



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

3
2007
settembre/dicembre

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO

LIBRERIA DELLO STATO



Sezione I - Dottrina

Section I - Academic essays

- **Wolfgang SCHÖN**
 - In Memoriam Klaus Vogel* 5
 - In Memoriam Klaus Vogel* 11
- **Enrico FAZZINI**
 - The right to deduct and passing on of VAT within the EU context* 17
 - Il meccanismo della detrazione e della rivalsa dell'IVA in ambito UE* 41
- **Alberto Comelli**
 - The carrying out of business activities: a requirement for the application of the value added tax* 67
 - L'esercizio di impresa quale elemento soggettivo della sfera di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto* 81
- **Mario Spera**
 - Intra-Community VAT: the definitive system and its implications* 97
 - IVA intracomunitaria e problematiche connesse al passaggio al regime definitivo* 107
- **Roberto Michieletto**
 - VAT harmonization in Europe and new proposals for amendments to Directive 112/2006/EC* 117
 - Armonizzazione dell'IVA in Europa e nuovi progetti di modifica della Direttiva IVA 112/2006/EC* 123
- **Stefano Ducceschi**
 - The Tax Representative in Community law* 131
 - La normativa comunitaria in tema di Rappresentante Fiscale* 135
- **Giancarlo Cervino**
 - VAT and E-commerce* 139
 - IVA e commercio elettronico* 143
- **Fabrizio Amatucci**
 - The interpretation of the Sixth VAT Directive and the state-of-the-art harmonization of intra-Community VAT* 147
 - Problemi interpretativi della sesta direttiva e stato di armonizzazione dell'IVA in ambito comunitario* 157

Sezione II - Documenti commentati

Section II - Commented documents

- **European Court of Justice – Great Chamber – Judgement of 14 November 2006 - Case C-513/04 – Skouris, President – Rosas, Rapporteur**
Income tax – Dividends – Tax burden on dividends from shareholdings in companies established in another Member State – No possibility in the State of residence to set off income tax levied at source in another Member State 169
- **Olimpia Esposito De Falco**
Double taxation of dividends: it is possible to disallow deduction of withholding taxes 169
- **Corte di Giustizia delle Comunità europee – Grande Sezione – Sentenza 14 novembre 2006 - Causa C-513/04 - Pres. Skouris - Rel. Rosas**
Imposta sul reddito – Dividendi – Onere d'imposta sui dividendi derivanti dalle azioni detenute in società stabilite in un altro Stato membro – Mancata imputazione nello Stato di residenza dell'imposta sul reddito prelevata alla fonte in un altro Stato membro 177
- **Olimpia Esposito De Falco**
Doppia tassazione dei dividendi: ammessa la mancata deduzione delle ritenute pagate 177
- **Italy – Revenue Agency (Agenzia delle Entrate) – Resolution no. 57/e of 22 March 2007**
Request for a ruling under Article 11 of Law no. 212 of 27 July 2000 n. 212 – IRPEF (Personal Income Tax) – Taxable base – Domestic transfer of controlling holdings – Arm's length value – Article 177, paragraph 2, of Presidential Decree (D.P.R.) No. 917 of 22 December 1986. 187
- **Francesco Amyas d'Aniello**
Exchange of shares: a tax avoidance practice in Community law and domestic law 187
- **Italia – Agenzia delle Entrate – Risoluzione n. 57/e del 22 marzo 2007**
Istanza di interpello ex art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212 – IRPEF – Base imponibile – Conferimento domestico di partecipazioni di controllo – Valore normale - Art. 177, comma 2, d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917. 199
- **Francesco Amyas d'Aniello**
Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno 199

- **Italy – Commissione Tributaria Provinciale di Roma
(Provincial Tax Court of Rome) – Chamber 44 – Judgement
no. 144/44/2007 of 6 July 2007**
*Controlled Foreign Companies – CFC provisions – Article 127-bis
(now 167), paragraph 5 of the Italian Consolidated Text on Income Taxes
(T.U.I.R.) No. 917/86 – Ruling on the application of CFC exemptions
Article 19, paragraph 1 of Legislative Decree No 546/92 – List of appealable
decisions before tax courts – No indication of ruling under Article 167
– Not appealable
Effects of the ruling – Advisory function of the tax administration –
Interlocutory nature of the ruling – Errors in the ruling are appealable
only with the appeal against the notice of assessment, if any* 211
- **Ciriaco R. Petrillo**
The rejection of CFC exemptions 211
- **Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Roma – Sezione
44 - Sentenza 144/44/2007 del 6 luglio 2007**
*Disciplina in materia di CFC (Controlled Foreign Companies)
- Articolo 127-bis (ora 167), comma 5, del Tuir n. 917/86
– Interpello per la dimostrazione delle esimenti previste dalla
legge.
Articolo 19, comma 1, del D.Lgs. n. 546/92 – Elenco degli atti
impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie – Mancata menzione
dell'interpello ex articolo 167 – Inammissibilità del ricorso.
Effetti della risposta all'interpello – Espressione di una funzione
consultiva svolta dall'Amministrazione finanziaria – Carattere
puramente interlocutorio – Impugnabilità dei relativi vizi in
sede di impugnazione dell'eventuale atto di accertamento.* 221
- **Ciriaco R. Petrillo**
Il diniego di disapplicazione nella disciplina CFC 228

Sezione III - Appunti e rassegne Section III - Notes and survey

- **Jacques Malherbe et Philippe Malherbe**
*Les prix de transfert des actifs immatériels et l'attribution du revenu à un
contribuable: les sujets généraux du 61ème Congrès International
de l'International Fiscal Association (Kyoto – 1er-5 Octobre 2007)* 239
*I prezzi di trasferimento dei beni immateriali e l'attribuzione
del reddito: temi generali del 61° Congresso Internazionale IFA
- International Fiscal Association (Kyoto – 1-5 Ottobre 2007)* 251
- **Juan Salvador Pastoriza Vázquez**
The Transitional Period Of The Savings Directive (Abstract) 263
Il periodo transitorio nella direttiva risparmio 265

SEZIONE I

DOTTRINA

Academic essays



Prof. Klaus Vogel
(Hamburg, 1930 - Munich, 2007)

In Memoriam Klaus Vogel

Wolfgang Schön

On January 23rd 2008, at a memorial service in Munich's St Mark's Church, the German and international tax world took leave of *Klaus Vogel*, one of the leading academics of the 20th century in the field of international tax law. Speakers at the ceremony included the Dean of Munich's Law Faculty, *Ulrich Schroth*; *Vogel's* successor at the chair for German and international tax law, *Moris Lehner*; the former judge of Germany's Constitutional Court, *Paul Kirchhof*, who had been the first academic disciple of the deceased; and the former President of the Max Planck Society, *Hans Zacher*, who spoke on behalf of the close personal friends of *Klaus Vogel*. Throughout their addresses, a deep personal relationship to *Vogel* and a widespread respect for his academic achievements was palpable. Besides friends and family, professors and practitioners from all parts of Germany and beyond participated in the service.

In order to grasp the deep impact *Klaus Vogel* achieved in the national and international tax world, one has to consider his personal background and development. He was born on December 9, 1930, during the last years of the Weimar Republic, being the only child of a working class couple from Hamburg. His father was a printer and a social activist who resisted *Hitler's* regime from the start. *Vogel's* family survived the war wishing for success of the Allied forces against the Nazi regime; their own home town was destroyed in 1944. When the war finally ended in 1945, *Klaus Vogel* had learned two lessons which he would never forget: In international relations, peace should prevail, and in the domestic setting, social justice should be paramount.

Vogel studied law at Hamburg University where he met his mentor *Gerhard Wacke* who supervised his doctoral thesis on public enterprises in German administrative law¹. This book was the starting point of an impressive career in German constitutional and administrative law. In his post-doctoral thesis (*Habilitation*) on the "territorial scope of administrative law"² he entered the domain of international public law, mastered highly technical and theoretical fundamentals and made himself known as one of the leading academics in this field. For a broader audience even more successful was his inaugural lecture as a faculty member in Hamburg on the policy of the new German Constitution to be prepared for international cooperation³. In this lecture, he coined the term "open stateness", which was meant to overcome the traditional inward-looking perspective constitutional lawyers in Germany used when they defined the contours of the state and the government. *Vogel* was aware that Germany and the

¹ KLAUS VOGEL, *Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, Hamburg, 1959.

² KLAUS VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen Verwaltungs-und Steuerrechts*, Frankfurt am Main/Berlin, 1965.

³ *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, 1964.

other countries of Europe could not revert to pre-war interaction, that they needed new instruments to cooperate, to bind their fates together and to avoid any new major conflict on European soil. He accepted the establishment of the European Communities in 1957 as a means to strengthen this cooperation and he perceived a new and growing role for international treaties as a means for peaceful interdependence. The term “open stateness”, he sometimes ironically remarked, has to this day become so successful amongst German constitutional lawyers, that many in the younger generation never even ask who framed it in the first place.

In 1964 *Vogel* was called to a chair at the University of Erlangen-Nuremberg, from where he moved to Heidelberg University in 1966. From then on, the main topics of his academic life came to the surface. He would devote part of his time to the constitutional basis of German tax law, he would expand his writings in the field of international taxation, and he would succeed his teacher *Wacke* as the principal author of a renowned text book on “police law”⁴ (a fact that many of his colleagues in the international tax world were never aware of).

In domestic tax law, *Vogel* was among the first academics to examine the influence of the German constitution, in particular the basic rights, on tax provisions. This was much more than a theoretical exercise. Well into the 1960s, tax law in Germany had been governed by technical experts who were able to steer the fiscal effects of taxation but did not care so much about the inherent problems of equity and taxpayer protection. *Vogel* made clear that the overarching framework of the constitution was in the position to inject discipline into fiscal law, to protect taxpayers and to support social justice in the tax world⁵. It was he who first raised the “forgotten question” of tax justification⁶. It was he who pronounced in the 1970s the value of “family rights” in the tax world, pleading for major tax allowances for child-raising parents⁷. It was with deep satisfaction that he witnessed the Constitutional Court following his advice in several landmark judgments of the 1980s and 1990s⁸. He strongly criticised the Court’s lenient approach to retroactive legislation⁹ and he discovered the substantial limitations drawn to the government by the provisions of the Constitution on federal

⁴ DREWS-WACKE-VOGEL-MARTENS, *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, 9th Ed., Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1985.

⁵ KLAUS VOGEL, *Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht*, in FRIAUF (Ed.), *Steuerrecht und Verfassungsrecht, Proceedings of the Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Vol. 12 (1989), p. 123 – 144.

⁶ KLAUS VOGEL, *The Justification for Taxation. A Forgotten Question*, *The American Journal of Jurisprudence* (1988), p. 19 – 59; *Rechtfertigung der Steuern: Eine vergessene Vorfrage*, zugleich zur Heimlichen Steuerrevolte und zum Dreieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft, 25 *Der Staat* (1986), p. 481 – 519.

⁷ KLAUS VOGEL, *Berücksichtigung von Unterhaltspflichten im Einkommensteuerrecht – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.11.1976 und die Zukunft der Familienbesteuerung*, 15 *Deutsches Steuerrecht* (1977), p. 31 – 41; *Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen müssen realitätsgerecht abziehbar sein. Das Bundesverfassungsgericht verschärft seine Rechtsprechung zum Verfassungsprinzip der Leistungsfähigkeit*, 61 *Steuer und Wirtschaft* (1984), p. 197 – 203.

⁸ KLAUS VOGEL, *Kindesunterhalt im Einkommensteuerrecht. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in KIRCHHO-JAKOB-BEERMANN (Ed.), *Steuerrechtsprechung – Steuergesetz – Steuerreform* (1999), p. 47 – 63.

⁹ KLAUS VOGEL, *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, 43 *Juristenzeitung* (1988), p. 833 – 839.

and sub-federal competences in the tax world¹⁰. Yet one should not think of Vogel as a libertarian “freedom fighter” for taxpayers. He was deeply aware of the value of public government, public services and even social redistribution and he supported the view that tax law should play its part in furthering the aims of social justice for society at large¹¹.

His work on international tax law started in the mid 1960s and gained momentum in 1977 when he moved to Munich University in order to set up a research centre for international taxation, including a world-class library in international tax literature. Here he focused on his masterpiece, an academic commentary on the OECD Model Treaty, based on comparative and international tax research, providing in-depth analysis for a world-wide readership. The first edition of the German version was published in 1983, the fifth edition, which was still largely overseen by himself, will be on the market in early 2008¹². He published an English version of this book in 1991¹³, thus finally securing his prominent position in the international tax discourse. Like a central star, this book was surrounded by a huge array of articles, annotations, lectures and presentations which allowed him to refine, improve, expand and update his positions over the years. He participated in so many debates that a famous Dutch colleague once referred to him as the most prominent panel chairman you could find in international taxation, and he taught students in many parts of the world, including Japan, India (where “Klaus Vogel fan clubs” exist), the United States and several European countries.

Klaus Vogel’s approach to international taxation was not a “business perspective” or an “administrative perspective”. His academic rigour did not accept any stance but an impartial one. In this respect, he started with the perception of international tax law as a particular field of application for basic principles of international public law¹⁴. He dwelt on the legal nature of international conventions and emphasised the fundamental issues of tax law interpretation¹⁵. He did not subscribe to the concept of double tax conventions being simply a result of revenue-driven but otherwise unprincipled negotiations between opposing tax authorities. His idea was that international tax treaties help to bring about a coherent international tax order. Against this background, one of his substantial convictions was that the interpretation of international tax provisions should follow a bilateral or even multilateral approach, establishing a common tax language around the world. He abhorred “experts” in international tax law who are not able to read a tax treaty but through the lens of their home jurisdiction. His ideal was “deci-

¹⁰ KLAUS VOGEL, *Finanzverfassung und politisches Ermessen*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Vol. 108, Karlsruhe, 1972.

¹¹ KLAUS VOGEL, *Der Sozialstaat als Steuerstaat*, in RANDELZHOFFER-SÜSS (Ed.), *Konsens und Konflikt: 35 Jahre Grundgesetz* (1986), p. 133 – 138.

¹² KLAUS VOGEL-MORIS LEHNER (Ed.), *DBA. Das OECD-Musterabkommen und die Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, 4th Ed., Munich, 2003.

¹³ KLAUS VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, 3rd Ed., Deventer/Boston, 1997.

¹⁴ KLAUS VOGEL, *Doppelbesteuerungsabkommen als Anwendungsgebiet des allgemeinen Völkervertragsrechts*, in BEYERLIN (Ed.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung* (1995) p. 1143 – 1158.

¹⁵ KLAUS VOGEL, *Doppelbesteuerungsabkommen und ihre Auslegung*, 59 *Steuer und Wirtschaft* (1982), p. 111 – 124; *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, *International Tax and Business Lawyer* (1986), p. 1 – 85; KLAUS VOGEL/RAINER PROKISCH, *Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, *General Report*, CDFI Vol. LXXVIIIa (1993), p. 55 – 85.

sion harmony”¹⁶, i.e. a common transnational understanding of tax rules and principles which would lead a domestic judge to opt for a uniform “cross-border” interpretation of a DTC whenever the leeway for interpretation allows him to do so. Knowledge of foreign judicature and of the international debate would be required from the judiciary in any given country involved in international tax matters. The specific traits of *Klaus Vogel’s* approach to international tax cooperation become evident in this respect: He knew that finding a clear-cut consensus on terminology is at least as important for successful interaction between jurisdictions as broad-brushed political statements. It will not surprise anyone that for *Vogel* the most abominable infringement of this international tax order would be a treaty override which he strongly criticised both from the point of view of international public law and of domestic constitutional law¹⁷.

Nevertheless, *Klaus Vogel* did not hesitate to be explicit on some basic policy questions of international taxation. In the perennial debate of capital import neutrality (CIN) versus capital export neutrality (CEN) he strongly supported the “continental” European position on capital import neutrality. For him, the world-wide assertion of taxing rights by CEN countries is in conflict with the necessity to respect the basic policy decisions of other jurisdictions¹⁸. This is deeply connected with *Klaus Vogel’s* basic assumptions as to the justification to tax in the first place. As taxation – according to the benefit principle – reflects the price for public goods in a jurisdiction it should be up to the democratically elected parliament of every single country to decide on the level of taxation on the one hand and the level of public services on the other hand. Residence countries following the credit method in international taxation do not respect this individual policy of the source country because they raise the tax burden for investments in the other country to the home state level. The argument that a “credit method” will pursue neutrality between domestic and foreign investment more effective than the “exemption method” does not – from *Vogel’s* point of view – give enough regard to the “supply side” of the taxing state, i.e. the collateral provision of public goods by that state.

In the wake of the still ongoing debate on the future of CIN and CEN in the European Community, he expanded his vision of an international tax order into the field of European Community Law¹⁹. After all, like some of his generation from the international tax world, he observed the growing influence of the fundamental freedoms and of harmonisation measures within the European Union with scepticism but did not hesitate to comment explicitly on several developments in this field²⁰.

¹⁶ KLAUS VOGEL, *Über Entscheidungsharmonie*, in KLEIN-STIHL-WASSERMEYER (Ed.), *Unternehmen Steuern*, Cologne (1997), p. 1043 – 1056.

¹⁷ KLAUS VOGEL, *Wortbruch im Verfassungsrecht. Mit einer Bemerkung zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und demokratischem Gesetzgeber*, 52 *Juristenzeitung* (1997), p. 161 – 167 *Tax Treaty Override under International and Constitutional Law – The German Example*, in TADASHI MURAI (Ed.), *Shaping an International Tax Order*, Institute of Legal Studies, Kansai University (1996), p. 71 – 81.

¹⁸ KLAUS VOGEL, *World-Wide vs. Source Taxation of Income – A Revision and Re-evaluation of Arguments*, 16 *Intertax* (1988), p. 216 – 229, 310 – 320, 393 – 402; McLURE-SINN-MUSGRAVE AND OTHERS (Ed.), *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* (1990), p. 117 – 166.

¹⁹ KLAUS VOGEL, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization and Tax Neutrality under European Community Law. An Institutional Approach*, Deventer (1994); *Should Europe Adopt a Uniform Method for the Avoidance of Double Taxation?*, IBFD International Tax Academy, Lecture No. 1, Amsterdam, 1999.

²⁰ KLAUS VOGEL, *Harmonisierung des Internationalen Steuerrechts in Europa als Alternative zur Harmonisierung des (materiellen) Körperschaftsteuerrechts*, 70 *Steuer und Wirtschaft* (1993), p. 380 – 388; *Problems of a Most-Favoured*

Vogel held prominent positions both in his home state and in international tax institutions around the world. He was a member of IFA's Permanent Scientific Committee from 1974 to 1990 and wrote two General Reports for its Annual Congresses (1984 and 1993). He was a member of the OECD Advisory Group on the Model Tax Conventions and an IBFD Consultant on Tax Treaty Projects as well as a Member of the Academia Brasileira de Direito Tributario. He founded the annual Munich Tax Conference ("Münchner Steuerfachtagung") and presided over the German Association of Constitutional Lawyers ("Vereinigung der Staatsrechtslehrer") when German Reunification provided the academic world with one of its strongest challenges. In 1998 he was awarded an honorary doctorate at Vienna Business University which also established an annual lecture series in his honour in 2007.

Klaus Vogel died one day after his 77th birthday. He leaves behind his beloved wife Maya along with five children and seventeen grandchildren. He was a friend to many of us in the international tax world, but not in an extroverted, all-embracing manner. He preferred a certain distance which was meant to secure the personal freedom of himself and his friends, thus allowing them to convene in a truly open-minded and respectful manner. As his old friend Hans Zacher said at the memorial service, Klaus Vogel's way of life and way of thinking was shaped by an aesthetic vision of human coexistence – and I would like to add: a vision which preserves liberty and dignity for each person but also for society at large. Beyond the corpus of masterful writings which will influence our thinking for a long time, this personal style may prove to be his most impressive legacy.

Nation Clause in Intra-EU Treaty Law, 4 EC Tax Review (1995), p. 264 – 265; Editorial: *Some Observations Regarding 'Gilly'*, 7 EC Tax Review (1998), p. 150.

In Memoriam Klaus Vogel

Wolfgang Schön*

Il 23 gennaio 2008, nella chiesa di San Marco a Monaco di Baviera, il mondo fiscale tedesco e internazionale ha dato l'addio a *Klaus Vogel*, tra le figure accademiche più note del XX secolo nel campo della fiscalità internazionale. Alla cerimonia funebre hanno preso la parola il Preside della Facoltà di legge dell'Università di Monaco di Baviera, *Ulrich Schroth*; il successore di *Vogel* per la cattedra di diritto tributario tedesco e internazionale, *Moris Lehner*; l'ex giudice della Corte Costituzionale tedesca, *Paul Kirchhof*, che è stato il primo discepolo di *Vogel* e, infine, l'ex Presidente della Società Max Planck, *Hans Zacher*, intervenuto a nome degli amici intimi di *Klaus Vogel*. Tutti i discorsi hanno rivelato profonde relazioni personali con *Vogel* e un ampio rispetto per i suoi risultati accademici. Oltre agli amici e alla famiglia, hanno partecipato alla cerimonia funebre professori e professionisti provenienti da tutta la Germania.

Per comprendere la profonda influenza che *Klaus Vogel* ha esercitato nel mondo fiscale nazionale e internazionale, occorre tenere in considerazione il suo passato e il suo percorso personale. Era nato il 9 dicembre 1930, negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, unico figlio di una coppia operaia di Amburgo. Suo padre era un tipografo e un attivista che contrastò il regime di Hitler sin dall'inizio. La famiglia di *Vogel* trascorse gli anni della guerra auspicandosi il successo delle forze alleate contro il regime nazista; la loro stessa città natale fu distrutta nel 1944. Finita la guerra nel 1945, *Klaus Vogel* aveva imparato due lezioni che non avrebbe dimenticato: nelle relazioni internazionali deve prevalere la pace e, a livello interno, la giustizia sociale deve essere il valore principale da attuare.

