BÜTTNER - E. MORRIS, *EU Transfer Pricing Documentation - Proposal for a Code of Conduct*, in “World Finance”, 2006, 2/3, 64.

<sup>27</sup> V. COMMISSIONE EUROPEA, *Lotta contro gli ostacoli connessi alla tassazione delle società incontrati dalle piccole e medie imprese nel Mercato interno - Descrizione di un eventuale regime pilota basato sul criterio della tassazione dello Stato di residenza*; COM (2005) 702 del 23 dicembre 2005.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato Economico e Sociale europeo sul *Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere*, COM (2006) 824; Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato Economico e Sociale europeo sulla *Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati membri*; COM (2006) 825, entrambe del 21 dicembre 2006.

discriminazione, ma anche di impedire abusi fiscali da parte dei contribuenti. Per fare un esempio concreto, la decisione di sospendere la riscossione delle *exit taxes*, fintanto che i profitti non sono effettivamente realizzati, richiede una stretta collaborazione tra le amministrazioni fiscali degli Stati membri. Ben inteso, il coordinamento coinvolge anche l'attività delle amministrazioni fiscali di quegli Stati membri che non applicano alcuna *exit tax*.

La Comunicazione sulla "tassazione in uscita" è probabilmente un esempio ideale per spiegare il funzionamento del metodo di coordinamento. Nella decisione adottata nella causa C-470/04 (N)<sup>29</sup>, la Corte di giustizia ha detto che l'*exit tax* è consentita soltanto qualora sia riscossa al momento della realizzazione effettiva della plusvalenza dopo l'avvenuto cambio del domicilio fiscale ed a condizione che la valutazione dell'imposta dovuta prenda in debito conto un'eventuale intervenuta diminuzione dei valori dell'attivo.

Per gli Stati membri, per ragioni diverse, conformarsi a questi principi richiede un'azione collettiva. Innanzi tutto vi è un'evidente esigenza di rafforzare la cooperazione in materia di scambio d'informazioni, assistenza alla riscossione e recupero dei crediti fiscali, tra lo Stato dell'attuale domicilio fiscale del contribuente beneficiario della plusvalenza (potenziale o effettivamente) realizzata e quello della sua precedente residenza. A questo proposito, occorre osservare che vi è un'esigenza di cooperazione indirizzata anche agli Stati membri che non applicano alcuna tassazione in uscita. In secondo luogo, nel caso in cui gli Stati in questione vogliano entrambi tassare la plusvalenza realizzata dal contribuente al momento del trasferimento della proprietà, sorge un problema di doppia imposizione, che deve essere eliminato al fine di evitare un ostacolo alla libera circolazione nel Mercato interno.

La Commissione sta attualmente preparando alcune ulteriori comunicazioni di natura tecnica relative ad altri settori nei quali vi è una simile esigenza di coordinamento; per esempio, in materia di clausole anti-elusive e ritenute alla fonte<sup>30</sup>.

Si tratta, in sostanza, di una tappa evolutiva della *strategia a due livelli* proposta dalla Commissione nella sua Comunicazione dell'ottobre 2001<sup>31</sup>, articolata in un'azione a breve termine, sotto forma di misure mirate, e l'avvio contemporaneo di un ampio dibattito su misure globali più ambiziose. L'obiettivo principale resta – ora come allora – quello di offrire alle imprese dell'U.E. una base imponibile consolidata per le loro attività di dimensioni comunitarie, ma, come si è già detto, non è il solo traguardo a lungo termine.

A questo proposito, un attento osservatore dell'evoluzione delle politiche fiscali comunitarie, ha fatto recentemente notare che, tra gli obiettivi a lungo termine della Commissione, non risulterebbe più l'eventuale conclusione di una convenzione multilaterale contro le doppie imposizioni o di un modello di convenzione fiscale concordato a livello dell'U.E.<sup>32</sup>. Una tale soluzione potrebbe offrire una risposta

<sup>29</sup> C-470/04, N. c. *Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*, cit.

<sup>30</sup> V. la più volte citata Comunicazione quadro in materia di coordinamento; COM (2006) 823, 7-8.

<sup>31</sup> Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo ed al Comitato Economico e Sociale europeo *Verso un Mercato interno senza ostacoli fiscali*, COM (2001) 582 del 23.10.2001, in particolare, punto 6, pag. 21.