Vogel studiò legge all'Università di Amburgo dove incontrò il suo maestro *Gerhard Wacke*, il quale lo indirizzò nello svolgimento della sua tesi di laurea sulle imprese pubbliche nel diritto amministrativo tedesco¹. Questo libro fu l'inizio di una favolosa carriera nell'ambito del diritto costituzionale e amministrativo in Germania. Nella sua tesi post-laurea (*Habilitation*) concernente la "portata territoriale del diritto amministrativo"², affrontò la materia del diritto internazionale pubblico, padroneggiando i relativi fondamenti teorici e pratici e divenendo uno dei maggiori esperti del settore. Indirizzandosi a una più vasta platea, ancora più successo riscosse il suo discorso inaugurale come membro di facoltà dell'Università di Amburgo sulla politica della nuova Costituzione tedesca in vista di una cooperazione internazionale³. In quell'occasione coniò il termine "aperta statualità", inteso nel senso di un

* Traduzione italiana di Claudia Calogero.

¹ KLAUS VOGEL, *Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand*, Hamburg, 1959.

² KLAUS VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm. Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. Internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt am Main/Berlin, 1965.

³ KLAUS VOGEL, *Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit*, Tübingen, 1964.

superamento della tradizionale prospettiva introspettiva utilizzata dai costituzionalisti tedeschi nel definire i contorni dello Stato e del Governo. *Vogel* era consapevole che la Germania e gli altri Paesi europei non potevano ritornare a gestire le loro relazioni come erano abituati a fare prima della guerra, che essi avevano bisogno di nuovi strumenti di cooperazione per legare i loro destini ed evitare un nuovo devastante conflitto sul suolo europeo. *Vogel* accettò l'istituzione delle Comunità Europee nel 1957 come mezzo di rafforzamento di questa cooperazione e percepì un ruolo nuovo e crescente per i trattati internazionali come strumenti di interdipendenza pacifica. Il termine “statualità aperta”, talvolta sottolineava ironicamente, è divenuto oggi così in voga tra i costituzionalisti tedeschi che molti della nuova generazione non chiedono nemmeno chi sia stato il primo a inquadralo.

Nel 1964 *Vogel* fu chiamato a svolgere il suo incarico presso l'Università di Erlangen-Nuremberg, successivamente, nel 1966, si trasferì presso l'Università di Heidelberg. Da quel momento in poi, divennero evidenti i temi principali della sua attività accademica. Dedicò parte del suo tempo ai fondamenti costituzionali della legislazione fiscale tedesca, aggiornò i suoi scritti in materia di fiscalità internazionale e successe al proprio maestro *Wacke* come autore principale di un famoso testo di “diritto di polizia”⁴ (un tema per lo più sconosciuto a molti dei suoi colleghi che insegnavano la fiscalità internazionale).

Nell'ambito del diritto tributario interno, *Vogel* fu tra i primi studiosi a esaminare gli effetti della Costituzione tedesca, in particolare dei diritti fondamentali, sulle norme tributarie. Ciò rappresentava molto più che un esercizio teorico. Negli anni 60, la legislazione fiscale tedesca era stata disciplinata da esperti tecnici capaci di indirizzare gli effetti fiscali della tassazione, ma senza alcuna cura dei problemi interni di uguaglianza e salvaguardia del contribuente. *Vogel* rese chiaro che i principi costituzionali generali potevano governare la normativa fiscale, al fine di proteggere i contribuenti e sostenere la giustizia sociale nel mondo fiscale⁵. Fu *Vogel* stesso che pose la “questione dimenticata” della giustificazione fiscale al primo posto⁶. Fu lui che asserì negli anni 70 il valore dei “diritti familiari” nel mondo fiscale, chiedendo maggiori sgravi fiscali per i soggetti con figli a carico⁷. Con grande soddisfazione assistette all'accoglimento delle sue opinioni in numerose sentenze chiave della Corte Costituzionale negli anni 80 e 90⁸. Criticò aspramente l'approccio indulgente della Corte nei confronti delle norme

⁴ DREWS-WACKE-VOGEL-MARTENS, *Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder*, 9th Ed., Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1985.

⁵ KLAUS VOGEL, *Der Verlust des Rechtsgedankens im Steuerrecht als Herausforderung an das Verfassungsrecht*, in FRIAUF (Ed.), *Steuerrecht und Verfassungsrecht, Proceedings of the Deutsche Steuerjuristische Gesellschaft*, Vol. 12 (1989) p. 123 – 144.

⁶ KLAUS VOGEL, *The Justification for Taxation. A Forgotten Question*, *The American Journal of Jurisprudence* (1988) p. 19 – 59; *Rechtfertigung der Steuern: Eine vergessene Vorfrage. Zugleich zur „heimlichen Steuerrevolte“ und zum Dreieck Staat/Wirtschaft/Gesellschaft*, 25 *Der Staat* (1986) p. 481 – 519.

⁷ KLAUS VOGEL, *Berücksichtigung von Unterhaltspflichten im Einkommensteuerrecht – Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 23.11.1976 und die Zukunft der Familienbesteuerung*, 15 *Deutsches Steuerrecht* (1977), p. 31 – 41; *Zwangsläufige Aufwendungen – besonders Unterhaltsaufwendungen müssen realitätsgerecht abziehbar sein. Das Bundesverfassungsgericht verschärft seine Rechtsprechung zum Verfassungsprinzip der Leistungsfähigkeit*, 61 *Steuer und Wirtschaft* (1984), p. 197 – 203.

⁸ KLAUS VOGEL, *Kinderunterhalt im Einkommensteuerrecht. Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, in KIRCHHOFF-JAKOB-BEERMANN (Ed.), *Steuerrechtsprechung – Steuergesetz – Steuerreform* (1999), p. 47 – 63.

retroattive⁹ e scoprì i limiti sostanziali imposti al Governo centrale dalle norme costituzionali sulle competenze federali e subfederali in ambito fiscale¹⁰. Eppure, non si deve pensare a Vogel come a un liberista “combattente per le libertà” dei contribuenti. Era profondamente consapevole dei valori dello Stato, del servizio pubblico e persino della redistribuzione sociale, sostenendo che la norma fiscale dovesse svolgere il suo ruolo nel perseguire gli obiettivi di giustizia sociale per la società nel suo complesso¹¹.

Il suo lavoro sulla normativa fiscale internazionale iniziò a metà degli anni 60 ed ebbe il massimo slancio nel 1977, anno in cui si trasferì all'Università di Monaco di Baviera per costituire un centro di ricerca per la fiscalità internazionale, comprendente una biblioteca internazionale sulla letteratura fiscale. Qui si concentrò sul suo capolavoro, un commentario di studio del Modello di Convenzione Fiscale dell'OCSE, basato su una ricerca di diritto comparato e internazionale, contenente un'analisi approfondita per un pubblico mondiale. La prima edizione della versione tedesca fu pubblicata nel 1983, la quinta edizione, ampiamente rivista da Vogel stesso, sarà sul mercato agli inizi del 2008¹². Nel 1991¹³ è stata pubblicata una versione inglese del Commentario, che gli ha assicurato una posizione di prim'ordine nello scenario fiscale internazionale. Come un sole, il libro era circondato da una miriade di articoli, note, lezioni e relazioni che gli consentirono di raffinare, migliorare, ampliare e aggiornare le sue posizioni nel corso degli anni. Partecipò a talmente tanti dibattiti che un famoso collega olandese una volta lo citò come uno dei più importanti congressisti nell'ambito della fiscalità internazionale, e insegnò a studenti di tutto il mondo, compresi il Giappone, l'India (dove esistono vari “Klaus Vogel fan club”), gli Stati Uniti e numerosi Paesi europei.

L'approccio di Klaus Vogel' alla fiscalità internazionale non seguiva una prospettiva “imprenditoriale” o “amministrativa”. Il suo rigore accademico non accettava alcuna posizione se non quella dell'imparzialità. A tale riguardo, egli avviò i suoi studi percependo la fiscalità internazionale come un particolare ambito di applicazione del diritto pubblico internazionale¹⁴. A lungo studiò la natura giuridica delle convenzioni internazionali e diede rilievo alle questioni fondamentali dell'interpretazione del diritto tributario¹⁵. Non aderì all'idea che le convenzioni contro le doppie imposizioni siano semplicemente il risultato di negoziati tra opposte autorità fiscali per ottenere un maggior reddito da sottoporre a tassazione. La sua idea era che i trattati fiscali internazionali dovessero aiutare a far emergere un ordine fiscale internazionale coerente. In

⁹ KLAUS VOGEL, *Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht*, 43 *Juristenzeitung* (1988), p. 833 – 839;

¹⁰ KLAUS VOGEL, *Finanzverfassung und politisches Ermessen*, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Vol. 108, Karlsruhe, 1972.

¹¹ KLAUS VOGEL, *Der Sozialstaat als Steuerstaat*, in RANDELZHOFFER-SÜSS (Ed.), *Konsens und Konflikt: 35 Jahre Grundgesetz*, (1986), p. 133 – 138.

¹² KLAUS VOGEL/MORIS LEHNER (Ed.), *DBA. Das OECD-Musterabkommen und die Doppelbesteuerungsabkommen der Bundesrepublik Deutschland auf dem Gebiet der Steuern vom Einkommen und Vermögen*, 4th Ed., Munich, 2003.

¹³ KLAUS VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, 3rd Ed., Deventer/Boston, 1997.

¹⁴ KLAUS VOGEL, *Doppelbesteuerungsabkommen als Anwendungsgebiet des allgemeinen Völkervertragsrechts*, in BEYERLIN (Ed.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, (1995) p. 1143 – 1158.

¹⁵ KLAUS VOGEL, *Doppelbesteuerungsabkommen und ihre Auslegung*, 59 *Steuer und Wirtschaft* (1982), p. 111 – 124; *Double Tax Treaties and Their Interpretation*, *International Tax and Business Lawyer* (1986), p. 1 – 85; KLAUS VOGEL/RAINER PROKISCH, *Die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen*, *General Report*, CDFI Vol. LXXVIIIa (1993), p. 55 – 85.

questa cornice, una delle sue convinzioni fondamentali era che le norme fiscali internazionali dovevano seguire un approccio bilaterale o persino multilaterale, stabilendo un linguaggio fiscale comune in tutto il mondo. Aborriva gli “esperti” di diritto tributario internazionale che non erano in grado di leggere un trattato fiscale se non attraverso le lenti del proprio diritto interno. Il suo ideale era “l’armonia nella decisione”¹⁶, ossia un comune intendimento transnazionale delle norme e dei principi fiscali che conduca il giudice nazionale a optare per un’interpretazione uniforme “internazionale” delle convenzioni contro le doppie imposizioni, in tutti i casi in cui esiste la possibilità di un’interpretazione in tal senso. Per i giudici di ogni Paese coinvolto nelle tematiche di diritto internazionale, la conoscenza della giurisprudenza e del dibattito internazionale dovrebbe costituire un obbligo. A tale riguardo diventano evidenti le peculiarità dell’approccio di *Klaus Vogel* alla cooperazione fiscale internazionale. Era consapevole che un consenso specificamente definito sulla terminologia è importante per una proficua interazione tra le giurisdizioni tanto quanto le dichiarazioni politiche generali. Non sorprenderà nessuno che *Vogel* considerasse l’annullamento di un trattato, aspramente criticato sia dal punto di vista del diritto internazionale pubblico che del diritto interno costituzionale¹⁷, come la violazione più ignominiosa di questo ordine fiscale internazionale.

Ciononostante, *Klaus Vogel* non esitò a esprimere la propria opinione su alcune questioni politiche fondamentali di fiscalità internazionale. Nel perenne dibattito tra neutralità dal lato dell’esportazione del capitale (Capital Export Neutrality - CEN) e neutralità dal lato dell’importazione del capitale (Capital Import Neutrality - CIN), egli ha sostenuto fortemente la posizione CIN dell’Europa “continentale”. Per *Vogel*, il principio di tassazione mondiale dei Paesi che sostengono la neutralità dal lato dell’importazione del capitale è in conflitto con la necessità di rispettare le decisioni politiche di base di altre giurisdizioni¹⁸. Ciò è fortemente connesso con gli assunti di base sostenuti da *Klaus Vogel* in relazione alle motivazioni della tassazione. Poiché la tassazione – secondo il principio del beneficio – riflette il prezzo dei beni pubblici in uno Stato, dovrebbe essere compito delle assemblee parlamentari di ogni singolo Paese decidere, da una parte, il livello di imposizione e, dall’altra, il livello dei servizi pubblici. I Paesi della residenza che seguono il metodo del credito d’imposta nella fiscalità internazionale non rispettano la politica individuale del Paese della fonte, imponendo il loro carico fiscale sugli investimenti nell’altro Stato secondo i principi della “home state taxation”. Ritenere che il “metodo del credito d’imposta” persegua una neutralità tra investimenti nazionali ed esteri più efficace del “metodo dell’esenzione” – dal punto di vista di *Vogel* – non tiene abbastanza conto dell’aspetto di “fornitore” dello Stato impositore, ossia la fornitura collaterale di beni pubblici da parte di quello Stato.

¹⁶ KLAUS VOGEL, *Über Entscheidungsharmonie*, in KLEIN/STIHL/WASSERMAYER (Ed.), *Unternehmen Steuern*, Cologne (1997), p. 1043 – 1056.

¹⁷ KLAUS VOGEL, *Wortbruch im Verfassungsrecht. Mit einer Bemerkung zum Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und demokratischem Gesetzgeber*, 52 *Juristenzeitung* (1997), p. 161 – 167; *Tax Treaty Override under International and Constitutional Law – The German Example*, in TADASHI MURAI (Ed.), *Shaping an International Tax Order*, Institute of Legal Studies, Kansai University (1996), p. 71 – 81.

¹⁸ KLAUS VOGEL, *World-Wide vs. Source Taxation of Income – A Revision and Re-evaluation of Arguments*, 16 *Intertax* (1988), p. 216 – 229, 310 – 320, 393 – 402; McLURE/SINN/MUSGRAVE AND OTHERS (Ed.), *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness* (1990), p. 117 – 166.

Sulla scia del dibattito in corso sul futuro del principio di neutralità fiscale dal lato dell'esportazione o dell'importazione del capitale nell'ambito della Comunità Europea, Vogel ha ampliato la propria visione di un ordine fiscale internazionale di diritto europeo¹⁹. Come alcuni esponenti della fiscalità internazionale della sua generazione, osservò la crescente influenza delle libertà fondamentali e delle misure di armonizzazione all'interno dell'Unione Europea con scetticismo, ma non esitò a considerare esplicitamente sui numerosi sviluppi ottenuti in questo campo²⁰.

Vogel ricoprì importanti posizioni sia in Germania che in istituti di fiscalità internazionale a livello mondiale. Membro del Comitato Scientifico Permanente dell'IFA dal 1974 al 1990, scrisse due Rapporti Generali per le Conferenze Annuali del 1984 e del 1993. Fu membro dell'Advisory Group dell'OCSE sul Modello di Convenzione Fiscale e consulente IBFD in materia di progetti per i trattati fiscali, nonché membro dell'Academia Brasileira de Direito Tributario. Fu fondatore della Conferenza Fiscale annuale di Monaco di Baviera ("*Münchner Steuerfachtagung*") e presidente dell'Associazione tedesca dei costituzionalisti ("*Vereinigung der Staatsrechtslehrer*") quando il mondo accademico dovette affrontare la grande sfida della riunificazione della Germania. Nel 1998 fu nominato Accademico onorario della *Wirtschaftsuniversität* di Vienna, dove nel 2007 è stato avviato un ciclo di lezioni in suo onore.

Klaus Vogel è morto il giorno dopo il suo settantasettesimo compleanno. Lascia l'amata consorte Maya, cinque figli e diciassette nipoti. Era un amico per molti di noi studiosi della fiscalità internazionale, un'amicizia però che non si atteggiava in modi estroversi e totalizzanti. Preferiva una certa distanza che significava assicurare la libertà personale di se stesso e dei suoi amici, per consentire loro di discutere in modo veramente aperto e rispettoso. Come ha detto il suo vecchio amico Hans Zacher alla cerimonia funebre, il modo di vivere e di pensare di Klaus Vogel prendeva forma da una visione estetica della convivenza umana – io vorrei aggiungere: una visione che preserva la libertà e la dignità di ciascuno ma anche della società nel suo complesso. Oltre a un *corpus* di scritti magistrali che influenzeranno il nostro pensiero per lungo tempo, il suo personale stile di vita è forse la sua eredità più straordinaria.

¹⁹ KLAUS VOGEL, *Taxation of Cross-Border Income, Harmonization and Tax Neutrality under European Community Law. An Institutional Approach*, Deventer (1994); *Should Europe Adopt a Uniform Method for the Avoidance of Double Taxation?*, IBFD International Tax Academy, Lecture No.1, Amsterdam, 1999.

²⁰ KLAUS VOGEL, *Harmonisierung des Internationalen Steuerrechts in Europa als Alternative zur Harmonisierung des (materiellen) Körperschaftsteuerrechts*, 70 *Steuer und Wirtschaft* (1993), p. 380 – 388; *Problems of a Most-Favoured Nation Clause in Intra-EU Treaty Law*, 4 *EC Tax Review* (1995), p. 264 – 265; *Editorial: Some Observations Regarding 'Gilly'*, 7 *EC Tax Review* (1998), p.150.

The right to deduct and passing on of VAT within the EU context *

Enrico Fazzini**

CONTENTS: 1. *The value added tax as a Community tax* 2. *General aspects of the right to deduct the value added tax* 3. *The status of taxable person as a condition to exercise the right to deduct* 4. *The right to deduct and relevant derogations* 5. *The right to deduct in case of transactions carried out for the sole purpose of obtaining a tax advantage* 6. *The right to deduct in case of transactions between residents of different Member States* 7. *The mandatory passing on of VAT in the light of the case law of the European Court of Justice*

1. The value added tax as a Community tax

Two anniversaries fall in this year, which attract our attention for their symbolic value: the fiftieth anniversary of the signature of the Treaty of Rome giving birth to the supra-national body today known as the European Union, and the thirtieth anniversary of the Sixth Directive governing the first “Community tax”: the value added tax.

Celebrating these significant anniversaries is an occasion for all us, as citizens of the European Community first, and then scholars of tax law, to make some observations on how to adjust policies, institutions and – this is the matter of our major interest – tax systems within a Community that enlarged from six countries (Belgium, France, Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands) to twenty seven as from 1st January 2007.

For evident reasons, the coordination of tax policies and the unification of tax systems within such a large territory has implied – and still implies – significant problems of harmonization, which have progressively been sorted out by way of secondary Community law and the interpretation activity of the European Court of Justice.

The need for harmonizing, but also modernizing and simplifying tax rules, particularly – as far as this paper is concerned – on value added tax, underlies a number of legislative interventions over the years. They have reached their climax when Directive 2006/112/EC entered into force on 1st January in all countries of the European Union, by which the Council consolidated the provisions contained in Directive 67/227/EC of 11 April 1967 (First Directive) and Directive 77/388/EC of 17 May 1977 (Sixth Directive). The recast of VAT legislation implied amendments in the structure of the

* This paper was presented at the VI Conference on International and Community Taxation (VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria) held in Naples on 20 April 2007, “Lo stato di armonizzazione dell’IVA a trent’anni dall’emanazione della VI Direttiva” (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive). Translation by Claudia Calogero

** Professor of Tax Law at the University of Florence.

former legislation, with a view to making the wording of some provisions more understandable, or to correcting linguistic errors and inconsistencies, without however modifying – excluding some exceptions – the substance of what previously provided for by the Community lawmaker.

That being said, it is to remember that the European legislation on trade made it necessary to introduce a value added tax into the Italian system replacing the former general revenue tax (*IGE*). In fact, the fundamental purpose of the Treaty of Rome was the establishment of a single market, namely a space without frontiers where goods, persons, services and capital could freely circulate. To achieve this purpose, already with the First Directive on the harmonization of legislations of Member States concerning turnover taxes, the Council stated that each Member State should provide the application of a tax system to goods and services based on “*a general tax on consumption exactly proportional to the price of the goods and services, however many transactions take place in the production and distribution process before the stage at which the tax is charged*” [see Article 1 of the First Directive].

When the *IGE* was in force, at each stage of the production or marketing, goods were liable to gross value tax: taxation was applied to costs already taxed, with the effect that the taxable basis included the tax already paid. As a consequence, the same goods could be taxed differently on the final consumer; in fact, the more stages goods underwent in the economic cycle, the higher was the tax. This situation led to distortions in the market: in fact, vertical concentrations of undertakings (so-called integrated cycle undertakings) were set up, without any valid commercial reasons, only to curb the number of stages in which the goods were involved and thus relevant tax burden.

At the international level there occurred further inconveniences in respect to imports (in an attempt to introduce into the internal market imported goods that were taxed as much as similar domestic products) and exports. In fact, it is a general principle of economic policy to de-tax products intended for export through the repayment of the tax. To achieve this objective, therefore, it is necessary to know exactly the amount of tax embedded in the products concerned. The *IGE* made this calculation very difficult. Only a statistical method could be used along with compensatory rates, which however led to unjustified inequality, to the detriment of transparency in international trade. Furthermore, the application of cumulative multistage tax systems (cascade taxes), such as the *IGE*, could lead to protectionism in some Member States (by way of applying a high rate on return export or on the equalization surcharge paid on imports) and thus to the infringement of the obligations within the EEC.

When VAT entered into force in Italy in compliance with the First and Sixth EC Directive, all these problems were eradicated immediately.

As above recalled, the need for a tax that could eliminate the distortions created by the *IGE* emerged during the works leading to the signature of the Treaty of Rome in 1957.

Article 93 (former Article 99) of the Treaty says: “The Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, adopt provisions for the harmonization of legislation concerning turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation *to the extent* that such harmonization is necessary to ensure the establishment and the functioning of the *internal market* (...)”.

From the wording of this provision it is clear that the harmonization of legislation of Member States is fundamental to the European legal system of taxation. In fact, Community law substantially serves the purpose of establishing an internal market without frontiers that hinder the free movement of goods and persons; consequently, it is expressly provided that Community bodies do not have to intervene to remove *any* single divergence within national tax legislations, but only those divergences that may lead to distortions in competition within the Community and thus to slowing down the process of harmonization of Member States' legislations.

With a view to realizing the objectives of the Treaty, the European Community introduced a value added tax to result in neutrality in competition, in that similar goods should bear the same tax burden within each country, whatever the number of stages of production and distribution and the provisions of goods or services, and the amount of the tax burden borne by goods is known, so that "an exact equalization" of that amount may be ensured. Hence, the characteristics of transparency and neutrality of value added tax; it is transparent as it has no cumulative effect and the tax burden borne by goods is known at any stage; it is neutral as goods bear the same tax burden irrespective of the number of stages and does not give rise to commercial distortions in domestic or international market.

Leaving aside the analysis of the application scheme of value added tax, it is to point out that the purposes of neutrality of tax burden and, as a corollary, of eliminating discriminations between foreign products and domestic products that derive from a different application of the tax are served by two mechanisms: the **right to deduct the tax** paid on goods and services purchased or imported (in the ordinary course of business, a trade or a profession) from the tax paid in respect of the transactions carried out and the **obligation of passing on the tax**.

As previously stated, VAT is a multistage tax but has no cumulative effects, as the tax is applied only to the value added to the value already taxed at every stage of the economic cycle. Hence, it is proper to recall it, the definition of "value added tax": however, as a rule, the "value added" taxation does not work directly, namely using the sole value added as a taxable basis after deducting relevant costs, but by way of deducting "tax from tax".

In the light of the above, it is here to point out that the right to deduct has the nature of a "tax credit" relevant to the tax paid or due where the tax is passed on, as inferred from Community law and confirmed in domestic law.

Pursuant to Article 17(2) of the Sixth Directive, "the taxable person shall be entitled to deduct from the tax which he is liable to pay value added tax due or paid in respect of goods or services supplied or to be supplied to him by another taxable person (...)" and, pursuant to Article 18(2), "the taxable person shall effect the deduction by subtracting from the total amount of value added tax due for a given tax period the total amount of the tax in respect of which, during the same period, the right to deduct has arisen and can be exercised (...)".

From the above provisions it is to infer that Community law includes in the tax due, namely the tax debt incurred by the taxpayer, the total amount of the tax calculated on output transactions for a given tax period, gross of the tax to be deducted. The right to deduct is not relevant for the purposes of determining the tax, which is calculated regardless of the deduction, but exclusively for the purposes of settling the tax to be paid.

Also in domestic law, where Article 17 of Presidential Decree (D.P.R.) No 633/1972 provides that the tax is due by taxable persons, the reference is made to the tax determined by applying the rate indicated in Article 16 to the taxable base, which is the total amount of the considerations paid in respect of supplies of goods and services. The taxable persons shall then pay out the total VAT due for all transactions made, net of the deduction provided for in Article 19 of the same decree. The tax debt is the amount of tax calculated on transactions made (so-called “gross tax”) and does not correspond to the tax relevant to the “value added”, which is generally determined through the mechanism of deducting tax from tax, instead of deducting “base from base”.

Thus, the tax paid or due where the tax is passed on the purchases carried out in the ordinary course of the business is essentially a tax credit in favour of the taxable person. According to the VAT scheme, it serves to pay a lower amount of tax (the so-called “net tax”) in lieu of the tax due, by way of setting off debts against credits.

This also involves unavoidable repercussions in tax assessment and burden of proof.

As regards the first aspect, tax assessment aims at determining a higher amount of (gross) tax due in respect of output transactions that are not registered in the accounting books or declared. In fact, the higher amount of tax due results from the tax assessment, and not from the tax net of the tax paid on purchases of goods and services that are not registered in the accounting books, whether or not they are the same goods, whose subsequent supply is not declared and is subject to tax assessment. This occurs also where the tax paid on purchases that are not registered in the accounting books – whether or not they are invoiced – has actually been paid to suppliers.

As regards the second aspect, while the burden of proof is incumbent on the tax administration in respect of the higher amount of the tax due, only the taxpayer can give the proof of being entitled to a tax credit.

2. General aspects of the right to deduct the value added tax

All the above concerns the domestic VAT scheme and its neutral nature; however, it offers some interesting suggestions to have a bigger picture through the analysis of the provisions governing the right to deduct at Community level. As pointed out in the introduction, the Italian value added tax was introduced to prevent goods and services imported from some other Member States being more attractive than the national ones for traders and final users by virtue of a more favourable VAT system. Consequently, the value added tax has been structured to be applied to purchases and to exempt intra-Community supplies.

Domestic rules on the right to deduct and the passing on of VAT secure its neutrality, but they must be consistently applied within the Community, so that transactions and activities are equally treated both at domestic and Community level.

In particular, Title XI of the Sixth Directive governs the right to deduct. In this regard, it is proper to point out that the European Court of Justice was asked several times to give a preliminary ruling concerning the interpretation of the provisions contained therein just because of its Community origin, and in order to implement relevant objective to harmonize Member States' tax legislations concerning trade.

Here, it is worthwhile mentioning, even if briefly, the interpretation activity of the European Court of Justice according to Article 234(1)(a) (former Article 177) of the Treaty. This activity is particularly necessary for taxation and has actually reached its climax in respect of value added tax. More in detail, Article 234 of the Treaty of Rome says: “The Court of Justice shall have jurisdiction to give preliminary rulings concerning:

- a) the interpretation of this Treaty,
- b) the validity and interpretation of acts of the institutions of the Community and of the ECB,
- c) the interpretation of the statutes of bodies established by an act of the Council, where those statutes so provide.

Where such a question is raised before any court or tribunal of a Member State, that court or tribunal may, if it considers that a decision on the question is necessary to enable it to give judgment, request the Court of Justice to give a ruling thereon. Where any such question is raised in a case pending before a court or tribunal of a Member State against whose decisions there is no judicial remedy under national law, that court or tribunal shall bring the matter before the Court of Justice”.

Read literally, the provision confers on the European Court of Justice the exclusive power to give a preliminary ruling concerning the interpretation of Community law and not the power to issue directly a decision, where Community law was not applied within Member States’ legal systems and thus was not compatible with domestic law.

This is certainly true and shareable technically, namely the European Court of Justice has the power to give a preliminary ruling concerning the interpretation of provisions: national courts, which only have the power to assess the case and apply the interpretation rules, shall conform with the interpretation given to Community law. It cannot be ignored that in practice the questions referred by national courts to the Court rarely concern a mere interpretation of the Community law; in fact, in most cases, they are about whether domestic law is compatible with referred Community law and thus imply decisions leading to the disapplication of national law which is not compatible with the EU law.

That mechanism serves the purpose of harmonizing taxation systems in force within each Member State and, at the same time, of supervising that domestic law is compatible with Community law. In other words, the Court can guarantee that Member States comply with Community law and can impose its opinion in respect of both the interpretation of Community law and its immediate application.

The case law of the European Court of Justice can be considered a source of tax law, even if in a broad sense. As a whole, it is the final reference for national courts to be taken into account in the application of domestic provisions, as well as for interpreters and scholars in the analysis of substantive and procedural aspects of value added tax. Eventually, this conclusion is perfectly consistent with the intrinsic Community nature of this tax.

3. The status of taxable person as a condition to exercise the right to deduct

Turning back to the main topic of this paper, that is the right to deduct, it is worthwhile pointing out the significance of the status of taxable person for VAT pur-

poses, a necessary condition to tax relevant supplies of goods and services. In particular, as regards the right to deduct, the status of taxable person deserves to be examined from two points of view: the identification of taxable persons and the commencement of relevant taxable activities.

The delegation law for the Italian tax reform and relevant delegated decree do not expressly identify taxable persons for the purposes of value added tax, or better to say, for the purposes of the relationship concerning the value added tax. In determining relevant principles and criteria, the delegation law provided that the tax should apply to supplies of goods and services carried out in the ordinary course of business, to supplies of services carried out in the course of trade and profession, as well as to imports. The delegated decree, even after being amended and supplemented, contains the same provisions as in delegation law and just extended their application also to supplies of goods carried out in the ordinary course of trade and profession.

The wording of the provision refers more to the relationship between taxable persons and the performing of a business, a trade or a profession than to taxable person only. Thus, a taxable person for VAT purposes is *any person* (natural or legal person or a de facto body) who, in a given tax period, carries on certain economic or intellectual activities involving supplies of goods or services on a continuing basis. These activities comprise commercial, agricultural, artistic and professional activities that are carried out on a continuing basis.

The correctness of the assumption is confirmed by the provision contained in Article 4 of the Sixth Directive, according to which “taxable person shall mean *any person* who independently carries out in any place any economic activity (...), whatever the purpose or results of that activity”. Economic activities comprise all activities of producers, traders and persons supplying services including mining and agricultural activities, activities of the professions and similar, as well as any operation involving the exploitation of tangible or intangible property for the purpose of obtaining income on a continuing basis, that is for a long period of time.

As a consequence, value added tax is applied when a person habitually carries out (personal relationship) a business, a trade or a profession (objective element). The tax is not applied where transactions are carried out of course of business, a trade or a profession.

Legislative Decree No 313 of 2 September 1997 amended Article 4 of D.P.R. No 633/1972: as from 1 January 1988, performance of a business means the habitual, even if not exclusive, carrying out of activities that are not only the commercial or agricultural activities as indicated in Article 2135 and 2195 of the Civil Law Code – although they take the form of an undertaking – but also the carrying out of activities for the supply of services that are not covered by above Article 2195, where they take the form of an undertaking.

Legally, the carrying out of a business covers then not only commercial activities as indicated in Article 2195 that do not take the form of an undertaking (as previously provided for), but also – in accordance with Article 51 of D.P.R. No 917/1986 – all the activities that are not indicated in Article 2195 where they take the form of an undertaking.

According to Article 4 of D.P.R. No 633/1972, transactions carried out by certain collective bodies, among which commercial enterprises of any kind, are considered *in any case* to be carried out in the course of a business.

That being said, the lawmaker delineated the concept of undertaking and explicitly excluded some “non commercial” activities from the application of the tax in consideration of the persons performing those activities (subjective exclusions) or objective reasons (objective reasons).

By Legislative Decree No 313/1997 the lawmaker also intended not to introduce a general rule identifying all activities carried out by commercial companies as business activities; he aimed to prevent the setting up of companies whose activities were not really destined for the market but were carried out for the sole purpose of benefiting from the right to deduct: in fact, in these kind of companies, partners or final users could use goods or services without being subject to the tax paid on relevant purchases made by the companies.

For anti-avoidance purposes, Legislative Decree No 313/1997 thus provided that companies or legal persons are not meant to carry out a commercial activity where they possess or manage houses, pleasure crafts or tourism aircrafts, private means of transportation, sporting or fun clubs, which members of the company or final consumers are directly or indirectly entitled to use for free or against a lower consideration than the arm's length price. Therefore, the exclusive carrying of said activities is not to be identified as an undertaking and does not accord the status of taxable person for the purposes of value added tax, so that the tax paid on the purchases of the goods cannot be recovered. Conversely, where commercial companies or legal persons carry out the transactions concerned, it is the case of so-called self-consumption as provided for in Article 2, paragraph 5 of D.P.R. No 633/1972, according to which the provision of goods that are not intrinsic to their business is considered a supply for the purposes of value added tax. As already pointed out, like individual persons, companies and legal persons can also perform both a commercial activity and a non-commercial activity.

As regards the commencement of taxable activities, a taxable activity is considered to commence where a business, a trade or a profession is carried out on a continuing basis, even though not exclusively. Being understood that there is no right to deduct the tax paid or due when the tax is passed on in respect of purchases of goods or services made by a non-taxable person, that is before the carrying out of a business, a trade or a profession, the question is focused on whether an activity commences.

Furthermore, it is to recall that Article 35 conforms with Article 22(1) of the Sixth Directive, which provides that “every taxable person shall state when his activity as a taxable person commences, changes or ceases”, in that it requires that persons commencing a business, a trade or a profession shall submit relevant declaration to the competent office within thirty days from the commencement of relevant activities. After submitting the declaration, the taxable person shall be given a VAT identification number.

However, the status of taxable person does not derive from the attribution of the VAT identification number, but from the commencement of relevant activity; consequently, the right to deduct may be exercised when the tax is paid on the purchases made during the period between the date of commencement of the activity and the submitting of relevant declaration.

Taking into account that economic activities may consist in various actions, it also has to be pointed out that, as the European Court of Justice held, preparatory actions are to be considered integral to the activity where they have the purpose of procuring the means necessary to the carrying out of a business, a trade or a profession.

In its judgement of 29 February 1996, case C-110/94, the European Court of Justice was asked to verify whether a Belgian company, which had not carried out any taxable transaction after its setting up, could be considered a taxable person within the meaning of Articles 4 and 17 of the Sixth Directive, and thus could deduct VAT paid on the purchase of some equipment and on the commissioning for a profitability study dealing with the process to be developed by the company itself.

In particular, the national court referred to the Court for a preliminary ruling the question whether the activity of a company established with a specific object, an activity which in this case extended only to commissioning and paying for a wide-ranging profitability study dealing with the process to be developed, which demonstrated the non-profitable nature of the project and which immediately resulted in the liquidation of the company, could be regarded as an economic activity.

On the point, the Court has clearly held that the principle that VAT should be neutral as with regards to the tax burden on a business requires that the first investment expenditure incurred for the purposes of and with the view to commencing a business must be regarded as an economic activity. In fact, it would be contrary to that principle if such an activity did not commence until the property began to yield taxable income, as it would burden the trader with the cost of VAT in the course of his economic activity without allowing him to deduct it and would create an arbitrary distinction between investment expenditure incurred before actual exploitation of immovable property and expenditure incurred in the course of the business activity of exploitation.

As a consequence, an activity is considered to be commenced not only when output transactions are carried out and relevant considerations are collected, but also when a business, a trade or a profession is launched, namely when the first input action is made: to incur costs for the sole purpose and with a view to carrying out a business. It follows that the right to deduct shall arise in respect of purchases that are made before the declaration of commencement of activity is submitted to the competent office, but are evidently destined for the carrying out of a business – so that it is difficult to hypothesize that those purchases are not made in the ordinary course of a business.

In line with the European Court of Justice's case law, once a deduction is made, that deduction is fully vested, even if the person concerned subsequently decides not to move on to the operational stage of relevant economic activity, namely not to carry out taxable transactions. In fact, it is contrary to the principle of legal certainty for the rights and obligations of taxable persons to depend on facts, circumstances or events that occurred after the tax authority made a finding in respect of those rights and obligations. To be more precise, after the tax authority accepted, on the basis of the declaration submitted by a person in order to commence a business, that it should be accorded the status of a taxable person for VAT purposes, that status cannot, in principle, subsequently be withdrawn retroactively, even if that person subsequently decided to put the company into liquidation, without carrying out taxable transactions. As already pointed out, any other interpretation would be contrary to the principle that VAT should be neutral as regards the tax burden on a business. It would be liable to create, as regards the tax treatment of the same investment activities, unjustified differences between businesses already carrying out taxable transactions and other businesses seeking – by investment

– to commence activities that will in future be a source of taxable transactions. In this case, arbitrary differences would be established between the latter businesses, in that the final acceptance of the deductions would depend on whether or not the investment resulted in taxable transactions for VAT purposes.

More recently, in judgement of 29 April 2004, case C-137/02, the Court of Justice confirmed the position held in above case, according to which a taxable person is entitled to deduct the tax even though the activity consisted in mere preparatory actions aimed at subsequently setting up a company, which was separate from the previous taxable person. The question referred to the Court for a preliminary ruling was whether a German partnership, which was established for the sole purpose of procuring goods and services to the subsequently founded limited company, was entitled to deduct VAT, even though the only output transaction carried out was the transfer of its totality of assets to said company.

The tax administration of the Federal Republic argued that the partnership was not entitled to deduct VAT paid on the purchase of goods and services to be transferred to the subsequently founded company (offices rented and equiped, purchase of investment goods, preparation and sending of information and advertising material), as it could not be considered an undertaking its only output operation being the transfer of its totality of assets to the subsequently founded company; moreover, this supply could not be considered a taxable activity as the Federal Republic had made use of the option in Article 5(8) and 6(5) of the Sixth Directive, so that a transfer of a totality of assets is treated as not being a supply of goods or services.

The Court of Justice interpreted the question referred so to broaden the scope of Article 4 of the Sixth Directive.

In fact, with regards to the determination of taxable person, the Court preliminarily observes that Article 17(2) of the Sixth Directive provides that the taxable person is entitled to deduct from the tax which he is liable to pay VAT due or paid in respect of goods or services received by another taxable person “in so far as the goods and services are used for the purposes of his taxable transactions”. Furthermore, Article 17 confers the right to deduct when two conditions are met: on one hand, the person concerned is a “taxable person” under Article 4 of the Sixth Directive, that is a person who carries out an activity of producers, traders or service supplier, whatever the purpose or results of that activity; on the other hand, goods and services are used for the purposes of taxable transactions.

In the light of the above, the Court concluded that the scope of Article 4 of the Sixth Directive cannot be altered by the facts that a Member State has or has not exercised the option provided for in Article 5(8) of that Directive, and all activities were carried out only for the purpose of procuring goods and services to a subsequently founded company; therefore, these facts are not relevant to identify the partnership concerned as a taxable person, as defined by Community law.

The Court of Justice did not uphold the arguments of the German tax administration and concluded that the deduction scheme “is meant to relieve the trader entirely of the burden of the VAT payable or paid in the course of all his economic activities”; in this sense, “the common system of VAT consequently ensures neutrality of taxation of all economic activities, *whatever* their purpose or results, *provided that they are themselves subject in principle to VAT*”.

In the light of the above, it seems that the Court tends to an extensive interpretation of the right to deduct and subjects it only to the condition that goods and services purchased are used with the view to carrying out taxable transactions for VAT purposes, regardless of the outcome of relevant activities.

This constant position taken by the European Court of Justice has been totally acknowledged by Italian courts. By judgement No 8583 of 12 April 2006, the Italian Supreme Court ruled on the right to deduct input VAT, where the taxable person had not carried out output transactions.

The appeal lodged before the Supreme Court concerned a decision of the tax court, which had ruled that expenses incurred for the purposes of purchasing plot for construction and planning housing could be regarded as a business activity, although the housing plan was rejected and thus the building undertaking had been put into liquidation.

The Supreme Court confirmed the decision of the regional tax court, which was favourable to the taxpayer (even though it partially corrected relevant motivation), in that the close link between the purchases made and the business purposes, which enables to recover the VAT paid, is not necessarily excluded where any output transactions are carried out.

In particular, the Supreme Court did not agree with the referring court of second instance about the fact that, according to Article 4 of D.P.R. No 633/1972, if output transactions presuppose the carrying out of a business, this is not necessarily true also for input transactions. The Supreme Court held that transactions are relevant for VAT purposes where they serve the purpose of the business activity but also where they are carried out to build the conditions for starting up the very business activity, thus even where they are of a *mere preparatory kind*, which by definition are carried out when no revenue is produced.

Conversely, the Supreme Court held that the right to deduct the tax on input transactions is to be exercised when two conditions are met: on the one hand, goods and services are to be purchased for the purposes of one of the economic activities as listed in the Sixth Directive, even though relevant undertaking is not carried out actually, so that the tax is deductible even in the absence of output transactions; on the other hand, the connection to an economic activity is to be specifically justified where it is contested by the tax administration [see judgement of the Italian Supreme Court No 2300 of 4 February 2005].

In other words, an irrefutable legal presumption is inferred from the explicit reference to the “carrying out of a business, a trade or a profession” as contained in Article 19, first paragraph of D.P.R. No 633/1972 in conjunction with the provision contained in Article 4, second paragraph of the same decree, according to which only the supplies of goods and services made by companies therein listed are considered *in any case* to be carried out in the course of a business. As a corollary, this means that the right to deduct is applied differently in respect of output and input transactions; in fact, only input transactions need to be carried out in the course of a business, namely for the purposes of a business. *If this be not the case*, the provisions contained in Article 4, first paragraph – where the performance of a business is identified with the habitual, even if not exclusive, carrying out of activities that are not only the commercial or agricultural activities –, and in second paragraph – where companies are supposed to

carry out a business only in respect of output transactions, would be frustrated. *Deduction would be then granted in respect of a purchase made out of the typical scope of the right to deduct the value added tax* [see judgement of the Italian Supreme Court No 5599 of 9 April 2003].

Recently, the Italian Supreme Court ruled on the same issue but followed a different line of reasoning (judgement No. 2248 of 7 February 2007). The Court confirmed that the fact that temporary circumstances defer the carrying out of a business does not suspend the possibility of exercising the right to deduct input VAT; conversely, the right to deduct is considered as vested where commercial companies can be regarded as undertakings. In fact, the Court set aside the decision of the court of second instance, where a company was denied the right to deduct input VAT as it did not make any output transactions, on the grounds that a company is regarded as an undertaking since its setting up and not since the carrying out of the business transactions; accordingly, the Court held the appeal to be well founded and recognized the right to deduct VAT, as the purchase of instrumental goods had been made for the purposes of the business.

The question is again whether input transactions presuppose the carrying out of an undertaking (irrefutable legal presumption) like output transactions made by companies as laid down in Article 4 of D.P.R. No. 633/1972. On this point, the Court followed a different line of reasoning, at least in general terms, from that of its previous judgement No. 8583 of 12 April 2006. First, the Court identified when a person can be regarded as an undertaking; secondly, it deals with the question of when purchases fall within the scope of VAT.

The Supreme Court argued that the actual carrying out of a business might not be taken into account in order to identify whether or not input VAT can be deducted, while it is always necessary to verify that input transactions are made for the specific purposes of a business.

This was interpreted in the sense that the identification of an undertaking in respect of output transactions (as laid down in Article 4 of D.P.R. No. 633/1972) is implicitly valid also for input transactions, so to prevent the same person from being regarded as an undertaking in respect of output transactions but not of input transactions.

After establishing that, in principle, the company concerned was a taxable person for VAT purposes, the Court dealt with the question of whether input transactions fall within the scope of VAT in the absence of proceeds. Given that a transaction falls within the scope of VAT where it serves the purpose of a business, the Court recognized that the same is true also where a business was never carried out. In fact, what is significant is that even preparatory activities made for the purposes of a business must *serve* the purpose of that business, which the taxpayer has the burden of proving to the tax administration, being inapplicable the (irrefutable) legal presumption as provided for supplies of goods and services.

4. The right to deduct and relevant derogations

From the above judgements it is possible to understand how broadly the European Court of Justice and, accordingly, national courts recognize the right to deduct.