<sup>32</sup> P. PISTONE, *Expected and Unexpected Developments of European Integration in the Field of direct Taxes*, in *Intertax*, 2007, 2, 70.

comunitaria ai problemi “triangolari”<sup>33</sup> – ad oggi difficilmente risolvibili sul piano puramente bilaterale – e rappresenterebbe, in ogni caso, una significativa semplificazione a livello di Mercato interno, rispetto all’attuale *network* convenzionale tra Stati membri, che conta ormai più di 300 accordi bilaterali contro la doppia imposizione, in alcuni casi significativamente diversi gli uni dagli altri. In realtà, come è stato autorevolmente ribadito<sup>34</sup>, nella strategia di lungo termine, una tale possibile soluzione non è stata per nulla esclusa.

Tuttavia, a seguito degli incontri preliminari avuti con i rappresentanti degli Stati membri nel 2005 e nel 2006, anche in questo caso, si è preferito puntare su una *strategia a due livelli*. Nel breve periodo, oltre alle già indicate proposte tecniche, che dovranno necessariamente fare i conti con le clausole delle convenzioni fiscali esistenti<sup>35</sup>, già l’anno prossimo, la Commissione è intenzionata a presentare una proposta per introdurre meccanismi tali da rendere efficaci le procedure amichevoli delle convenzioni bilaterali tra Stati membri, al fine di assicurare un’effettiva eliminazione della doppia imposizione, così come richiesto dall’articolo 293 dello stesso Trattato CE<sup>36</sup>.

Il complesso esame con gli Stati membri di queste proposte condizionerà necessariamente la tempistica di ogni iniziativa legislativa di più ampio respiro, ispirata alle ipotesi evocate nella citata Comunicazione del 2001 (per esempio, il modello europeo di convenzione fiscale). Ciò non impedirà tuttavia che, la Commissione, fornendo orientamenti in merito all’interpretazione della giurisprudenza della C. giust. CE, possa altresì suggerire modifiche alle clausole delle convenzioni fiscali, qualora un quadro legislativo bilaterale sia ritenuto più idoneo ad implementare correttamente i principi formulati dalla Corte in materia di non-discriminazione e libertà fondamentali.

#### 4. Vantaggi del nuovo approccio metodologico

Questa nuova strategia, ovviamente, è atta a favorire l’impegno che gli Stati membri approfondono al fine di rendere i loro sistemi fiscali conformi ai principi del Trattato CE, in materia di fiscalità diretta. Risponde altresì all’esigenza di assicurare

<sup>33</sup> Quando più di due Stati membri sono coinvolti nell’operazione transfrontaliera. Si pensi al classico caso di una succursale di un’impresa dello Stato A, situata nello Stato B, che riceve redditi da capitale (royalties, dividendi o interessi) da un’impresa dello Stato C.

<sup>34</sup> V. l’intervento del direttore della Commissione europea, incaricato del coordinamento delle politiche fiscali, M. Aujean all’annuale conferenza della *Confédération Fiscale Européenne*, tenutasi a Bruxelles, il 19 aprile 2007.

<sup>35</sup> Si pensi, ad esempio, alle possibili evoluzioni della proposta, sopra citata, sulle *exit taxes*, che esamina l’articolo 13 del Modello di convenzione OCSE sulla doppia imposizione e le regole d’imposizione ivi indicate in caso di alienazione di pacchetti azionari.

<sup>36</sup> Tale proposta – che chiederà agli Stati membri di affidarsi ad un arbitrato indipendente, vincolante, in caso di un mancato accordo al termine della procedura amichevole – sarà, probabilmente, in parte basata sugli analoghi lavori svolti dal Comitato Affari Fiscali dell’OCSE. Tali lavori però, almeno allo stato attuale, prevedono la procedura arbitrale come una semplice opzione. V. il comunicato stampa *Arbitration to be an option in cross-border tax disputes, OECD countries agree* del 7.2.2007, reperibile sul sito web dell’OCSE ([www.oecd.org](http://www.oecd.org)).



un alto livello di certezza giuridica nell'Unione. Va, infatti, osservato che in alcuni Stati membri, i tribunali nazionali prestano seria attenzione alle comunicazioni della Commissione ed i contribuenti possono efficacemente basare le loro argomentazioni in giudizio su questo tipo di *soft law*. Questa prassi giudiziaria può dunque contribuire ad accelerare le procedure contenziose, evitando, al tempo stesso, inutili questioni preliminari alla Corte di giustizia europea. È possibile, infatti – almeno in alcuni Stati membri – che i giudici nazionali, avendo l'opportunità di utilizzare le comunicazioni della Commissione nel corso di cause pendenti in materia di fiscalità diretta, non ritengano più di dover richiedere una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia europea.