Its consistent application in all Member States guarantees the principle of neutrality underlying the value added tax and thus protects an effective competition, which is not distorted by preferential VAT regimes. In this sense, in principle, the right to deduct should not be derogated, subject to the limitations as laid down in the Sixth Directive. More in detail, Article 17 of the Sixth Directive provides that VAT paid on purchases of goods and services can be deducted in so far as the goods and services are used for the purposes of taxable transactions. Accordingly, Article 19 of the Italian VAT legislation provides that VAT paid on purchases or imports of goods and services cannot be deducted in so far as the goods or services are used for exempt or non-taxable transactions; moreover, where the goods or services are partially used for exempt or non-taxable transactions, or are put to private use or used for purposes that are not intrinsic to the carrying out of a business, a trade or a profession, relevant VAT can be deducted on the purchase of goods or services that are partially used.

From the foregoing it follows that one of the most important and difficult steps towards harmonization is relevant to the different *limits* each Member State applies to the right to deduct. In fact, the uniform and consistent application of *derogations* is one of the most significant factors to affect the principle of neutrality of VAT.

Thus, in order to prevent the right to deduct from being limited differently depending on the VAT system used in each Member State, Article 17(6) and (7) of the Sixth Directive contains specific clauses under which within four years from the entry into force of the Directive, the Council should have decided what expenditure could not be eligible for a deduction of VAT, subject to the fact that Member States have the option to retain, until the black list is compiled, all the exclusions provided for under their national laws when the Directive came into force (standstill clause), as well as the option to exclude, for cyclical economic reasons and subject to consultation with the Advisory Committee, all or some capital goods or other goods from the system of deductions.

It is easy to infer that the rationale for the above rule reflects two needs: first, the need to prevent Member States' single tax provisions from affecting the operation of the common system of VAT; secondly, the need to prevent national derogations from the Community system, which were not applied when the Sixth Directive entered into force, from paradoxically exacerbating differences in Member States' legislations.

It is to point out that, although the current year is the thirtieth anniversary of the Sixth Directive, as is above recalled, the black list of goods and services not entitled to the right to deduct has not been compiled yet; this is why the transitional provision as laid down in the standstill clause is applied.

In Italy, this gap specially affected the VAT regime on vehicles, which has been the object of seesawing rules eventually providing that the value added tax could not be deducted. This tax system was abandoned after the recent judgement of 14 September 2006, case C-222/05, where the Court of Justice ruled that Italian national law was unlawful in that it provided that no VAT could be deducted in respect to vehicles which were not intrinsic to its business activity as such. In particular, the case concerned a company, Stradasfalti S.r.l., which carried out road works and owned its own company cars that were not intrinsic to its activity as such. According to the Italian law, the company could not deduct VAT paid on the purchase, use, maintenance and supply of fuel for its company cars, with the result that in 2004 it claimed reim-

bursment of VAT paid from 2000 to 2004. That claim was rejected by the Revenue Agency – Trento Office and thus Stradasfalti brought an action before the local Tax Court of First Instance. The referring court asked, *inter alia*, whether the first sentence of Article 17(7) of the Sixth Directive must be interpreted:

a) as precluding from being treated as a consultation of the VAT Committee the notification by a Member State of the adoption of a rule of national (as the current Article 19-bis, letters c) and d) of D.P.R. No. 633/1972 and following amendments) which limits the right to deduct VAT in respect of the use and maintenance of the goods referred to in Article 17(2), the VAT Committee limiting itself to taking note of such notification;

b) also precluding from being treated as a measure falling within its scope any restriction whatsoever of the right to deduct VAT connected to the purchase, use and maintenance of the vehicles, introduced before the consultation of the VAT Committee and maintained in force by means of various legislative extensions;

c) as precluding a Member State from introducing measures of derogation to the right to deduct VAT without any limits of time. In other words, the Court was asked to clarify whether the failure to observe the temporary nature of the derogations (repeated over time) confers on the taxpayer the right to deduct.

In the case in point, the Court of Justice dealt with the above issues in line with the arguments used in the well-known judgement of 8 January 2002, case C-409/99, namely the settled principle that “*the right of deduction is an integral part of the VAT scheme [which ensures the neutrality of that tax] and in principle cannot be limited*”. Hence, derogations are permitted *only in the cases expressly provided for the Sixth Directive* and relevant provisions are to be interpreted *strictly*.

Regarding to the question sub a), the Court held that Article 17(7) of the Sixth Directive lays down one of the procedures for authorizing derogations in that directive, giving Member States the right to exclude goods from the system of deductions “subject to the consultation provided for in Article 29”. Thus, the Court itself emphasized that this consultation is essentially a safeguard in respect to the objective of harmonization and pointed out that the consultation is a true “*procedural obligation* which the Member States must observe in order to be able to make use of the derogation it sets out”. The Court recalled that the obligation to consult the VAT Committee is complied with only when the VAT Committee is in a position to deliberate properly on the measure submitted to it, considering that there is therefore nothing to prevent the VAT Committee from simply taking note of the national derogating measure communicated, without taking a decision on it. In other words, what is important is that the VAT Committee could deliberate whether or not the measure is appropriate and thus be in a position to exercise this power freely on the basis of all necessary information to enable it, where it deemed proper, on the basis of its autonomous evaluation, to examine the measure with full knowledge of the facts.

The Court recognized that the Italian Government had consulted the VAT Committee but always *after* the implementation of the derogating measure, in that carrying out a sort of informal consultation.

As regards questions sub b) and sub c), whether the first sentence of Article 17(7) of the Sixth Directive must be interpreted as meaning that it authorizes a Member State to exclude some goods from the system of deducting VAT without prior con-

sultation of the VAT Committee, and without limitation in time, the Court held again that the consultation procedure is undoubtedly compulsory. That being said, the Court recalled that Article 17(7) of the Sixth Directive authorizes the Member States to exclude some goods from the system of deductions “for cyclical economic reasons”, in order to deal with the consequences of the situation of its economy at a given time. Therefore, it is evident that the application of measures referred to in that provision must be necessarily temporary and cannot, by definition, be of a structural nature. Consequently, the Court held that, even though the Italian Government submits that the requests for consultation of the VAT Committee, in 1999 and 2000, *preceded* the adoption of the national measure extending the derogation from the principle of the right to deduct VAT”, the fact that that provision was systematically renewed from 1980 by the Italian Government does not allow to say it is of a temporary nature, which Community law consider a *conditio sine qua non* in order to authorize an exclusion of some goods from the right to deduct VAT.

Eventually, the Court ruled that the first sentence of Article 7(7) of the Sixth Directive must be interpreted as not authorizing a Member State to exclude goods from the system of deducting VAT without first consulting the VAT Committee, nor does that provision authorize a Member State “to adopt measures excluding goods from the system of deducting that tax which contain no indication as to their limitation in time and/or which form part of a body of structural adjustment measures whose aim is to reduce the budget deficit and allow State debt to be repaid”.

As regards how the infringement of Community law may legally affects taxpayers, the Court ruled that where it is impossible to justify the measure of derogation adopted for cyclical economic reasons, that measure of derogation is to be considered part of a body of *structural* measures, which do not fall within the scope of Article 17(7) of the Sixth Directive; consequently, the national tax authorities may not rely as against a taxable person on a provision of that kind.

As already pointed out, on 8 January 2002 the Court of Justice had issued a judgement of similar importance (case C-409/99) concerning the right to deduct VAT in respect of certain vehicles.

By its first question the national court, before case *Stradasfalti S.r.l. vs. Agenzia delle Entrate di Trento* was analyzed, asked whether “the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive precludes a Member State from excluding, after the entry into force of the Sixth Directive, expenditure relating to certain motor vehicles from the right to deduct VAT where, at the date of entry into force of that directive, that expenditure gave rise to the right to deduct VAT in accordance with a consistent practice of the public authorities of that State on the basis of a ministerial circular”.

Given that, as recalled many times, the principle of the right to deduct VAT is subject to the derogation in Article 17(6), second subparagraph of the Sixth Directive, that is the so-called standstill clause, the Member States are thereby authorized to retain *their legislation* in force at the date of entry into force of the Sixth Directive in respect of the exclusion from the right of deduction, at least until the Council, acting unanimously, has decided what expenditure is to be included in the black list under Article 17(6).

It is evident that the Community concept of “national laws” is of particular significance in order to solve the question referred to the Court of Justice for a preliminary ruling; this is why the Court provided the referring court with a clear definition.

In this regard, as already held in judgement of 14 June 2001, Case C-345/99, the Court drew a distinction between national measures of derogation extending the scope of the exemptions and those reducing such scope. In particular, the Court observed that “where, after the entry into force of the Sixth Directive, the legislation of a Member State is amended so as to reduce the scope of existing exemptions and thereby brings itself into line with the objective of the Sixth Directive, that legislation must be considered to be covered by the derogation in the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive and is not in breach of Article 17(2). On the other hand, national legislation does not constitute a derogation permitted by the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive, and infringes Article 17(2), if its effect is to increase, after the entry into force of the Sixth Directive, the extent of existing exclusions, thus diverging from the objective of that directive (...)”.

Taking into account the standstill clause, the Court pointed out that “the term *national laws* within the meaning of the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive does not refer only to legislative acts in the strict sense, but *also to administrative measures and practices of the public authorities of the Member State concerned*”.

Therefore, the fact that, at the date of entry into force of that directive, expenditure relating to certain motor vehicles gave rise to the right to deduct “by virtue of a consistent practice of the public authorities of that State on the basis of a ministerial circular”, the subsequent adoption of national legislation excluding those vehicles from the right to deduct VAT does not constitute a derogation permitted by the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive.

As regards the second question, the Court dealt with the issue of compulsory consultation of the VAT Committee provided for in Article 17(7) of the Sixth Directive and thus with the correct interpretation of the phrase “for cyclical economic reasons” in the same way as in judgement of 14 September 2006, case C-228/05; for this reason, we refer to above remarks on the point.

Having said that derogations to the right to deduct are permitted only in the cases expressly provided for in Article 17 of the Sixth Directive, it is also to point out that the Sixth Directive provides that the initial deduction can be adjusted where that deduction was higher or lower than that to which the taxable person was entitled; or, where after the return is made, some change occurs in the factors used to determine the amount to be deducted, in particular where purchases are cancelled or price reductions are obtained.

In case of “capital goods”, adjustment is to be spread over five years including that in which the goods were acquired or manufactured. It is made on the basis of the variations in the deduction entitlement in subsequent years in relation to that for the year in which the goods were acquired or manufactured. In the case of immovable property, the adjustment period may be extended up to twenty years.

On this point, the judgement issued by the European Court of Justice on 30 March 2006, case C-184/04, is particularly significant: in fact, the Court ruled on Article 20 of the Sixth Directive entitled “Adjustment of deductions” and, let’s say, “coordinated” it with Article 17, a general provision protecting the absolute nature of the right to deduct.

In the case in point, the major question was in essence whether, in the light of the Sixth Directive, adjustment of the deduction of VAT paid in respect of the letting of immovable property should be permitted where immovable property has first been used

in non-taxable activity and then in taxable activity, after the right of option within the meaning of Article 13(C) of the Sixth Directive has been exercised. The Court was called upon to clarify whether Article 20 of the Sixth Directive is to be interpreted as meaning that the adjustment of deductions in accordance with that article is mandatory for Member States in the case of capital goods (such as immovable property), and whether this article is to be interpreted as meaning that the adjustment of deductions in accordance with that article is applicable even where the capital goods were first used in non-taxable activity and only later in a taxable activity for VAT purposes.

As the Court recalled, according to the structure of the system introduced by the Sixth Directive, “input taxes on goods or services used by a taxable person for his taxable transactions may be deducted. *The deduction of input taxes is linked to the collection of output taxes.* Where goods or services acquired by a taxable person are used for purposes of transactions that are exempt or do not fall within the scope of VAT, no output tax can be collected or input tax deducted. In this sense, however, where goods or services are used for the purposes of transactions that are taxable as outputs, deduction of the input tax on them is required in order to avoid double taxation”. In this sense, the period laid down in Article 20 of the Sixth Directive for adjustment of deductions aims “to avoid inaccuracies in the calculation of deductions and unjustified advantages or disadvantages for a taxable person where, in particular, changes occur in the factors initially taken into consideration in order to determine the amount of deductions after the declaration has been made. The likelihood of such changes is particularly significant in the case of capital goods, which are often used over a number of years, during which the purposes to which they are put may alter”. Therefore, the system of adjustment of deductions is an essential element introduced by the Sixth Directive in that its purpose is the accuracy of deductions and thus the neutrality of VAT burden; the Sixth Directive therefore provides for an adjustment period of five years, extendable to 20 years in the case of immovable property.

Furthermore, the Court held that Article 20(2) of the Sixth Directive concerning capital goods, which are relevant in the main proceedings, is binding. In particular, the Court deduced that binding character of Article 20(2) of the Sixth Directive from the general principle under previous Article 17, namely from the fact that limitations on the right of deduction, and hence adjustments to deductions, must be applied in a similar manner in all the Member States and derogations are permitted only in the cases expressly provided for in the Sixth Directive. The fact that Article 20(5) of the Sixth Directive lays down very specific conditions that must be met in order for a Member State to be able, by way of derogation, to refrain from applying Article 20(2) strengthens the binding nature of the latter provision.

The question appears of great importance where it is considered that the application of Article 20 of the Sixth Directive affects the amount to deduct from the tax. In particular, referring to the example cited in the motivation of this judgement, where a property which after being acquired in taxable activity, is put, one year after its acquisition, to use in non-taxable activity for the next four years, in principle the application of Article 20(2) of the Sixth Directive results in keeping the deductible tax at one fifth, whereas the application of Articles 5(6) and 6(2) of the Sixth Directive results in taxation of the full value of the property at the time of the change in its use.

The Court considered that Articles 5(6) and 6(2) apply only where the goods concerned are put to private use, not where the goods are put to another use in non-taxable activity.

In the light of the above considerations, the Court held that Article 20 is applicable without any doubt.

Regarding to the question aimed at determining whether the fact that the relevant activity was originally non-taxable and deductions were therefore totally excluded has any impact on that adjustment, the Court confirmed that the adjustment depends on “the existence of a right to deduct based on Article 17 of the Sixth Directive”.

In particular, the Court confirmed that, pursuant to Article 17(1) of the Sixth Directive, “the right to deduct VAT arises at the time when the deductible tax becomes chargeable. Consequently, only the capacity in which a person is acting at that time can determine the existence of the right to deduct”. Furthermore, “the use to which capital goods are put merely determines the extent of the initial deduction to which the taxable person is entitled under Article 17 of the Sixth Directive and the extent of any adjustments in the course of the following periods, but does not affect whether a right to deduct arises. It follows that the immediate use of the goods for taxable supplies does not in itself constitute a condition for the application of the system of adjustment of deductions”.

5. The right to deduct in case of transactions carried out for the sole purpose of obtaining a tax advantage

In the above paragraph, it was proved that the European Court of Justice has constantly held that derogations from the right to deduct must be applied consistently in Member States and can be conceded only in the cases as expressly provided for in the Sixth Directive. There remains to be considered that the right to deduct cannot be exercised in case of transactions carried out for the sole purpose of obtaining a mere tax advantage.

On 21 February 2006, the Court issued two judgements on case C-255/02 and C-223/03 and held that input VAT cannot be deducted on supplies of goods or services carried out only with the sole aim of obtaining a tax advantage, without any other economic objective. The Court was requested to rule, in the first case, on a banking company, which was able to recover less than 5% of its input VAT and had set up a range of collateral activities with property companies belonging to the group, in order not to lose its right to deduct; and in the second cases, on a University establishing a trust to recover refurbishment costs that would be otherwise irrecoverable as it carried out VAT exempt supplies of services.

With specific reference to the first dispute, the Court ruled that the principle of neutrality is not to be applied in such a distorted way to allow VAT deductions on economic activities in the event of fraud or abusive practices.

The Court held also that neutrality of VAT is a “*fundamental principle*” that Member States must comply with when laying down “*the conditions under which the tax authorities may recover the value added tax*”. It follows that where the tax administration verify that the deduction of input VAT was undue, they “are entitled to demand, *with retroactive effect*, repayment of the amounts deducted in relation to each transaction whenever they find that the right to deduct has been exercised abusively”.

According to the Court, therefore, transactions of the kind at issue constitute supplies of goods or services and an economic activity, but are not entitled to deduct VAT, as they constitute an abusive practice.

Furthermore, as clearly pointed out in the judgement, the Court held that the abusive practice must be apparent from a number of objective factors showing that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage; when an “abusive practice” is found, the transactions involved must be redefined so as to re-establish the situation that would have prevailed in the absence of the transactions constituting that abusive practice.

6. The right to deduct in case of transactions between residents of different Member States

The harmonization of indirect taxation and of VAT has always been considered a crucial objective because of the role played by this tax in Community trade. As just seen, this objective has ideally unified the activities of Community institutions and is clearly embedded in the European Court of Justice’s case law. Here, the Sixth Directive has been examined with a view to guaranteeing the pursuit of a true free circulation of goods and services, which favour competition and the establishment of a single market by way of eliminating economic discriminations by reason of residence.

Specifically, it may be observed that the principle of neutrality underlying the value added tax in Community law can be effective where the right to deduct is exercised consistently not only by residents, but also by persons who are not resident of the country where the taxable purchase of goods or services was carried out.

Particularly significant is the judgement of 26 September, case C-302/93, where the European Court of Justice ruled that the fact that a professional (a lawyer, in the case in point) benefits from an exemption in the Member State in which he is established does not entitle him to a refund of the VAT charged on services supplied to him in a Member State where he is not established and in which services supplied by lawyers are not exempted.

More specifically, the national court referred to the Court for a preliminary ruling under Article 177 of the EEC Treaty a question on the interpretation of Article 17(2) and (3)(a) of the Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May, and of Article 3(b) and the first paragraph of Article 5 of the Eighth Council Directive 79/1072/EEC of 6 December 1979.

That question was raised in the proceedings between a lawyer and the tax authorities concerning entitlement to the refund of VAT (provided for in the Dutch law, after the transposition of the provisions of the Eighth Directive) charged on the hiring of a

car from a leasing company established in the Netherlands which he used exclusively for his professional activity in Belgium. The Kingdom of Belgium has availed itself of the possibility provided for by Article 28(3)(b) of the Sixth Directive, in conjunction with Annex F thereof, to exempt the services supplied by lawyers from VAT. By contrast, the same services are subject in the Netherlands to turnover tax.

In order to give a reply which may help to resolve the dispute in the main proceedings, it should be borne in mind that in accordance with Article 3(b) of the Eighth Directive the taxpayer must, if he is to qualify for a refund, prove by means of a certificate issued by the authorities of the State in which he is established that he is a taxable person for the purposes of VAT in that State. As it was common ground that the lawyer had not submitted any such certificate to the Netherlands authorities, the Court held that he was not entitled to the right to deduct, by virtue of the general principle according to which a taxable person who benefits from exemption and is consequently not entitled to deduct input tax is not, in accordance with the objective pursued by the VAT directives, entitled to a refund of VAT paid in another Member State either.

The interpretation of the right to deduct follows the same rules for residents and non-residents. Consequently, as it is not allowed to treat non-residents less favourably than residents, so it is not allowed to treat non-residents more favourably than residents; this explains why a taxable person is not entitled to a refund of the VAT charged on services supplied in a Member State in which he is not established and in which services supplied are not exempted.

7. The mandatory passing on of VAT in the light of the case law of the European Court of Justice

As said in the introduction, the neutrality of the value added tax is guaranteed by the right to deduct and by the passing on of the tax. It is appropriate then to describe this mechanism, even if briefly. The supplier of goods or services charges relevant VAT to the recipient of the supply: if the recipient is a taxable person for VAT purposes, he can pass on the tax to the final consumer; if the recipient is not a taxable person for VAT purposes, he should bear the relevant charge. The mechanism evidently aims at passing the burden of value added tax charged on supplies of goods or services on to the final consumer through tax neutral passages.

The mandatory nature of this mechanism can be inferred from the case law concerning Article 33 of the Sixth Directive, according to which “without prejudice to other Community provisions (...), this Directive shall not prevent a Member State from maintaining or introducing taxes on insurance contracts, taxes on betting and gambling, excise duties, stamp duties and, more generally, any taxes, duties or charges, which *cannot be characterized as turnover taxes*”.

The provision contained in above Article is particularly important for the purposes of the issues under examination, that is the obligation of passing on the tax paid on purchases of goods and services under the VAT scheme. Actually, the fact that the concept of “turnover tax” could be interpreted on a case-by-case basis made the Euro-

pean Court of Justice intervene in order to give a more precise content to the concept; it identifies the passing on of the tax to the final consumer as typical of turnover tax.

The judgement of 27 November 1985, case C-295/84, is among the most interesting and significant. Here, the European Court of Justice was called upon to rule on the question whether Article 33 of the Sixth Directive must be interpreted as making inapplicable French legislation introducing a solidarity levy and mutual assistance charge on undertakings in the private and public sectors. In order to determine whether or not the taxes in point could be characterized as turnover taxes, the Court analyzed the provision in the light of the purpose served within the Community VAT system and, in particular, of Article 17(2) of the Sixth Directive: the latter so arranges the procedure for deduction “that taxable persons are authorized to deduct from the value added tax for which they are liable the value added tax” which they have already paid on their purchases of goods and services. On the grounds of these provisions, the Court held that Article 33 of the Sixth Directive seeks to prevent “the functioning of the common system of value added tax from being compromised by fiscal measures of a Member State levied on the movement of goods or services and charged on commercial transactions in a way comparable to value added tax”; it follows that the purpose of that provision cannot be to prohibit the Member States from “maintaining or introducing duties or charges (.....) which are based on the activity of undertakings or certain categories of undertakings and calculated on the basis of the total annual turnover without directly affecting the price of goods or services”.

What the Court of Justice held is important in that it enables to decide whether a given tax is characterized as a turnover tax where it is possible to establish that the tax may be passed on in the purchase, production, marketing and sale of goods or services, in a way comparable to VAT [see judgement of the European Court of Justice of 3 March 1988, C-252/86; judgement of the European Court of Justice of 19 March 1991, C- 109/90].

On the mandatory nature of the passing on of VAT, it is to remember the crucial judgement of 26 June 1997, joined cases C-370/95, C-371/95, C-372/95, where the question raised between a Spanish company and the Spanish Ministry for the Economy and Finance concerned whether a tax on the use of gaming machine was compatible with Article 33 of the Sixth directive: in particular, by its first question the national court asked “whether the concept of passing on the tax to the consumer, within the meaning of the Sixth Directive (...), and of the rest of the Community legal order, and for determining the concept of turnover tax, require(s), *always* and *in every case*, the law concerning the tax in question to lay down expressly that the said tax may be passed on to the consumer or is it sufficient, on the other hand, if the tax can be deemed, on a reasonable interpretation of such law, to be actually included in the price paid by the consumer”. In order to answer this question, the Court first considered that the Article 33 of the Sixth Directive necessarily implies that the tax may be passed on in the price of the goods or services in such a way that it is definitely borne by the consumer. Following this line of reasoning, a number of judgements concerned the interpretation of Article 33, which – “in leaving Member States free to maintain or introduce certain indirect taxes (...) on the condition that they are not taxes which can be ‘characterized as turnover taxes’ ” – seeks to prevent the functioning of the common system of VAT from being compromised by fiscal measures of a

Member State levied on the movement of goods and services, and charged on commercial transactions in a manner comparable to VAT.

In the light of these considerations, the Court of Justice pointed out that taxes, duties or charges exhibit the essential characteristics of a turnover tax only when – in addition to the fact that it applies generally to transactions relating to goods or services, it is proportional to the price of those goods and services, it is charged at each stage of the production and distribution process and it is imposed on the added value of goods and services – it must be “*capable of being passed on to the consumer*”. However, this characteristic must be verified in practice on the basis of the operation of the tax, as it is not sufficient that the relevant national legislation provides in theory that it may be passed on to the consumer. It follows that the passing on of the tax is essential to the legal structure of VAT.

The above is confirmed in what the Court ruled in judgement of 8 June 1999, joined cases C-338/97, C-344/97 e C-390/97 concerning the question whether Article 33 of the Sixth Directive is to be interpreted as precluding the imposition of charges by some Länder on traders with an economic interest in the tourism industry. On the point, the Court of Justice pointed out that “in order to decide whether a tax, duty or charge can be characterized as a turnover tax (...), it is necessary, in particular, to determine whether it has the effect of jeopardizing the functioning of the common system of VAT by being levied on the movement of goods and services and on commercial transactions in a way comparable to VAT”. In the light of these considerations, the Court observed that the charges to promote tourism were not passed on to the final consumer in a way comparable to VAT. As the Court held, in fact, “even on the assumption that an undertaking selling to final consumers will take account, in fixing its price, of the amount of the charge included in its general expenses, not all undertakings have the possibility of thus passing on, or passing on in full, the burden of tax”. From the Court’s ruling it may be concluded, therefore, that the VAT system does not rely the passing on of the tax burden on mere economic phenomena (such as, the amount of charge included in the price), but it provides and “imposes” it legally, so that the value added tax can achieve the objective as laid down in the tax legislation and hit virtually only the final use of goods and services.

Bibliography

AMATUCCI F., *L’interpretazione e l’applicazione del principio di non discriminazione nell’ordinamento tributario italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 1999, II.

AMATUCCI F., *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti della disciplina nazionale del rimborso di imposta*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, III.

AMATUCCI F., *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito UE*, in *Rivista di diritto tributario*, 2005, I.

AMATUCCI A., *Struttura ed effetti della fattispecie contenuta nelle norme istitutive dell’IVA*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1976, I.

AMATUCCI A., *La normativa comunitaria quale fonte per l’ordinamento interno*, in *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005.

CAPOLUPO, *Iva comunitaria. Controlli e accertamento*, in *Il fisco*, 1993.

- COMELLI, *L'Iva quale imposta sul consumo*, in *Rivista di diritto tributario*, 1996, II.
- COMELLI, *Sul momento di effettuazione della prestazione dei servizi ai fini Iva*, in *Rivista di diritto tributario*, 1996, II.
- COMELLI, *L'armonizzazione fiscale e lo strumento della direttiva comunitaria in relazione al sistema dell'IVA*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1998, I.
- COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale, contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000.
- COMELLI, *Sul requisito dell'onerosità delle operazioni soggette all'IVA*, in *Rivista di diritto tributario*, 2003, III.
- DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del Contribuente*, Milano, 2006.
- FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2005.
- FANTOZZI, *Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo*, in *Rassegna tributaria*, 1988.
- FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2004.
- FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995.
- FAZZINI, e AA.VV, *I tributi in Italia*, Padova, 1995.
- FAZZINI, *La riforma dell'Iva*, in *Il Fisco*, 1998.
- FAZZINI, *Il diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 2000.
- FAZZINI, *Attività economiche ed imposizione fiscale. Profili storico-sistematici*, Padova, 2005.
- GALLO, *Mercato unico e fiscalità. Aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rassegna tributaria*, 2000.
- GALLO, *Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari*, Relazione introduttiva al Convegno sul tema "Sovranità fiscale degli Stati tra integrazione e decentramento" (Ravenna, 13-14 ottobre 2006), in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, VI.
- GALLO, *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Napoli, 2006.
- GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, 2005.
- LUPI, *Delega Iva e limiti alla detrazione sugli acquisti: dai criteri forfetari all'imputazione specifica*, in *Rassegna tributaria*, 1997.
- LUPI, *Diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2000.
- LUPI – GIORGI, *Iva autovetture. Detrazione ed "uso promiscuo"*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006.
- MANDÒ, *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2006.
- MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna tributaria*, 2005.
- MICELI, *Il recupero dell'Iva detraibile tra principi comunitari e norme interne*, in *Rassegna tributaria*, 2006.
- PISTONE, *Il trattamento delle perdite e l'evoluzione del diritto comunitario primario in materia di imposte dirette*, in *Rivista di diritto tributario*, II.
- PUOTI, *Riflessioni sulla natura giuridica di reddito*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1976, I.
- PUOTI, *I redditi di lavoro nel modello Ocse*, in *Corso di diritto tributario internazionale coordinato da V. Uckmar*, Padova, 1999.
- RUSSO – CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella comunità europea*, in *Rassegna tributaria*, 1990.

RUSSO, *Manuale di Diritto Tributario*, Milano, 2002.

SACCHETTO, *Territorialità nel diritto tributario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992.

SACCHETTO, *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2001, I.

SACCHETTO, *L'Italia verso una riforma fiscale radicale: gli aspetti internazionali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2002, II.

SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005.

SALVINI, *Rivalsa, detrazione e capacità contributiva nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1993.

SALVINI, *La detrazione Iva nella Sesta direttiva e nell'orientamento interno, principi generali*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, II.

SPINA, *Limiti alla detraibilità Iva delle auto aziendali*, in *Il fisco*, 2006.

STEVANATO, *La detrazione Iva a seguito del D. Lgs. n. 313/1997*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1998, I.

STEVANATO, *Doppia tassazione dei dividendi intracomunitari e restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *Corriere tributario*, 2007.

TESAURO, *Profili della fiscalità comunitaria*, in *Bollettino Tributario*, 1988.

TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, parte speciale*, Torino, 2005.

UCKMAR, *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'UE*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995, I.

UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005.

Il meccanismo della detrazione e della rivalsa dell'IVA in ambito UE*

Enrico Fazzini**

SOMMARIO: 1. L'imposta sul valore aggiunto quale tributo comunitario; 2. Profili generali del diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto; 3. Detrazione e soggettività passiva: la qualifica di soggetto passivo quale presupposto del diritto di detrazione; 4. La disciplina delle fattispecie derogatorie all'esercizio del diritto di detrazione; 5. La detrazione in presenza di operazioni poste in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale; 6. L'esercizio del diritto di detrazione nel caso di operazioni tra soggetti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi; 7. La natura obbligatoria dell'istituto della rivalsa alla luce delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità Europee

1. L'imposta sul valore aggiunto quale tributo comunitario

Nell'anno in corso ricorrono due eventi che, per la loro simbologia temporale, si impongono alla nostra attenzione: il cinquantenario anniversario della firma del Trattato di Roma, che ha sancito la nascita di quell'entità sovranazionale oggi nota sotto il nome di Unione Europea, nonché il trentesimo anniversario dell'emanazione della VI Direttiva, che ha invece dettato la disciplina fondamentale del primo "tributo comunitario": l'imposta sul valore aggiunto.

Le celebrazioni di queste significative ricorrenze rappresentano per tutti noi, quali cittadini comunitari ancor prima che studiosi del diritto tributario, un'occasione di riflessione per individuare le modalità più opportune attraverso le quali adeguare le politiche, le istituzioni nonché – ed è questo il tema che in questa sede maggiormente interessa – i meccanismi di imposizione da attuare all'interno di un sistema che, nato con soli sei Paesi membri (Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi), è in seguito cresciuto fino a comprenderne, dal 1° gennaio 2007, ben ventisette.

Per ragioni di tutta evidenza, coordinare le politiche fiscali ed uniformare i regimi di imposizione all'interno di un territorio così vasto e, per molti aspetti, ancora fortemente eterogeneo, ha posto – e continua tutt'oggi a porre – notevoli problemi di armonizzazione, che hanno trovato, progressivamente, soluzione mediante l'emanazione di atti di diritto comunitario derivato, nonché attraverso l'intensa attività interpretativa posta in essere dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

* Testo della relazione svolta al VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria organizzato a Napoli il 20 aprile 2007, "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva".

** Associato di Diritto Tributario nell'Università di Firenze.

La necessità di armonizzare, ma anche di modernizzare e semplificare, le norme tributarie e, per quello che in questa sede particolarmente interessa, quelle relative all'imposta sul valore aggiunto è, del resto, alla base dei numerosi interventi normativi che si sono succeduti nel corso del tempo e che sono culminati lo scorso dicembre nell'emanazione della Direttiva Comunitaria 2006/112/CE, entrata in vigore il 1° gennaio in tutti i Paesi dell'Unione, con la quale il Consiglio ha unificato le disposizioni contenute nella Direttiva 67/227 dell'11 aprile 1967 (I Direttiva) e nella Direttiva 77/388 del 17 maggio 1977 (VI Direttiva). La rielaborazione, cosiddetta *Recast* o Rifusione della normativa IVA, ha apportato modifiche sia di tipo strutturale sia di carattere redazionale alla legislazione previgente, atte a rendere maggiormente intelligibile il testo di alcune disposizioni, ovvero a correggere errori e divergenze linguistiche, senza tuttavia modificare nella sostanza - se non in pochi aspetti, non rilevanti per il tema che preme qui sviluppare - quanto precedentemente stabilito dal legislatore comunitario.

Tanto premesso, si deve ricordare che la scelta di introdurre nel nostro ordinamento giuridico il tributo sul valore aggiunto, con la conseguente abrogazione della precedente forma di tassazione rappresentata dall'imposta generale sulle entrate (IGE), ha costituito per il nostro Paese una scelta imposta dalla normativa elaborata in tema di scambi dal legislatore europeo. Precipua finalità del Trattato di Roma è stata infatti la creazione di un mercato comune, ossia di uno spazio privo di frontiere all'interno del quale merci, persone, servizi e capitali potessero liberamente circolare; finalità per la cui realizzazione il Consiglio, già con la I Direttiva in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri attinenti alle imposte sulla cifra d'affari, statuí che ciascun Paese membro dovesse predisporre un sistema di imposizione delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi basato su "un'imposta generale sul consumo esattamente proporzionale al loro prezzo, *qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e distribuzione antecedente alla fase dell'imposizione*" [Cfr. art. 1 della I Direttiva].

In vigenza dell'IGE, com'è ben noto, ad ogni successiva fase del processo produttivo o di commercializzazione, il bene veniva nuovamente colpito dal tributo sul valore lordo: ciò comportava la tassazione di elementi di costo già in precedenza colpiti, facendo altresì rientrare nella base imponibile anche l'ammontare del tributo precedentemente pagato. Avveniva, in conseguenza, che, per i beni uguali, potesse essere diverso il carico tributario che veniva a gravare sul consumatore finale; l'incisione del tributo a titolo di IGE era, infatti, tanto maggiore quanto più numerosi erano stati i passaggi che il bene aveva subito nel corso del ciclo economico. Tale circostanza provocava distorsioni nel mercato in quanto, per attenuare l'inconveniente, venivano poste in essere concentrazioni verticali di imprese (cosiddette imprese a ciclo integrato) non giustificate da motivi di economia aziendale, ma finalizzate unicamente a contenere il numero dei passaggi del bene e con questi l'onere tributario che andava a gravare sul prodotto.

Ulteriori inconvenienti si manifestavano altresì sul mercato internazionale, sia con riguardo alle importazioni (nel tentativo di introdurre nel mercato interno i beni importati con lo stesso carico tributario gravante sui prodotti nazionali simili) che alle esportazioni. E' infatti un principio generale di politica economica quello di detassare i prodotti destinati all'esportazione rimborsando all'esportatore il tributo precedentemente assolto. Per raggiungere tale obiettivo dunque è necessario conoscere

esattamente l'ammontare dei tributi conglobati nel prezzo dei prodotti. Nella vigenza dell'IGE questo calcolo era oltremodo difficoltoso. Esso poteva avvenire solo con metodo statistico e ricorrendo ad aliquote forfetarie di compensazione, il che però portava ad ingiustificabili situazioni di disuguaglianza, a tutto scapito della trasparenza degli scambi internazionali. Inoltre, nella vigenza di sistemi di imposta plurifase con effetto cumulativo (a cascata), qual era appunto l'IGE, potevano attuarsi (con la previsione di un'elevata aliquota forfetaria di ritorno nelle merci in esportazione o l'applicazione di un'elevata aliquota di conguaglio sui beni importati) misure protezionistiche da parte dei singoli Stati, in violazione degli obblighi assunti nell'ambito della CEE.

Con l'entrata in vigore dell'IVA, introdotta nel nostro ordinamento, come detto in premessa, in aderenza a quanto disposto dal legislatore comunitario nella I e nella VI Direttiva, i problemi cui abbiamo appena fatto cenno sono stati eliminati alla radice.

Come sopra ricordato, la necessità di istituire un tributo in grado di eliminare gli effetti distorsivi prodotti dall'IGE era già emersa durante i lavori che condussero alla stipula del Trattato di Roma del 1957.

All'art. 93 (già art. 99) del Trattato si legge infatti che "il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, previa consultazione del Parlamento Europeo e del Comitato Economico e Sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, *nella misura in cui* detta armonizzazione sia necessaria ad assicurare l'instaurazione ed il funzionamento di un *mercato interno (...)*".

Come emerge dal dato testuale di questa disposizione, l'armonizzazione dei sistemi legislativi degli Stati membri è posta a fondamento dell'edificazione di un ordinamento giuridico tributario europeo. Al procedimento normativo comunitario, infatti, viene attribuita una funzione sostanzialmente strumentale all'obiettivo di creare un libero mercato interno privo di frontiere che ostacolino la libera circolazione delle merci e delle persone; di conseguenza, per espressa previsione legislativa, agli organi comunitari non è affidato il compito di intervenire per rimuovere *ogni* singolo elemento di divergenza rilevabile nell'ambito dei singoli sistemi fiscali nazionali, bensì soltanto quelli suscettibili di determinare effetti distorsivi dei meccanismi della libera concorrenza all'interno dell'area comunitaria e di rallentare, conseguentemente, il percorso verso l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri.

Nell'intento di dare realizzazione a quanto affermato nel Trattato, gli organi comunitari hanno introdotto un tributo sul valore aggiunto in grado di determinare una perfetta neutralità sul piano della concorrenza, facendo in modo che all'interno di ciascun paese, sulle merci dello stesso tipo andasse a gravare lo stesso carico fiscale, a prescindere dal numero dei passaggi intermedi intercorrenti tra il momento della produzione e quello della effettiva distribuzione delle merci o dell'erogazione dei servizi, mentre, negli scambi comunitari, fosse sempre noto l'ammontare dell'onore impositivo, onde poter effettuare "un'esatta compensazione" dell'onere stesso. Da ciò, le caratteristiche di trasparenza e neutralità precipue dell'imposta sul valore aggiunto; essa è trasparente perché, non avendo effetto cumulativo, è possibile conoscere in ogni momento il preciso carico che grava su un determinato bene; neutrale in quanto, restando invariata indipendentemente dal numero dei passaggi, non crea distorsioni commerciali né sul mercato interno né su quello internazionale.

Prescindendo dall'analisi dello schema applicativo dell'imposta sul valore aggiunto, si deve rilevare che la neutralizzazione dell'onere impositivo e, in via di stretto corollario, l'eliminazione delle discriminazioni tra prodotti esteri e prodotti interni derivanti da una differente attuazione del meccanismo del tributo, è affidata a due istituti: il diritto di detrazione dell'imposta assolta in relazione ai beni e ai servizi acquistati o importati (nell'esercizio dell'impresa, arte o professione) dall'imposta relativa alle operazioni effettuate e l'obbligo di rivalsa.

Come in precedenza affermato, l'IVA, pur essendo un tributo cosiddetto plurifase, non presenta effetti del cumulo in quanto l'onere tributario viene ad essere applicato di volta in volta sul solo valore che, in ogni stadio del ciclo economico, si aggiunge a quello già precedentemente assoggettato ad imposta. Proprio da qui – giova ricordarlo incidentalmente - la denominazione "imposta sul valore aggiunto", anche se all'imposizione del valore aggiunto non si perviene, di regola, in modo diretto assumendo a base imponibile, mediante la preventiva deduzione dei costi, il solo valore aggiunto, bensì, attraverso il meccanismo della detrazione "imposta da imposta".

Alla luce di quanto appena affermato deve, in questa sede, rilevarsi, con riguardo al diritto alla detrazione nell'ambito del rapporto obbligatorio tributario, la natura di "credito di imposta" del tributo assolto o dovuto in via di rivalsa desumibile dalla normativa comunitaria confermata dal legislatore nazionale.

Ai sensi dell'art. 17, par. 2, della VI Direttiva, "il soggetto passivo è autorizzato a dedurre dall'imposta di cui è debitore l'imposta sul valore aggiunto dovuta o assolta per i beni che gli sono o gli saranno forniti e per i servizi che gli sono o gli saranno prestati da un altro soggetto passivo (...)" e, in base al successivo art. 18, par. 2, "il soggetto passivo opera la deduzione sottraendo dall'importo totale dell'imposta sul valore aggiunto dovuta per un dato periodo fiscale dell'imposta per la quale, nello stesso periodo, è sorto e può essere esercitato il diritto a deduzione".

Dalle citate disposizioni emerge dunque che il tributo dovuto e, quindi, il debito del soggetto passivo, è costituito nell'ordinamento comunitario dall'intero ammontare del tributo calcolato sulle operazioni attive effettuate nel periodo di imposta, al lordo dell'imposta detraibile. Il diritto alla detrazione non rileva, cioè, ai fini della determinazione del tributo che è individuato anteriormente alla detrazione stessa e indipendentemente da questa, ma esclusivamente ai fini della liquidazione del tributo da versare. Anche nell'ordinamento interno, laddove è stabilito, all'art. 17 del D.P.R. n. 633/1972, che l'imposta è dovuta dai soggetti passivi, il riferimento deve intendersi effettuato al tributo determinato applicando l'aliquota di cui all'art. 16 alla base imponibile, costituita, di volta in volta, dall'ammontare complessivo dei corrispettivi relativi alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi. I soggetti passivi devono poi versare l'imposta dovuta all'Erario cumulativamente per tutte le operazioni effettuate, al netto della detrazione prevista all'art. 19 dello stesso decreto. Il debito del soggetto passivo è costituito, pertanto, dall'ammontare del tributo calcolato sulle operazioni attive (cosiddetta "imposta lorda") e non corrisponde al tributo relativo al "valore aggiunto" sia pure determinato, di regola, attraverso il meccanismo della detrazione imposta da imposta anziché della deduzione base da base.

Dunque, il tributo assolto o dovuto in via di rivalsa sugli acquisti effettuati nell'esercizio dell'attività rappresenta, in sostanza, un credito di imposta a favore del soggetto passivo destinato, secondo lo schema di applicazione dell'IVA, all'individuazione di

un minor tributo da versare (cosiddetta “imposta netta”) in luogo di quello a debito, attraverso un meccanismo di compensazione tra debito e credito.

Ciò determina anche inevitabili ripercussioni sia in tema di accertamento che di onere della prova.

Sotto il primo profilo, l'attività di accertamento è rivolta a determinare la maggiore imposta (lorda) eventualmente dovuta in relazione ad operazioni attive non contabilizzate né dichiarate. E' tale infatti la maggiore imposta dovuta per effetto dell'accertamento tributario e non già quella risultante al netto della detrazione del tributo relativo ad acquisti non contabilizzati di beni e servizi, siano o meno gli stessi beni la cui successiva cessione in evasione del tributo costituisce oggetto dell'accertamento medesimo. Ciò anche se il tributo passivo relativo agli acquisti non contabilizzati – risultanti o meno da fatture passive non registrate – sia stato effettivamente pagato ai fornitori.

Sotto il secondo profilo, mentre compete all'amministrazione finanziaria dimostrare la fondatezza della maggiore pretesa tributaria, l'onere della prova circa la sussistenza del tributo detraibile, e quindi di un credito d'imposta del contribuente diminutivo del debito, grava esclusivamente sullo stesso soggetto passivo.

2. Profili generali del diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto

Quanto finora affermato riguarda lo schema del tributo e la sua neutralità sul piano nazionale, ma offre comunque interessanti spunti per ampliare il campo di osservazione attraverso l'analisi della disciplina della detrazione sul piano comunitario. Atteso che, come rilevato in premessa, l'introduzione nel nostro ordinamento del tributo sul valore aggiunto rispose all'esigenza di impedire che, in virtù di un regime IVA più favorevole, le merci ed i servizi provenienti da alcuni Stati della Comunità potessero esercitare, rispetto a quelli interni, un maggiore *appeal* sugli operatori economici e sul consumatore finale, il meccanismo applicativo del tributo sul valore aggiunto è stato strutturato stabilendo un regime di non imponibilità per le operazioni intracomunitarie di cessione e di soggezione al tributo per quelle di acquisto.

Se la neutralità dell'imposta è garantita sul piano nazionale attraverso gli istituti della detrazione e della rivalsa, essi devono poi trovare uniforme applicazione in ambito comunitario, onde assicurare un'assoluta parità di trattamento tra operazioni e attività nazionali ed operazioni ed attività comunitarie.