La Comunicazione può dunque servire, non in quanto fonte del diritto comunitario, ma, piuttosto, come elemento interpretativo per chiarire l'esatta portata dei principi del Trattato CE. Occorre sottolineare che si tratterebbe di elementi interpretativi redatti dalla stessa istituzione comunitaria che *vigila sull'applicazione delle disposizioni del Trattato e delle disposizioni adottate dalle istituzioni in virtù del Trattato stesso* (Trattato CE, Articolo 211, primo capoverso).

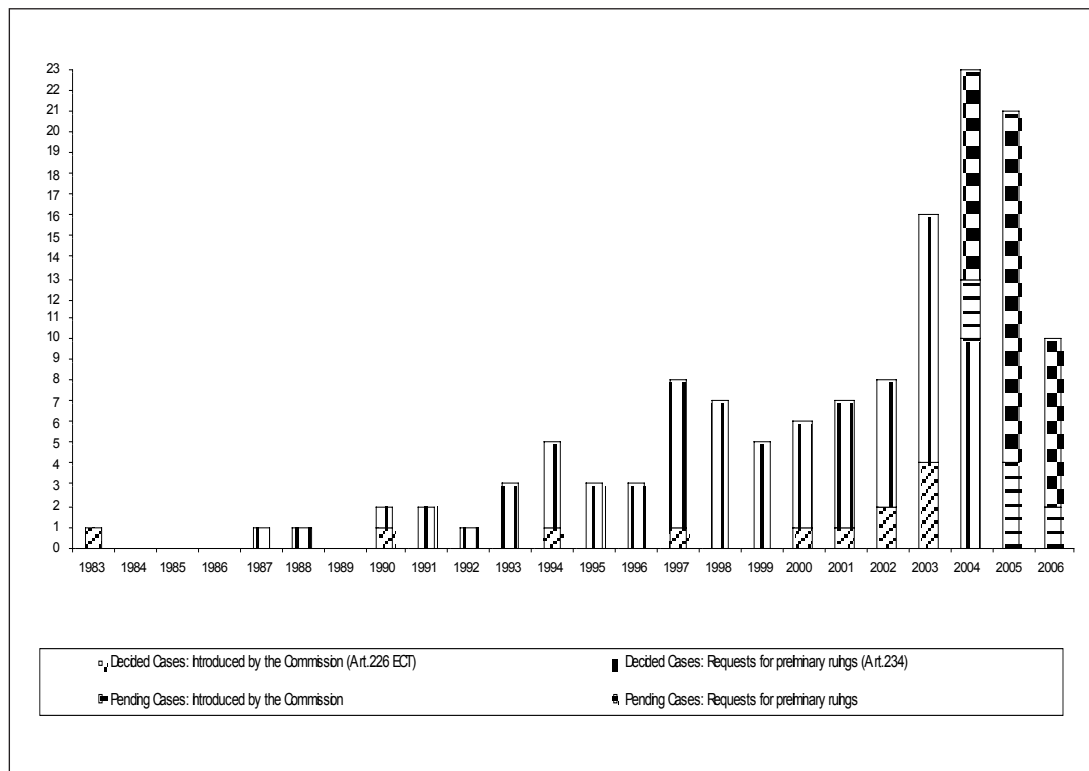
Sarebbero soprattutto le giurisdizioni di prima istanza a poter beneficiare pienamente di questo nuovo strumento interpretativo. Come è infatti noto, queste ultime – poiché il loro giudizio è appellabile – ai sensi dell'Articolo 234 del Trattato CE, non hanno alcun obbligo giuridico di rivolgersi alla Corte di giustizia.

Le prossime comunicazioni della Commissione, già annunciate nel quadro della nuova strategia di coordinamento, saranno particolarmente utili anche per i legislatori nazionali. Così come anticipato nella Comunicazione-quadro sul coordinamento, esse assicureranno un'analisi – a livello di principi – della giurisprudenza della Corte. Tutte le sentenze della C. giust. CE, inevitabilmente, sono legate in modo precipuo a circostanze di fatto e di diritto relative al sistema fiscale in esame. La Commissione intende estrapolare, da tale giurisprudenza, dei principi generali al fine di consentire ai legislatori nazionali di trasporli, in modo più agevole, nel loro ordinamento. Tutto ciò dovrebbe contribuire ad evitare inutili controversie tra contribuenti e amministrazioni fiscali, che, come mostrano i dati economici, sono, di gran lunga, più costose per il gettito nazionale di un'azione coordinata di messa in conformità<sup>37</sup>.