In particolare, la disciplina del diritto alla detrazione è contenuta nel capo XI della VI Direttiva. Al riguardo, è opportuno evidenziare come la Corte di Giustizia, proprio in ragione dell'origine comunitaria del tributo sul valore aggiunto, sia stata ripetutamente chiamata ad interpretare le disposizioni in essa contenute al fine di dare concretezza alle finalità della Direttiva stessa, mirante all'armonizzazione delle legislazioni fiscali dei singoli Stati membri in materia di imposta sugli scambi.

Merita aprire qui una, seppur breve, digressione sull'attività interpretativa della Corte di Giustizia delle Comunità Europee ex art. 234 (già art. 177), par. 1, lettera a), del Trattato. Come è noto, tale attività si è resa particolarmente necessaria in materia tributaria ed è proprio con riferimento al tributo sul valore aggiunto che ha potuto esprimersi nella maniera più alta e pregnante. Più dettagliatamente, essa è prevista e

disciplinata dall'art. 234 del Trattato di Roma, secondo cui: "La Corte di Giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale:

- a) sull'interpretazione del presente trattato,
- b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE,
- c) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi.

Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di Giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di Giustizia".

Dalla lettera della norma emerge che alla Corte di Giustizia è attribuito, in via esclusiva, il potere di interpretare pregiudizialmente le norme comunitarie e non anche la facoltà di emettere, in maniera diretta, un giudizio sulla eventuale mancata applicazione delle stesse all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali e, quindi, sulla possibile insorgenza di una fattispecie di incompatibilità con il diritto domestico.

Quanto appena affermato risulta senza dubbio vero e condivisibile sotto un profilo strettamente teorico, e cioè che la Corte di Giustizia è investita del compito di fornire, in via incidentale e pregiudiziale, le linee interpretative alle quali il giudice nazionale – unico titolare del potere di accertare la fattispecie concreta ed applicare alla controversia le norme oggetto di interpretazione - dovrà attenersi nell'esegesi di una norma comunitaria. Nella realtà pratica non si può ignorare che solo in rari casi le domande pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo* consistono in questioni di mera interpretazione di una norma comunitaria; di converso, nella maggior parte dei casi, le questioni sottoposte al vaglio della Corte di Giustizia hanno ad oggetto la compatibilità della norma interna da applicare con quella comunitaria di riferimento e, dunque, implicano la necessità di una pronuncia che comporti, in maniera *diretta*, la disapplicazione delle norme nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione.

Il meccanismo appena descritto risulta funzionale all'obiettivo di armonizzare i meccanismi impositivi vigenti all'interno dei singoli Stati membri, vigilando sulla conformità al diritto comunitario delle norme interne. Attraverso l'attività svolta, la Corte riesce, in altri termini, a garantire in tutti gli Stati dell'Unione il rispetto dei precetti comunitari, imponendo, attesa la mancanza di strutture giudiziarie di tipo federale, la propria posizione sia per quanto concerne la mera interpretazione delle norme comunitarie, sia per quanto attiene alla immediata attuazione delle stesse.

Ne discende la possibilità di includere, seppur in senso lato, tra le stesse fonti del diritto tributario, le pronunce giurisprudenziali della Corte di Giustizia, le quali, nel loro insieme, configurano il punto di riferimento ultimo che gli organi nazionali devono tener presente nell'applicazione delle norme interne e dal quale gli interpreti e gli studiosi del diritto non possono prescindere nell'analisi degli aspetti sostanziali e procedurali del tributo sul valore aggiunto. Tale conclusione,

del resto, si rivela perfettamente coerente con la natura intimamente comunitaria del tributo *de quo*.

3. Detrazione e soggettività passiva: la qualifica di soggetto passivo quale presupposto del diritto di detrazione

Tornando al tema principale, merita osservare che, ai fini della detrazione, assume una particolare rilevanza la soggettività passiva agli effetti del tributo sul valore aggiunto, presupposto necessario per l'assoggettabilità al medesimo delle cessioni e delle prestazioni poste in essere. In specie, agli effetti della detrazione del tributo, il tema della soggettività merita di essere esaminato sotto i diversi profili dell'individuazione dei soggetti passivi e della decorrenza della soggettività passiva.

La legge delega per la riforma tributaria e il decreto di attuazione non individuano in maniera espressa i soggetti passivi del tributo sul valore aggiunto o, più esattamente, i soggetti passivi del rapporto giuridico relativo al tributo sul valore aggiunto. La legge delega, nello stabilire i principi e i criteri, prevedeva l'assoggettamento al tributo delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi effettuate nell'esercizio dell'impresa, delle prestazioni effettuate nell'esercizio di arti e professioni, nonché delle importazioni da chiunque effettuate. La normativa che ne è derivata, anche a seguito di integrazioni e modifiche, ripete sostanzialmente quanto indicato nella legge delega, con l'aggiunta che rientrano nell'assoggettamento al tributo anche le cessioni di beni effettuate nell'esercizio di arti e professioni.

Dalla lettera della norma si ricava non tanto l'individuazione dei soggetti passivi, quanto l'indicazione della relazione che i medesimi devono avere con l'elemento oggettivo della fattispecie, e cioè l'esercizio di un'impresa o di un'arte o di una professione. Soggetto passivo agli effetti del tributo sul valore aggiunto può pertanto dirsi *chiunque* (persona fisica o giuridica o altro soggetto o ente anche di fatto) nel periodo di imposta effettui abitualmente determinate attività economiche o intellettuali che comportino cessioni di beni o prestazioni di servizi. Tali attività sono quelle commerciali, agricole, professionali o artistiche svolte abitualmente.

La correttezza dell'assunto trova conferma nel disposto dell'art. 4 della VI Direttiva, secondo il quale "si considera soggetto passivo *chiunque* esercita in modo indipendente e in qualsiasi luogo una attività economica indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività", ove per attività economica si intendono tutte le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi, comprese le attività estrattive, agricole, le professioni liberali e assimilate, nonché, in linea generale, ogni operazione che comporti lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi un certo carattere di stabilità, cioè per un tempo prolungato.

Il presupposto della fattispecie impositiva relativa all'imposta sul valore aggiunto è dunque costituito dall'esercizio abituale (relazione personale) – da parte di chiunque – di un'impresa, di un'arte o di una professione (elemento oggettivo). Qualsiasi operazione effettuata al di fuori dell'esercizio di impresa, arte o professione è pertanto esclusa dal tributo.

A seguito delle modifiche introdotte, a decorrere dal 1 gennaio 1998, all'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972 dal D. Lgs. 2 settembre 1997, n. 313, per l'esercizio di impresa si intende l'esercizio per professione abituale, anche se non esclusiva, non solo delle attività commerciali o agricole di cui agli articoli 2135 e 2195 del codice civile, ancorché non organizzate in forma di impresa, ma anche l'esercizio di attività dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nel citato art. 2195 c.c. se organizzate in forma di impresa.

Sono, dunque, normativamente ricondotte all'esercizio di impresa non solo (come in precedenza) le attività commerciali di cui all'art. 2195 non organizzate in forma di impresa, ma anche – conformemente a quanto già previsto, in materia di imposte dirette, dal citato art. 51 del D.P.R. n. 917/1986 - le attività comunque organizzate in forma di impresa, anche se non rientranti fra quelle di cui alla richiamata disposizione civilistica.

Ai sensi dello stesso art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, si considerano altresì *in ogni caso* effettuate nell'esercizio di impresa le operazioni poste in essere da taluni organismi collettivi tra cui le società commerciali di ogni tipo.

Fermo ciò, il legislatore, dopo aver delineato il concetto di impresa, ha tuttavia espressamente escluso dal tributo determinate attività non considerate "attività commerciali" in ragione dei soggetti che le esercitano (esclusioni soggettive) ovvero per motivi di natura oggettiva (esclusioni oggettive).

Con il decreto legislativo n. 313/1997 il legislatore ha altresì inteso evitare che la generalizzata attribuzione del carattere imprenditoriale a qualunque attività svolta da società commerciali finisse col consentire la creazione di enti privi di una vera e propria attività rivolta al mercato e costituite esclusivamente allo scopo di fruire dell'istituto della detrazione, onde consentire ai soci o partecipanti (consumatori finali) il mero godimento di beni o servizi senza rimanere incisi dal tributo assolto in relazione all'acquisto effettuato dalla società.

Pertanto con tale decreto è stato stabilito, per finalità antielusive, che non costituisce attività commerciale il possesso e la gestione, da parte di società od enti, di unità immobiliari ad uso abitativo, di unità da diporto o aeromobili da turismo, di mezzi di trasporto a uso privato, di complessi sportivi o ricreativi, dati, direttamente o indirettamente, in godimento ai soci o partecipanti gratuitamente o dietro un corrispettivo inferiore a quello normale. Dunque, l'esercizio esclusivo di siffatte attività non costituisce esercizio di impresa e non fa assumere la qualità di soggetto passivo agli effetti del tributo sul valore aggiunto, con conseguente impossibilità di recuperare il tributo assolto per l'acquisto dei beni medesimi. Allorquando, invece, le operazioni in discorso sono effettuate da enti o società che svolgono anche un'effettiva attività commerciale, trova applicazione il cosiddetto autoconsumo previsto dall'art. 2, comma 5, del D.P.R. n. 633/1972, che considera cessione agli effetti del tributo la destinazione di beni a finalità estranee all'esercizio dell'impresa; sicché, come è stato rilevato, al pari di quanto può avvenire per le persone fisiche, viene a determinarsi nel patrimonio di tali società ed enti una sfera "non commerciale" accanto quella commerciale.

Sotto il profilo della decorrenza della soggettività passiva, essa è da individuarsi nell'inizio dell'esercizio in forma abituale ancorché non esclusiva di una impresa, arte o professione. Detto ciò, ferma l'indetraibilità del tributo assolto o dovuto in via di rivalsa in relazione ad acquisti di beni o di servizi effettuati in assenza della soggettività

passiva e quindi, in sostanza, anteriormente all'esercizio dell'impresa, arte o professione, la questione si concentra nello stabilire quando può dirsi intervenuto l'inizio della detta attività.

È inoltre da ricordare che, ai sensi dell'art. 35, in conformità al disposto di cui all'art. 22, n. 1, della VI Direttiva, secondo cui "ogni soggetto passivo deve dichiarare l'inizio, il cambiamento e la cessazione della propria attività in qualità di soggetto passivo", i soggetti che intraprendono l'esercizio di un'impresa, arte o professione devono farne apposita dichiarazione all'ufficio competente entro trenta giorni dall'inizio dell'attività. Alla presentazione della dichiarazione segue l'attribuzione del numero di partita IVA identificativo ai fini del tributo sul valore aggiunto.

L'assunzione della qualità di soggetto non consegue tuttavia all'attribuzione della partita IVA bensì, come detto, all'inizio dell'attività per cui è da ritenersi detraibile il tributo assolto in via di rivalsa sugli acquisti effettuati nel periodo intercorrente fra la data di inizio dell'attività e la presentazione della relativa dichiarazione.

Considerato che le attività economiche possono consistere in vari atti consecutivi, è altresì da precisare che, come affermato anche dalla Corte di Giustizia, devono ritenersi parte integrante dell'attività anche gli atti preparatori volti a procurarsi i mezzi necessari per l'esercizio dell'impresa, arte o professione.

Nella significativa sentenza del 29 febbraio 1996, causa C-110/94, la Corte di Giustizia è stata chiamata a verificare se una società belga che non aveva, a partire dall'anno della sua istituzione, mai posto in essere operazioni imponibili, potesse soddisfare la definizione di soggetto passivo del tributo ai sensi dei citati articoli 4 e 17 della VI Direttiva e, conseguentemente, potesse procedere alla detrazione dell'IVA assolta per l'acquisto di alcune attrezzature e per la predisposizione di uno studio sulla redditività del progetto di costruzione che la società medesima intendeva realizzare.

In particolare, il giudice nazionale ha sottoposto alla Corte la questione pregiudiziale se, ai sensi dei sopra citati articoli, l'attività di una società, istituita con uno scopo ben determinato ma limitatasi in concreto soltanto ad ordinare e a pagare un vasto studio sulla redditività il cui esito negativo aveva determinato la liquidazione della stessa società, potesse o meno essere considerata un'attività economica.

Sul punto, la Corte ha chiaramente stabilito che è lo stesso principio di neutralità dell'IVA nei riguardi dell'operatore economico ad imporre che le prime spese di investimento, effettuate ai fini dell'esercizio di una determinata attività economica, siano considerate come esercizio dell'attività. Sarebbe infatti in contrasto con tale principio ritenere che l'attività economica avesse inizio soltanto nel momento in cui si realizzano i corrispettivi, in quanto ciò, precludendo la possibilità di detrazione degli acquisti effettuati nella fase di impianto dell'attività, porrebbe a carico dell'operatore, nell'esercizio della sua attività economica, l'onere dell'IVA, risolvendosi in un'arbitraria distinzione tra le spese di investimento effettuate prima dell'effettivo sfruttamento dei beni acquistati e quelle sostenute durante lo svolgimento a pieno regime dell'attività d'impresa.

Per inizio dell'attività è dunque da intendersi non solo l'effettuazione di operazioni attive ed il conseguente introito dei relativi corrispettivi, ma anche l'avvio della fase di impianto del complesso aziendale o dell'attività artistica o professionale e quindi, in buona sostanza, il primo atto economico passivo che si identifica con il sostenimento di costi preordinati e finalizzati all'esercizio dell'attività. Consegue che, in presenza di

acquisiti effettuati anteriormente alla data di inizio dell'attività dichiarata all'ufficio competente, ma per loro natura manifestamente destinati all'esercizio dell'attività, sì che per i medesimi risulti difficile ipotizzare trattarsi di acquisiti effettuati in veste di privato, la relativa imposta è da ritenersi detraibile in ragione dell'effettivo inizio dell'attività verificatosi in data anteriore a quella dichiarata.

Secondo l'insegnamento della Corte di Giustizia, la detrazione effettuata rimane definitivamente acquisita anche se successivamente viene deciso di non passare alla fase operativa, ossia se l'attività economica prevista non dà luogo ad operazioni soggette ad imposta. Il principio della certezza del diritto osta, infatti, a che i diritti e gli obblighi dei soggetti passivi dipendano da fatti, circostanze o eventi che si sono verificati successivamente al loro accertamento da parte dell'amministrazione fiscale. Più precisamente, dopo che l'amministrazione finanziaria, a seguito dell'avvenuta presentazione della dichiarazione con la quale un soggetto adempie all'obbligo di comunicare l'avvio di un'attività economica, abbia riconosciuto la qualità di soggetto passivo IVA, la detta qualità non può essere revocata, tanto meno con effetto retroattivo, ancorché il soggetto abbia successivamente deciso di liquidare l'attività senza aver posto in essere operazioni imponibili. Come già precisato, una diversa interpretazione risulterebbe incompatibile col principio della neutralità dell'IVA per quanto riguarda l'imposizione fiscale dell'impresa, creando, in relazione alle stesse attività di investimento, disparità di trattamento non giustificate tra imprese che effettuano già operazioni imponibili e altre che cercano, mediante investimenti, di avviare attività da cui deriveranno operazioni imponibili. In tal caso, ulteriori disparità arbitrarie verrebbero a determinarsi anche in relazione a queste ultime imprese, in quanto l'accettazione definitiva delle detrazioni finirebbe per dipendere dal fatto che tali investimenti diano luogo o meno ad operazioni soggette al tributo sul valore aggiunto.

Più recentemente, nella sentenza 29 aprile 2004, causa C-137/02, la Corte di Giustizia ha confermato quanto statuito nella sentenza appena commentata e ribadito la piena legittimità dell'esercizio del diritto di detrazione anche nel caso in cui l'attività del soggetto passivo sia consistita nel mero compimento degli atti preparatori necessari alla successiva costituzione di una società, avente autonoma e distinta soggettività giuridica rispetto al soggetto precedente. La questione pregiudiziale rimessa al vaglio della Corte europea verteva, in estrema sintesi, sul diritto di una società di persone tedesca, avente come unico oggetto sociale la predisposizione dei mezzi necessari all'attività di una società di capitali da costituire, di detrarre l'IVA assolta nonostante che la sua sola operazione a valle fosse stata il trasferimento del complesso dei suoi beni patrimoniali alla suddetta società.

L'amministrazione finanziaria della Repubblica federale non aveva consentito alla società di persone di esercitare il diritto alla detrazione dell'IVA assolta per l'acquisto dei beni e dei servizi destinati alla società da costituire (locazione e attrezzatura di uffici, acquisto di beni di investimento, predisposizione ed invio di materiale informativo e pubblicitario), indicando a motivazione di tale diniego che essa non potesse essere considerata un'impresa in quanto la sua sola operazione attiva consisteva nella cessione dell'impresa alla società costituenda; cessione che, peraltro, non poteva essere considerata operazione imponibile in seguito all'esercizio da parte della Repubblica federale della facoltà, prevista dagli artt. 5, n. 8 e 6, n. 5 della VI Direttiva, di non considerare il trasferimento del patrimonio societario complessivo o parziale né come cessione né come prestazione.

La questione rimessa al vaglio della Corte di Giustizia è stata oggetto di una interpretazione che, in ultima analisi, ha attribuito all'art. 4 della VI Direttiva una portata decisamente ampia.

Per quanto concerne l'attribuzione della qualità di soggetto passivo, infatti, i giudici comunitari osservano in via preliminare che l'art. 17, n. 2, della VI Direttiva, con riferimento al diritto alla detrazione, prevede che il soggetto passivo sia autorizzato a detrarre dall'imposta di cui è debitore l'IVA dovuta o assolta per le merci acquistate e per i servizi ricevuti da un altro soggetto passivo "nella misura in cui i beni e i servizi acquistati sono impiegati per operazioni soggette ad imposta" ed aggiungono che il disposto dell'art. 17 subordina l'esercizio del diritto di detrazione al verificarsi di una duplice condizione: da un lato, che l'interessato sia "soggetto passivo" ai sensi dell'art. 4 della Direttiva stessa, cioè che eserciti qualsiasi attività di produttore, commerciante o prestatore di servizi, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività, dall'altro, che i beni ed i servizi in questione siano stati utilizzati ai fini di operazioni soggette ad imposta.

Alla luce di quanto sopra, la Corte conclude precisando che la circostanza che uno Stato membro abbia o meno esercitato la facoltà riconosciuta dall'art. 5, n. 8 della VI Direttiva ed il fatto che tutte le attività svolte fossero preordinate alla predisposizione dell'attività economica di un'altra società da costituire non comportano una delimitazione della sfera applicativa dell'art. 4 della Direttiva e non rilevano, dunque, ai fini dell'attribuzione alla società di persone coinvolta nel giudizio della qualifica di soggetto passivo, così come definita dallo stesso legislatore comunitario.

Rigettando dunque le argomentazioni dell'amministrazione finanziaria tedesca, la Corte di Giustizia conclude che, per quanto concerne il sistema della detrazioni, lo stesso è "inteso a esonerare interamente l'imprenditore dall'IVA dovuta o pagata nell'ambito di tutte le sue attività economiche"; in questo senso, "il sistema comune dell'IVA garantisce, conseguentemente, la neutralità dell'imposizione fiscale per tutte le attività economiche, *indipendentemente* dallo scopo o dai risultati di dette attività, *purché queste siano*, in linea di principio, *di per sé soggette all'IVA*".

Alla luce delle considerazioni appena rese, la Corte mostra di propendere per un'interpretazione estensiva del diritto di detrazione, subordinandolo alla sola oggettiva circostanza che i beni e i servizi acquistati siano stati impiegati allo scopo di realizzare operazioni suscettibili di essere assoggettate ad IVA, indipendentemente dall'esito e dai risultati delle attività poste in essere.

L'orientamento più volte mostrato dalla Corte di Giustizia è stato perfettamente recepito dal giudice nazionale. Con la sentenza 12 aprile 2006, n. 8583, la Corte di Cassazione si è infatti espressa sull'esercizio del diritto della detrazione dell'imposta sugli acquisti, qualora il soggetto passivo non abbia effettuato operazioni attive.

I giudici di legittimità sono stati chiamati a pronunciarsi in seguito al ricorso verso una sentenza di merito nella quale era stato stabilito che le spese compiute per l'acquisto di un terreno edificabile e la progettazione di costruzioni rientrassero nell'attività di impresa, sebbene la società imprenditrice avesse successivamente dovuto rinunciare al progetto di insediamento abitativo per la mancata approvazione del medesimo e, quindi, fosse stata posta in liquidazione.

La Corte di Cassazione, confermando la sentenza della Commissione tributaria regionale favorevole al contribuente (seppure parzialmente correggendo le motivazioni

elaborate dai giudici di merito), ha stabilito che “la stretta connessione degli acquisti con le finalità imprenditoriali, in virtù della quale è consentito il recupero dell’Iva corrisposta, non è necessariamente esclusa dalla mancanza di operazioni attive”.

In particolare, pur non condividendo quanto affermato dal giudice *a quo* nella sentenza di secondo grado circa il fatto che l’esistenza, ai sensi dell’art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, di una presunzione di attività posta ai fini della soggettività attiva comporti che la stessa presunzione debba necessariamente esistere per le operazioni passive, la Suprema Corte ha affermato che “l’inerenza di un’operazione ai fini IVA comporta la necessità che la stessa sia funzionale all’attività imprenditoriale formalizzata nell’oggetto sociale ma tale deve essere definita anche quella finalizzata alla costituzione delle condizioni necessarie perché l’attività tipica possa concretamente iniziare e quindi anche le attività *meramente preparatorie* che per definizione vengono poste in essere in una fase in cui non vi è ancora produzione di ricavi”.

Sul fronte delle operazioni passive, per converso, la possibilità di esercitare il diritto alla detrazione sarebbe subordinato, secondo i giudici di legittimità, ad un duplice ordine di condizioni, vale a dire, da un lato, che “i beni e servizi acquistati siano impiegati nell’ambito di una delle attività economiche indicate nella VI Direttiva, senza che sia richiesto il concreto esercizio dell’impresa, con la conseguenza che la detrazione dell’imposta spetta anche nel caso di assenza di compimento di operazioni attive”; dall’altro lato, che “l’inerenza all’attività economica sia specificatamente provata ogni qualvolta essa venga contestata dall’Amministrazione finanziaria” [Cfr. Cass. Civ., Sez. trib., 4 febbraio 2005, n. 2300].

In altri termini, l’esplicito riferimento contenuto al primo comma dell’art. 19 del D.P.R. n. 633/1972 all’ “esercizio dell’impresa, arte o professione”, se coordinato con il disposto l’art. 4, secondo comma, del medesimo decreto che considera “*in ogni caso effettuate nell’esercizio di imprese*” le sole cessioni di beni e le prestazioni di servizi rese dagli enti societari ivi elencati determina l’insorgenza di una vera e propria presunzione legale assoluta. Ciò comporta, in via di logico corollario, con riferimento alla detraibilità dell’IVA, una diversità di trattamento tra le operazioni attive e le operazioni passive poste in essere; solo per queste ultime, infatti, dovrà essere necessariamente accertato che “siano state effettuate nell’esercizio dell’impresa, ossia in stretta connessione con le finalità imprenditoriali: *in caso contrario* – oltre a risultarne vanificata la disposizione del primo comma dell’art. 4 citato, laddove l’esercizio è positivamente qualificato come esercizio per professione abituale, ancorché non esclusiva, delle attività commerciali o agricole, e quella del secondo comma, che attribuisce alle società la presunzione di esercizio di impresa solo con riferimento alle operazioni attive - *la detrazione sarebbe concessa in relazione ad un acquisto che si pone fuori dal tipico circuito di applicazione/ detrazione dell’IVA*” [Cfr. Cass. Civ., Sez. trib., 9 aprile 2003, n. 5599].

Sul medesimo tema, ma con una differente impostazione dei termini della questione rispetto alla pronuncia giurisprudenziale appena analizzata, si pone la recente sentenza della Corte di Cassazione del 7 febbraio 2007, n. 2448. I giudici di legittimità hanno confermato il principio in forza del quale la circostanza che eventi temporanei e contingenti possano determinare il differimento dell’esercizio in concreto dell’attività di impresa non comporta una simmetrica sospensione della possibilità di esercitare il diritto alla detrazione dell’IVA assolta sugli acquisti; diritto che, per converso, deve considerarsi acquisito nel momento in cui le società commerciali conseguono la qua-

lità di imprenditore. La Corte ha infatti chiaramente affermato, accogliendo il ricorso della società cui era stato negato il diritto a detrarre l'IVA sugli acquisti a causa della, seppur momentanea, assenza di operazioni attive – che la qualità di imprenditore si acquista “dal momento della loro costituzione e non già dall’inizio del concreto esercizio dell’attività medesima”; motivo per cui la società ricorrente deve vedersi riconosciuto il “diritto alla detrazione IVA in quanto i beni strumentali erano stati acquistati per il conseguimento dell’oggetto sociale”.

La questione, nuovamente, investe la possibilità di rilevare sul fronte delle operazioni passive la medesima presunzione (legale assoluta) di esercizio dell’impresa riconosciuta alle operazioni attive poste in essere dalle società di cui al secondo comma dell’art. 4 del decreto n. 633/1972. Sul punto, la Corte svolge un ragionamento che si discosta, quanto meno nella sua impostazione generale, da quello in precedenza reso nella motivazione della sentenza n. 8583 del 12 aprile 2006 e che si articola, sostanzialmente, in due passaggi: nel primo, è individuato il momento in cui viene definitivamente acquisita la qualifica di imprenditore commerciale, nel secondo è trattata invece la diversa questione dell’inerenza degli acquisiti.

Sotto il primo profilo, i giudici di legittimità sostengono, testualmente, che ai fini del riconoscimento del diritto alla detrazione dell’IVA sugli acquisti possa “*anche prescindere dall’effettivo esercizio dell’impresa*”, ma che, per le operazioni di acquisto, non possa “*mai trascurarsi la verifica della stretta connessione dell’operazione effettuata con le finalità imprenditoriali specifiche*”.

Quanto affermato è stato interpretato come un’implicita affermazione della possibilità di far discendere dal riconoscimento della qualifica di impresa (operato dall’art. 4 del decreto IVA per le operazioni attive) la medesima qualificabilità anche per le operazioni passive, onde evitare la conseguenza per la quale uno stesso soggetto possa essere considerato imprenditore per le operazioni di cessione ma non per quelle di acquisto.

Successivamente, dopo aver cioè statuito in astratto la soggettività passiva della società, la Corte affronta invece la diversa ed ulteriore questione relativa all’inerenza degli acquisti in assenza di ricavi. In altri termini, i giudici di legittimità, atteso che l’inerenza di un’operazione ai fini IVA presuppone che la stessa sia funzionale all’attività imprenditoriale, riconoscono la possibilità di parlare di “inerenza” anche rispetto a un’attività mai posta in essere. Ciò che rileva infatti in questa ipotesi è la circostanza – che il contribuente deve comunque provare all’amministrazione finanziaria, non sussistendo sul punto la presunzione (legale assoluta) prevista per le cessioni di beni e le prestazioni di servizi - che anche l’attività preparatoria a quella prevista dall’oggetto sociale risulti *funzionale* alla realizzazione di quest’ultimo.

4. La disciplina delle fattispecie derogatorie all’esercizio del diritto di detrazione

Le sentenze passate in rassegna consentono di apprezzare l’ampia tutela che i giudici comunitari e, coerentemente, quelli nazionali, garantiscono al diritto di detrazione, la cui uniforme applicazione in tutti gli Stati membri è posta a presidio del carattere

neutrale del tributo aggiunto e, dunque, a difesa di un sistema concorrenziale efficiente e non alterato da regimi Iva di maggior vantaggio nei sistemi impostivi dei singoli Stati membri. Il diritto alla detrazione, in questo senso, rappresenta un meccanismo che, in linea di principio, non deve essere sottoposto a misure derogatorie, fatte salve le limitazioni previste dalla VI Direttiva stessa. Più dettagliatamente, l'art. 17 della citata VI Direttiva in linea generale stabilisce che l'Iva relativa ad acquisti di beni e servizi sia detraibile nella misura in cui essi sono impiegati per effettuare operazioni attive soggette ad imposta. Conformemente a tale principio, la normativa italiana, all'art. 19 del decreto IVA, prevede la non detraibilità dell'imposta relativa all'acquisto o all'importazione di beni e i servizi afferenti operazioni esenti o comunque non soggette ad imposta; al contempo, per i beni e servizi in parte utilizzati per operazioni non soggette all'imposta, ovvero utilizzati per fini privati o comunque estranei all'esercizio dell'impresa, arte o professione, la detrazione non è ammessa per la quota imputabile a tali utilizzazioni.

Tanto premesso, consegue che uno dei più importanti ed impegnativi obiettivi di armonizzazione riguarda le modalità con le quali il diritto di detrazione viene sottoposto a *limitazioni* da parte dei singoli Stati membri, rappresentando l'uniforme disciplina e l'omogenea applicazione delle fattispecie *derogatorie* alla disciplina generale della detrazione uno degli aspetti più rilevanti per garantire la neutralità dell'imposta.

È proprio in questa prospettiva, ossia nell'ottica di evitare che il diritto *de quo* subisca limitazioni diverse a seconda del regime IVA adottato all'interno di ciascun Paese, che all'art. 17, commi sesto e settimo, della VI Direttiva sono state inserite apposite clausole in base alle quali il Consiglio, entro un termine di quattro anni a decorrere dalla data di entrata in vigore della Direttiva avrebbe dovuto stabilire l'elenco delle spese che non consentono la detrazione dell'IVA, fatte salve la facoltà per gli Stati membri di mantenere, fino alla predisposizione della suddetta "*black list*", tutte le esclusioni previste dalla loro legislazione nazionale purché già vigenti al momento dell'entrata in vigore della Direttiva (cosiddetta clausola di *stand still*), nonché la facoltà di escludere, per motivi congiunturali e previa consultazione di un apposito Comitato consultivo, la totalità o una parte dei beni di investimento o di altri beni dal regime di detrazione.

Com'è facilmente evincibile, la *ratio* della disciplina appena descritta deve rinvenirsi nella duplice necessità di evitare, da un lato, che provvedimenti fiscali autonomamente disposti dai singoli Stati membri possano inficiare il funzionamento del sistema comune dell'IVA e, dall'altro lato, che l'inserimento nella legislazione nazionale di misure derogatorie alla disciplina comunitaria non previste nel momento di entrata in vigore della Direttiva, finisca, paradossalmente, addirittura per ampliare ed aggravare le divergenze normative tra gli Stati dell'Unione.

Preme evidenziare che, sebbene, come prima ricordato, ricorra proprio nell'anno in corso il trentesimo anniversario dell'emanazione della VI Direttiva, la *black list* dei beni e servizi di cui all'art. 17 non è ancora stata definitivamente elaborata; motivo per il quale trova applicazione la norma transitoria prevista nella clausola cosiddetta di *stand still*.

Questa lacuna ha assunto un particolare rilievo nel nostro ordinamento con riferimento alla disciplina dell'IVA sulle autovetture, per le quali nel corso del tempo si è succeduta una disciplina che, seppure a fasi alterne, ha da ultimo sancito la sostanziale

indetraibilità dell'imposta sul valore aggiunto. Questo regime tributario si è interrotto in seguito alla recente sentenza della Corte di Giustizia del 14 settembre 2006, causa C-222/05, che ha dichiarato illegittima la normativa nazionale che disponeva l'indetraibilità dell'IVA per le autovetture utilizzate a fini estranei all'attività di impresa. La vicenda, in particolare, ha riguardato una società, la Stradasfalti S.r.l., operante nel settore delle costruzioni stradali che disponeva di veicoli aziendali che non formavano oggetto dell'attività propria dell'impresa. Secondo quanto previsto dalla normativa italiana, per i detti veicoli, la società non ha potuto beneficiare della detraibilità dell'IVA corrisposta in sede di acquisto, manutenzione e rifornimento di carburante, ragion per cui nel 2004 aveva presentato istanze di rimborso dell'imposta relativa ai cinque periodi di imposta 2000-2004 che, poiché respinte dalla Agenzia delle Entrate di Trento, sono state oggetto di ricorso alla locale Commissione tributaria. Alla Corte è stata posta, tra le altre, la questione pregiudiziale se l'art. 17, n. 7, prima frase, della VI Direttiva, in relazione al n. 2 dello stesso articolo, vada interpretato nel senso che:

a) possa considerarsi una consultazione del Comitato IVA la notifica da parte di uno Stato membro dell'adozione di una norma di legge nazionale (come quella di cui all'attuale art. 19-bis1 del D.P.R. n. 633/1972, lettere c) e d), e successive proroghe) che limita il diritto alla detrazione dell'IVA relativa all'impiego e alla manutenzione dei beni di cui al par. 2 dell'art. 17, e la successiva semplice presa d'atto da parte del Comitato IVA;

b) possa considerarsi una misura ricadente nelle regole comunitarie una qualunque limitazione del diritto di fruire della detrazione IVA connessa all'acquisto, impiego e manutenzione dei mezzi che sia stata introdotta prima della consultazione del Comitato IVA e mantenuta in vigore attraverso numerose proroghe legislative;

c) possa uno Stato membro introdurre misure derogatorie al regime delle detrazioni IVA, senza limitazioni temporali. Alla Corte, in altre parole, è richiesto di chiarire se l'inosservanza della temporaneità delle deroghe, ripetute nel tempo, attribuisca al contribuente il diritto alla detrazione.

La Corte di Giustizia, con la sentenza in commento, ha affrontato le suddette problematiche, argomentando le proprie motivazioni sulla scorta di quanto già deciso con la nota sentenza dell'8 gennaio 2002, causa C-409/99, ossia sul consolidato principio secondo cui *“il diritto alla detrazione costituisce parte integrante del meccanismo dell'IVA che garantisce la neutralità di detta imposta e che, in quanto tale, non può essere soggetto a limitazioni”*. Ne discende che la possibilità di ammettere deroghe sussiste *solo nei casi espressamente previsti dalla VI Direttiva* e che le relative disposizioni normative devono necessariamente essere interpretate in modo *restrittivo*.

Per quanto concerne la questione pregiudiziale *sub a)*, la Corte ha osservato che l'art. 17, n. 7 della VI Direttiva prevede una procedura di autorizzazione di misure derogatorie, accordando la possibilità di escludere alcuni beni dal regime delle detrazioni *“fatta salva la consultazione prevista dall'art. 29”*. La stessa Corte ha evidenziato dunque la funzione prettamente *“garantista”* che la suddetta consultazione assume rispetto all'obiettivo dell'armonizzazione ed evidenzia che essa configura un vero e proprio *“obbligo procedurale* che gli Stati membri devono rispettare per potersi avvalere della norma derogatoria”. Tale obbligo, ricorda la Corte, potrà dirsi adempiuto soltanto nell'ipotesi in cui il Comitato sia messo in condizione di poter deliberare validamente

sulla misura sottoposta al suo vaglio, nulla impedendo, in ogni caso, al Comitato stesso di limitarsi a prendere atto della deroga che lo Stato deve comunicare senza l'obbligo di esprimere un giudizio su di essa. Ciò che rileva, in altre parole, è la mera facoltà di esprimersi sulla opportunità o meno della misura derogatoria e, dunque, che esso sia messo in condizione di esercitare liberamente la suddetta facoltà disponendo di tutte le informazioni necessarie per consentirgli, qualora lo ritenesse opportuno in base ad una propria autonoma valutazione, di esaminare la legittimità della misura derogatoria con cognizione di causa.

A tale proposito, la Corte rileva come il Governo italiano abbia più volte consultato il Comitato IVA, ma sempre *successivamente* all'entrata in vigore della deroga ed effettuando, in ogni caso, solo una sorta di informale consultazione.

Per quanto concerne le questioni pregiudiziali *sub b)* e *sub c)*, circa la possibilità che il disposto dell'art. 17, n. 7, possa essere interpretato nel senso che esso autorizza uno Stato membro ad escludere taluni beni dal regime delle detrazioni dell'IVA, senza la previa consultazione del Comitato e senza limitazioni temporali, la Corte ha nuovamente sostenuto la natura senza dubbio obbligatoria della procedura di consultazione in parola. Tanto premesso, i giudici comunitari hanno provveduto parimenti a ricordare che l'art. 17, n. 7, prima frase, della VI Direttiva autorizza gli Stati membri ad escludere alcuni beni dal regime delle detrazioni "*per motivi congiunturali*", ossia in ragione di una situazione di difficoltà contingente in cui l'economia di un Paese membro può trovarsi a transitare per un limitato periodo di tempo. Ne deriva, per ragioni di tutta evidenza, che l'applicazione delle misure a cui tale disposizione si riferisce deve necessariamente essere temporanea, non potendo, per espressa previsione normativa, assumere carattere strutturale. Quindi, a parere dei giudici, anche se "il Governo italiano sostiene che le richieste di consultazione del Comitato IVA, nel 1999 e nel 2000, hanno *preceduto* l'adozione della misura nazionale di proroga della disposizione derogatoria al principio del diritto di detrazione", il fatto che tale disposizione sia stata sistematicamente ripetuta dal 1980 non consente di ravvisare in essa quel carattere di temporaneità assunto dal legislatore comunitario come *conditio sine qua non* ai fini dell'ammissibilità di una limitazione del diritto in parola.

La Corte ha quindi definitivamente risolto la questione pregiudiziale sottoposta al suo vaglio affermando che, se l'art. 17, n. 7, della VI non autorizza uno Stato membro ad escludere alcuni beni dal regime delle detrazioni dell'IVA senza previa consultazione del Comitato IVA, tale norma non autorizza parimenti nemmeno uno Stato membro "ad adottare provvedimenti che escludano alcuni beni dal regime delle detrazioni di tale imposta ove siano privi di indicazioni quanto al loro limite temporale e/o facciano parte di un insieme di provvedimenti di adattamento strutturale miranti a ridurre il disavanzo di bilancio e a consentire il rimborso del debito pubblico (...)".

Relativamente agli effetti giuridici nei confronti del contribuente derivanti dall'inosservanza della disciplina comunitaria, i giudici comunitari hanno osservato che l'impossibilità di giustificare la misura derogatoria posta in essere con l'esistenza di ragioni congiunturali implica che la deroga stessa debba considerarsi parte di un insieme di provvedimenti di *carattere strutturale*, come tali non rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 17, n. 7, della VI Direttiva; motivo per cui risulta inopponibile al soggetto passivo cui sia stata ingiustamente applicata.

Come già rilevato, una sentenza di analoga importanza, sul medesimo tema della detraibilità dell'IVA auto, era stata emessa dalla Corte di Giustizia l'8 gennaio del 2002, causa C-409/99.

Con la prima questione il giudice *a quo* chiedeva, anticipando i giudici chiamati a pronunciarsi sulla controversia Stradasfalti S.r.l./Agenzia delle Entrate di Trento, innanzi analizzata, se “l'art. 17, n. 6, secondo comma, della sesta Direttiva osti a che uno Stato membro escluda, successivamente all'entrata in vigore della VI Direttiva, le spese relative a taluni autoveicoli dal diritto alla detrazione dell'IVA, mentre, al momento dell'entrata in vigore della stessa Direttiva, dette spese davano diritto alla detrazione dell'IVA secondo una prassi costante delle autorità pubbliche di detto Stato, basata su un decreto ministeriale”.

Atteso che, come più volte ricordato, il principio del diritto alla detrazione dell'IVA è subordinato all'operare della norma a carattere transitorio di cui all'art. 17, n. 6, secondo comma, ossia della cosiddetta clausola di *stand still*, gli Stati membri sono autorizzati a mantenere la *legislazione nazionale* in materia di esclusione del diritto alla detrazione vigente alla data di entrata in vigore della stessa Direttiva, almeno fino al momento in cui il Consiglio, con decisione unanime, non stabilisca le spese da includere nella *black list* di cui allo stesso art. 17, n. 6.

Risulta evidente che, ai fini della risoluzione della controversia sottoposta al vaglio interpretativo della Corte di Giustizia, assume un particolare rilievo la nozione comunitaria di “legislazione nazionale”; motivo per cui la i giudici comunitari ne hanno fornito una chiara definizione al giudice di rinvio.

Sul punto, come già considerato nella sentenza 14 giugno 2001, causa C-345/99, la Corte ha effettuato una netta distinzione tra le ipotesi in cui la misura derogatoria nazionale interviene ad ampliare l'elenco delle esclusioni da quelle nelle quali, di converso, ne determina una contrazione. In particolare, i giudici comunitari hanno osservato che “laddove la normativa di uno Stato membro modifichi in senso restrittivo, successivamente all'entrata in vigore della sesta Direttiva, l'ambito delle esclusioni esistenti allineandosi, in tal modo, all'obiettivo della sesta Direttiva, si deve ritenere che tale normativa ricada nella deroga prevista dall'art. 17, n. 6, secondo comma, della sesta Direttiva e non violi il disposto dell'art. 17, n. 2. Per contro, una normativa nazionale non costituisce una deroga consentita dall'art. 17, n. 6, secondo comma, della VI Direttiva e viola l'art. 17, n. 2, della stessa se essa mira ad estendere, successivamente all'entrata in vigore della sesta Direttiva, l'ambito delle esclusioni esistenti allontanandosi così dall'obiettivo di detta Direttiva (...)”.

A questo riguardo, tenuto conto della clausola di *stand still*, la Corte ha evidenziato che “la nozione di ‘legislazione nazionale’ ai sensi dell'art. 17, n. 6, secondo comma, della VI Direttiva riguarda non unicamente gli atti legislativi veri e propri, ma anche gli atti amministrativi, nonché le prassi amministrative delle autorità pubbliche dello Stato membro considerato”.

Pertanto, il fatto che al momento dell'entrata in vigore della VI Direttiva, la detrazione delle spese relative ad alcuni autoveicoli fosse consentita “secondo una prassi costante delle autorità pubbliche di detto Stato, basata su un decreto ministeriale” fa sì che la successiva adozione di una normativa nazionale che, per converso, limiti tale diritto, configuri in ogni caso una deroga non consentita dell'art. 17, n. 6, comma 2.

Con la seconda questione i giudici comunitari hanno affrontato il tema dell'indefettibilità della procedura di consultazione del Comitato IVA di cui all'art. 17, n. 7 della VI Direttiva, per poi fornire l'esatta interpretazione della locuzione "per motivi congiunturali", in maniera del tutto analoga a quanto osservato nella sentenza 14 settembre 2006, causa C-228/05; per tale motivo si ritiene di poter rinviare alle considerazioni in precedenza formulate al riguardo.

Stabilito che il diritto alla detrazione non possa essere derogato se non nei casi previsti dall'art. 17 della VI Direttiva, si deve parimenti osservare che la stessa VI Direttiva prevede la possibilità di rettificare la deduzione inizialmente operata, qualora essa si riveli inferiore o superiore a quella cui il soggetto passivo ha diritto, oppure nell'ipotesi in cui, successivamente alla dichiarazione, siano mutati gli elementi presi in considerazione per determinare l'importo delle deduzioni, in particolare in caso di annullamento di acquisti o qualora si siano ottenute riduzioni di prezzo.

Per quanto riguarda i beni cosiddetti "d'investimento", l'articolo *de quo* prevede che la rettifica sia ripartita su cinque anni, compreso l'anno nel quale i beni sono stati acquistati o fabbricati. Essa è eseguita secondo le variazioni del diritto a deduzione che hanno avuto luogo negli anni successivi rispetto all'anno in cui i beni sono stati acquistati o fabbricati. Per quanto riguarda i beni immobili, la durata del periodo che funge da base al calcolo delle rettifiche può essere elevata sino a vent'anni.

Particolarmente significativa sul tema in commento, la sentenza del 30 marzo 2006, causa C-184/04. La rilevanza della pronuncia, in particolare, è dovuta non solo a quanto i giudici comunitari hanno affermato in relazione all'art. 20 della VI Direttiva, rubricato "rettifica delle deduzioni", ma anche al fatto che tale disposizione è stata, per così dire, "coordinata" con il disposto di cui all'art. 17, articolo dal contenuto generale, a presidio della sostanziale inderogabilità del diritto alla detrazione.