Nel quadro costituzionale comunitario spetta alla Commissione proporre misure di integrazione positiva o stimolare la cooperazione interstatale. Ora è il turno degli Stati membri – ed in particolare delle prossime presidenze del Consiglio: Portogallo e Slovenia – di recepire questo messaggio, assumendo una posizione aperta e responsabile, al fine di garantire un sempre miglior funzionamento del Mercato interno.

<sup>37</sup> Vale la pena di notare che la dottrina europea ha indicato un alto numero di disposizioni delle legislazioni tributarie nazionali che, essendo potenzialmente incompatibili con il Trattato CE, potrebbero essere presto oggetto di future controversie. A questo proposito, si rinvia agli atti del recente Congresso della Fédération Internationale pour le Droit Européen (FIDE): P. FARMER, A. ZALASINSKI, *General Report* [in:] *Direct tax rules and the EU fundamental freedoms: origin and the scope of the problem; National and Community responses and solutions*. FIDE 2006 Annual Congress, (ed) X. L. Xenopoulos, Nicosia 2006, pagg. 399-434 e, in particolare, l'Allegato con la rassegna completa delle Relazioni nazionali, pagg. 411-434.

**Tabella 1 – Number of cases indirect taxation decided by or pending before the ECJ  
(by year of reference to the Court)**



Fonti: C. giust. CE ([www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) e Commissione Europea ([www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu)).

Tabella 2 – Imposizione sulle società nell'U.E. - 2003 e 2004

Paese	Aliquota massima legale d'imposta, 2003	Aliquota massima legale d'imposta, 2004	Aliquote d'imposta implicite sul reddito delle società, 2003	Imposta sul reddito delle società in % del PIL, 2003	Imposta sul reddito delle società in % dell'imposizione totale, 2003
Germania	39,6	38,3		0,8	1,9
Italia	38,3	37,3	18,3	2,2	5,2
Francia	35,4	35,4	24,1	2,2	5,0
Grecia	35,0	35,0	20,1	3,3	9,1
Spagna	35,0	35,0	25,7	3,3	9,3
Paesi Bassi	34,5	34,5	20,2	3,2	8,1
Austria	34,0	34,0	16,6	2,3	5,2
Belgio	34,0	34,0	18,5	2,9	6,4
Portogallo	33,0	27,5	19,0	3,2	8,7
Lussemburgo	30,4	30,4		7,9	19,1
Regno Unito	30,0	30,0	14,9	2,7	7,6
Danimarca	30,0	30,0	15,3	2,8	5,7
Finlandia	29,0	29,0	19,2	3,5	7,7
Svezia	28,0	28,0	19,5	2,4	4,7
Irlanda	12,5	12,5		3,8	12,8
<b>U.E.-15 (media aritmetica)</b>	<b>31,9</b>	<b>31,4</b>	<b>19,3</b>	<b>3,1</b>	<b>7,8</b>
Malta	35,0	35,0		4,7	13,9
Repubblica Ceca	31,0	28,0	32,6	4,6	12,8
Polonia	27,0	19,0		2,2	6,1
Estonia <sup>1)</sup>	26,0	26,0	8,3	1,7	5,1
Slovenia	25,0	25,0		1,9	4,7
Repubblica Slovacca	25,0	19,0	29,2	2,8	9,3
Ungheria	19,6	17,6		2,2	5,7
Lettonia	19,0	15,0		1,5	5,1
Cipro	15,0	15,0		4,4	13,1
Lituania	15,0	15,0	5,7	1,4	4,9
<b>U.E.-10 (media aritmetica)</b>	<b>23,8</b>	<b>21,5</b>	<b>19,0</b>	<b>2,7</b>	<b>8,1</b>
<b>U.E.-25 (media aritmetica)</b>	<b>28,7</b>	<b>27,4</b>	<b>19,2</b>	<b>3,0</b>	<b>7,9</b>

Nota 1) Gli utili non distribuiti non sono tassati.

Fonte: Structures of taxation in the European Union, Commissione europea, Edizione 2005.

Tabella ripresa dagli allegati al parere esplorativo (ECO/165) del 21 febbraio 2006 del Comitato Economico e Sociale.