Nella causa in parola, la controversia principale è stata incentrata, sostanzialmente, sulla questione se, alla luce della VI Direttiva, fosse possibile procedere ad una rettifica delle deduzioni dell'IVA nell'ambito della locazione di un immobile, posto che l'immobile in parola era stato destinato ad un'attività esente prima di essere utilizzato nell'ambito di un'attività imponibile, in seguito all'esercizio del diritto di opzione ai sensi dell'art. 13, parte C della VI Direttiva. Ai giudici comunitari è stato domandato di chiarire se la rettifica di cui all'art. 20 dovesse considerarsi obbligatoria per i beni di investimento (quali gli immobili) e se il suddetto articolo dovesse essere interpretato nel senso che la rettifica delle deduzioni previste sia applicabile anche nel caso in cui il bene di investimento sia stato utilizzato prima nel contesto di un'attività esente, poi di un'attività rientrante nell'ambito oggettivo di applicazione del tributo sul valore aggiunto.

Come gli stessi giudici comunitari hanno ricordato, la logica del sistema introdotto dalla VI Direttiva implica che "le imposte che hanno gravato a monte sui beni o sui servizi impiegati da un soggetto passivo per le sue operazioni soggette ad imposta possono essere dedotte. *La deduzione delle tasse a monte è legata alla riscossione delle tasse a valle*. Quando beni o servizi acquistati da un soggetto passivo sono usati ai fini di operazioni esenti o non rientranti nell'ambito di applicazione dell'IVA, non può esservi né riscossione dell'imposta a valle né deduzione dell'imposta a monte. Invece, in quanto i beni o servizi sono usati ai fini di operazioni imponibili a valle, una deduzione dell'imposta che ha gravato sulla stessa a monte si impone per evitare una doppia im-

posizione". In questo senso, il periodo di rettifica delle deduzioni di cui all'art. 20 della VI Direttiva persegue l'obiettivo di "evitare le inesattezze nel calcolo delle deduzioni e dei vantaggi o svantaggi ingiustificati per il soggetto passivo quando, in particolare, i mutamenti degli elementi inizialmente presi in considerazione per determinare l'importo delle deduzioni intervengono successivamente alla dichiarazione. Tali mutamenti sono probabili specialmente nel caso dei beni di investimento, che vengono spesso utilizzati per un certo numero di anni, nel corso dei quali possono cambiare gli scopi cui essi sono destinati". Il sistema *de quo*, pertanto, rappresenta un meccanismo essenziale dell'impianto normativo introdotto dalla VI Direttiva, deputato a garantire l'esattezza delle deduzioni e, quindi, la neutralità del tributo; da ciò, la previsione di un periodo di cinque anni, prorogabile a venti nel caso di immobili in cui è possibile procedere alla rettifica delle deduzioni.

I giudici comunitari, inoltre, hanno affermato esplicitamente il carattere vincolante del disposto di cui all'art. 20, n. 2, della VI Direttiva, relativo ai beni d'investimento, oggetto peraltro della controversia principale. La Corte di Giustizia ha, in particolare, tratto la conferma del carattere vincolante del sistema di cui all'art. 20 dal principio generale di cui al precedente art. 17, ossia dal fatto che, poiché i limiti del diritto a deduzione, e quindi le rettifiche delle deduzioni, devono essere applicati in modo simile in tutti gli Stati membri, le deroghe sono consentite solo nei casi espressamente previsti dalla VI Direttiva. Il fatto stesso che l'art. 20, n. 5, della VI Direttiva stabilisca condizioni stringenti perché uno Stato membro possa, a titolo di deroga, rinunciare all'applicazione del n. 2 dell'articolo suddetto, pone in evidenza il carattere senza dubbio vincolante di quest'ultima disposizione.

La questione appare decisamente rilevante, allorché si osservi che dall'applicazione o meno dell'art. 20 della VI Direttiva deriva una diversa quota di detraibilità dell'imposta. In particolare, riprendendo l'esempio citato nella parte motivata della sentenza in analisi, nel caso di un bene immobile acquistato a titolo di attività assoggettata ad imposta che, dopo un anno dall'acquisto, sia stato destinato ad un'attività esente per i quattro anni successivi, deriverebbe, dall'applicazione dell'art. 20, il mantenimento di una quota di deducibilità di un quinto, mentre dall'applicazione dell'art. 5, n. 6 e 6, n. 2, deriverebbe la piena imponibilità del valore dell'immobile al momento del mutamento di destinazione del medesimo.

La Corte di Giustizia, ritiene che gli articoli 5, n. 6 e 6, n. 2, trovino applicazione solo nel caso di una nuova destinazione del bene ad un uso privato, ma non nel caso della nuova destinazione di tale bene ai fini di un'attività esente.

Alla luce delle considerazioni svolte, i giudici hanno concluso per la certa applicabilità dell'art. 20.

Per quanto concerne la questione volta a stabilire se il fatto che l'attività pertinente fosse inizialmente esente e che le deduzioni fossero, di conseguenza, totalmente escluse, avesse un'incidenza sulla rettifica, i giudici hanno confermato che la rettifica dipende "dalla questione se sia sorto o meno un diritto alla deduzione basato sull'art. 17 della VI Direttiva".

In particolare, i giudici aditi hanno ribadito che, in forza del disposto dell'art. 17, n. 1, della VI Direttiva, "il diritto a deduzione dell'IVA sorge quando l'imposta deducibile diventa esigibile. Di conseguenza, solo la qualità in cui un soggetto agisce in tale momento può determinare l'esistenza di un diritto a deduzione". Inoltre, "l'uso che

viene fatto del bene di investimento determina solo la portata della deduzione iniziale a cui il soggetto passivo ha diritto ai sensi dell'art. 17 della VI Direttiva e la portata delle eventuali rettifiche durante i periodi successivi, ma non incide sulla nascita del diritto alla deduzione". Ne deriva che l'uso immediato del bene per operazioni soggette ad imposta "non costituisce, di per sé, una condizione di applicazione del sistema di rettifica delle deduzioni".

5. La detrazione in presenza di operazioni poste in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale

Accertata l'esistenza di una costante giurisprudenza comunitaria che si occupa di affermare la necessità che il meccanismo della detrazione imposta da imposta trovi applicazione in modo uniforme nei diversi Stati membri, ammettendo deroghe solo nei casi espressamente previsti dalla VI Direttiva, rimane da osservare che il pieno esercizio del diritto *de quo* decade nell'ipotesi in cui risulti esercitato nell'ambito di operazioni preordinate al conseguimento di vantaggi meramente fiscali.

Con due pronunce del 21 febbraio 2006 la Corte ha risolto la causa C-255/02 e la causa C-223/03 riconoscendo che le operazioni di cessioni di beni o prestazioni di servizi, poste in essere al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale senza altro obiettivo, non danno diritto alla detrazione dell'imposta a monte da parte del soggetto passivo che le ha poste in essere. La Corte è stata chiamata, in un caso, a pronunciarsi sul comportamento di una banca che, potendo recuperare meno del 5% dell'IVA assolta aveva creato una serie di attività collaterali con società immobiliari del gruppo per non perdere il diritto alla detrazione e, nell'altro, a giudicare il comportamento di una Università che aveva costituito dei *trusts* per recuperare le spese di ristrutturazione di un immobile che altrimenti non avrebbe potuto detrarre effettuando prestazioni esenti da IVA.

Con particolare riferimento alla prima delle controversie innanzi dette, la conclusione a cui sono giunti i giudici comunitari è che "(...) il principio della neutralità del tributo non può essere applicato in modo distorto tale da consentire indebite detrazioni dell'imposta in presenza di operazioni economiche viziate da circostanze fraudolente od abusive".

La sentenza continua inoltre qualificando la neutralità come "il principio fondamentale" da rispettare "anche nella determinazione degli strumenti normativi per il recupero del tributo da parte dell'Erario". Ne consegue che l'Amministrazione fiscale che constati l'indebita detrazione dell'imposta assolta "ha il diritto di chiedere, con effetto retroattivo, il rimborso delle somme detratte per ciascuna operazione rilevante avuto riguardo al ripristino della situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che hanno fondato il comportamento abusivo".

Ad avviso della Corte, pertanto, le operazioni in parola, pur costituendo fattispecie di cessioni di beni o prestazioni di servizi e ben rappresentando lo svolgimento di una attività economica, non consentono il diritto alla detrazione dell'IVA assolta dal soggetto passivo in quanto integrano un comportamento abusivo.

Inoltre, come emerge chiaramente dal testo della sentenza in commento, la stessa Corte ha richiesto che il comportamento abusivo debba risultare da una serie di elementi obiettivi che dimostrino come queste operazioni sono state poste in essere al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito e che, accertato il ricorrere di un “comportamento abusivo”, le operazioni devono essere ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza quelle operazioni.

6. L'esercizio del diritto di detrazione nel caso di operazioni tra soggetti appartenenti ad ordinamenti giuridici diversi

L'obiettivo dell'armonizzazione fiscale dell'imposizione indiretta e, quindi, principalmente dell'IVA, è sempre stato considerato preminente in considerazione dell'influenza che tale imposta produce sugli scambi in ambito comunitario. Come appena visto, tale obiettivo, che ha idealmente unificato l'attività svolta dagli organi comunitari, emerge con chiarezza dalle pronunce della Corte di Giustizia, che ha più volte esaminato le disposizioni della VI Direttiva al fine di rendere un'interpretazione tale da garantire il perseguimento della liberalizzazione effettiva della circolazione delle persone e dei beni, favorendo la concorrenza e la nascita di un mercato comune attraverso l'eliminazione delle discriminazioni economiche basate sulla residenza.

Più specificatamente possiamo osservare che, perché il carattere di neutralità che il legislatore comunitario ha scelto di attribuire al tributo sul valore aggiunto possa essere effettivo, è necessario che il meccanismo della detrazione operi uniformemente non solo per le operazioni tra soggetti appartenenti allo stesso ordinamento, ma anche nel caso in cui i soggetti privati risiedano in un Paese diverso da quello nel quale è stata effettuata l'operazione di acquisto del bene o servizio che ha determinato l'addebito dell'imposta.

Una sentenza particolarmente significativa in tal senso è quella emessa dalla Corte di Giustizia il 26 settembre 1996, causa C-302/93, nella quale viene stabilita la massima per la quale un professionista (nel caso di specie un avvocato) che fruisca di una esenzione nello Stato membro in cui è residente, non per questo ha diritto al rimborso dell'IVA applicata a servizi a lui resi in uno Stato membro in cui non è residente ed in cui le prestazioni effettuate da avvocati non sono esentate.

Più specificatamente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE, è stata proposta alla Corte una questione pregiudiziale sull'interpretazione dell'art. 17, n. 2 e n. 3, lett. a), della VI Direttiva e degli articoli 3, lett. b), e 5, primo comma, dell'VIII Direttiva del Consiglio 6 dicembre 1979, 79/1072/CEE.

La questione conclusasi con l'emissione della sentenza in parola, è stata sollevata nell'ambito di una controversia, sorta tra un avvocato e l'amministrazione finanziaria, riguardante il diritto al rimborso dell'IVA (previsto dall'ordinamento olandese, in seguito al recepimento delle disposizioni dell'VIII Direttiva) relativa al noleggio, presso una società di leasing con sede nei Paesi Bassi, di un autoveicolo utilizzato esclusivamente per l'attività professionale in Belgio. Il Regno del Belgio si è avvalso della possibilità prevista dal combinato disposto dell'art. 28, n. 3, lett. b), e dell'allegato F della VI Direttiva, non applicando l'imposta in parola sulle prestazioni di servizi effet-

tuate dagli avvocati. Nei Paesi Bassi queste stesse prestazioni sono invece assoggettate all'imposta.

Onde fornire una soluzione utile per la definizione della controversia, occorre ricordare che, secondo il disposto di cui 3, lett. b), dell'VIII Direttiva, per fruire del rimborso il soggetto passivo deve poter comprovare, mediante un'attestazione rilasciata dall'amministrazione dello Stato in cui è residente, di essere assoggettato all'IVA in questo Stato. Essendo pacifico che il soggetto in parola non avesse presentato tale attestazione alle autorità olandesi, i giudici aditi hanno concluso che egli non potesse esercitare la detrazione dell'imposta assolta, in forza del principio generale per il quale un soggetto passivo che beneficia di un'esenzione e che, pertanto, non ha diritto a deduzione dell'imposta pagata a monte all'interno del paese, non ha diritto neppure, conformemente alla finalità del sistema delle direttive sull'IVA, al rimborso dell'imposta pagata in un altro Stato membro.

Il diritto al rimborso per i non residenti deve essere interpretato in base alla stessa logica che regola il diritto alla detrazione per i residenti, poiché uguale è la *ratio* delle relative norme, ossia la non discriminazione dei cittadini comunitari in ragione della semplice residenza. Pertanto, così come non è consentito riservare ai non residenti un trattamento più sfavorevole rispetto a quello previsto per i residenti, allo stesso modo non è dato attribuire loro un regime di maggior favore rispetto a quello cui sono assoggettati i residenti; ciò spiega il motivo il forza del quale non è riconosciuto il diritto al rimborso dell'IVA applicata a servizi resi in uno Stato membro in cui il soggetto non sia residente ed in cui le prestazioni effettuate non siano esentate.

7. La natura obbligatoria dell'istituto della rivalsa alla luce delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia delle Comunità Europee

Come affermato in premessa, la piena neutralità del tributo nei confronti dei soggetti passivi è garantita, oltre che dall'esercizio del diritto di detrazione, dal meccanismo della rivalsa ed è quindi opportuno soffermarsi, sia pur brevemente, su questo aspetto. Come è noto, l'istituto *de quo* prevede che il soggetto che effettui la cessione di beni o la prestazione di servizi debba addebitare la relativa imposta al cessionario o al committente il quale dovrà, se titolare di soggettività passiva ai fini IVA, esercitare nuovamente la rivalsa ovvero, se estraneo all'ambito soggettivo di applicazione del tributo, sopportare di fatto il relativo onere. Il risultato di questo schema applicativo è, evidentemente, quello di consentire la traslazione del carico pecuniario corrispondente al tributo sul valore aggiunto relativo ad una cessione o alla prestazione posta in essere, attraverso passaggi fiscalmente neutri, sul solo consumatore finale.

La natura obbligatoria del meccanismo in commento è desumibile dall'analisi delle sentenze interpretative afferenti all'art. 33 della VI Direttiva, secondo cui "fatte salve le disposizioni comunitarie, le disposizioni della presente Direttiva non vietano ad uno Stato membro di mantenere od introdurre imposte sui contratti di assicurazione, imposte sui giochi e sulle scommesse, accise, imposte di registro e, più in generale, diritto o tassa che *non abbia il carattere di imposta sulla cifra d'affari*".

Il disposto dell'articolo appena citato si rivela di particolare importanza ai fini dell'argomento in trattazione, ossia l'obbligatorietà del momento della rivalsa dell'imposta assolta sugli acquisti di beni e servizi effettuati all'interno dello schema applicativo del tributo sul valore aggiunto. La possibilità, infatti, di sottoporre la nozione di "imposta sulla cifra d'affari" ad interpretazioni più o meno estensive in ragione della convenienza e dell'opportunità del caso specifico, ha comportato la necessità che i giudici comunitari intervenissero ad attribuire a tale locuzione un contenuto più puntuale; contenuto che, appunto, ha individuato proprio nella traslazione dell'imposta sul consumatore finale il tratto caratterizzante la nozione di imposta sulla cifra d'affari.

Tra le sentenze di maggior rilievo ed interesse, merita citare quella del 27 novembre 1985, causa C-295/84, in cui i giudici comunitari erano stati chiamati a verificare se la disciplina nazionale francese relativa all'istituzione di un contributo sociale di solidarietà e di un'imposta di mutua assistenza a carico delle imprese pubbliche e private si ponesse in contrasto con il divieto di cui all'art. 33 della VI Direttiva. Al fine di stabilire se i tributi oggetto della controversia presentassero o meno il carattere di imposta sulla cifra d'affari, la Corte ha analizzato la norma in parola alla luce della funzione che essa svolge nell'ambito del sistema comunitario dell'IVA e, in particolare, del disposto di cui all'art. 17, par. 2, della VI Direttiva, che prevede un sistema di deduzioni "congegnato in modo tale che solo i soggetti passivi sono autorizzati a detrarre dall'IVA di cui sono debitori" l'imposta assolta sugli acquisti di beni e servizi effettuati. Sulla base di queste disposizioni, la Corte afferma che l'art. 33 della VI Direttiva si propone di impedire che il "funzionamento del sistema comune dell'IVA sia leso da provvedimenti fiscali di uno Stato membro che gravano sulla circolazione dei beni e dei servizi che colpiscono i negozi commerciali in modo analogo a quello che caratterizza l'IVA"; ne consegue che il precetto in esame non vieta agli Stati membri di "mantenere in vigore o istituire tributi il cui fatto generatore sia costituito dall'attività dell'impresa e che siano commisurati al fatturato annuo complessivo, senza incidere direttamente sul prezzo dei beni o dei servizi".

La rilevanza di quanto affermato dai giudici della Corte di Giustizia consiste nell'individuare, quale elemento caratterizzante la configurazione di imposta sulla cifra d'affari, la possibilità della stessa di ripercuotersi a valle del processo di acquisto, produzione, commercializzazione e vendita di beni e servizi attraverso il meccanismo della rivalsa, in modo analogo a quello che caratterizza l'imposta sul valore aggiunto [Cfr. sent. Corte di Giustizia del 3 marzo 1988 C-252/86; sent. Corte di Giustizia del 19 marzo 1991 C-109/90].

Sulla natura obbligatoria della rivalsa, è da segnalare la fondamentale sentenza del 26 giugno 1997, nelle cause riunite C-370/95, C-371/95, C-372/95, relativa ad una controversia insorta tra una società ed il ministero spagnolo dell'economia e delle finanze ed avente ad oggetto la compatibilità con l'art. 33 della VI Direttiva di una tassa sulla gestione di macchine da gioco; in particolare, con la prima questione il giudice *a quo* domandava alla Corte "se la nozione di trasferimento dell'imposta al consumatore, ai sensi della VI Direttiva (...), e delle altre disposizioni dell'ordinamento comunitario, e ai fini della configurazione della nozione di imposta sul volume d'affari, presupponga, *sempre ed in ogni caso*, che la legge relativa al tributo di cui trattasi stabilisca esplicitamente che detto tributo può essere trasferito al consumatore o se invece

sia sufficiente che il tributo, secondo un'interpretazione logica di detta legge, possa essere considerato di fatto incluso nel prezzo pagato dal consumatore". Per risolvere tale questione i giudici sono partiti dalla premessa che l'art. 33 della Direttiva comporti necessariamente che il tributo debba essere trasferito sui prezzi dei beni o dei servizi, di modo che esso vada, in definitiva, a gravare sul consumatore finale. In tale ottica si sono succedute numerose pronunce rese sull'interpretazione dell'art. 33 il quale, "lasciando liberi gli Stati membri di mantenere in vigore o di istituire determinati tributi, come le imposte indirette, a condizione che non si tratti di tributi aventi il carattere d'imposta sulla cifra di affari", risulta finalizzato ad impedire che il funzionamento del sistema comune dell'IVA sia compromesso da provvedimenti fiscali di uno Stato membro che possano gravare sulla circolazione dei beni e dei servizi e colpire negozi commerciali in modo analogo a quello che caratterizza l'IVA.

Alla luce di queste considerazioni, la Corte di Giustizia rileva che un tributo, diritto o tassa assume i connotati di un'imposta sulla cifra d'affari soltanto se, oltre ad essere genericamente applicato ai negozi aventi a oggetto beni e servizi, ad essere proporzionale rispetto al prezzo degli stessi, ad essere riscosso in ciascuna fase del processo di produzione e di distribuzione e a colpire il valore aggiunto dei beni e dei servizi, possiede anche il requisito di *"poter essere trasferito sul consumatore"*; la sussistenza di tale caratteristica deve, tuttavia, essere verificata in concreto sulla base di un meccanismo di funzionamento dell'imposta, non essendo a tal fine sufficiente che la pertinente normativa nazionale contempra astrattamente la possibilità di trasferirlo sul consumatore finale. Ne deriva che il meccanismo della rivalsa è assunto dai giudici della Corte di Giustizia quale elemento essenziale della struttura giuridica dell'IVA.

Quanto appena rilevato trova conferma nelle statuizioni pronunciate dalla Corte nella sentenza del 8 giugno 1999 nelle cause riunite C-338/97, C-344/97 e C-390/97 aventi anch'esse ad oggetto l'interpretazione dell'art. 33 della VI Direttiva al fine di stabilire se i tributi istituiti da alcuni Lands a carico di imprenditori con un interesse economico nel turismo fossero o meno compatibili con il diritto comunitario. Sul punto, i giudici comunitari hanno precisato che "per valutare se un tributo, un diritto o una tassa possiedono la natura di imposta sulla cifra d'affari, occorre verificare se essi producano l'effetto di danneggiare il funzionamento del sistema comune dell'IVA, gravando sulla circolazione dei beni e servizi e colpendo i negozi commerciali in modo analogo a quello che caratterizza l'imposta sul valore aggiunto"; alla luce di queste considerazioni viene osservato che, nel caso di specie, le tasse a favore del turismo non comportano, come nel caso dell'IVA, la traslazione dell'onere impositivo sul consumatore finale del prodotto: come i giudici aditi hanno affermato, infatti, "sebbene sia lecito supporre che un'impresa terrà conto nella determinazione del prezzo dell'importo della tassa dovuta, non tutte le imprese si trovano nella condizione di poter così ripercuotere il carico dell'imposta, o di poterlo ripercuotere nella sua interezza". Quanto statuito dalla Corte consente di concludere, quindi, che la disciplina del tributo sul valore aggiunto non affida la traslazione dell'onere impositivo all'operare di fenomeni meramente economici, (quali, come appena evidenziato, l'integrazione nel prezzo di vendita dell'importo del tributo) ma la prevede e la "impone" addirittura a livello normativo, perché il tributo possa perseguire l'obiettivo per il quale è stato previsto dal legislatore tributario, andando a colpire, almeno in via tendenziale, il solo consumo finale di beni e servizi.

Bibliografia

- AMATUCCI F., *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 1999, II.
- AMATUCCI F., *I vincoli posti dalla giurisprudenza comunitaria nei confronti della disciplina nazionale del rimborso di imposta*, in *Rivista di diritto tributario*, 2000, III.
- AMATUCCI F., *Norme antielusive, libero accesso al mercato e tassazione dei capitali in ambito UE*, in *Rivista di diritto tributario*, 2005, I.
- AMATUCCI A., *Struttura ed effetti della fattispecie contenuta nelle norme istitutive dell'IVA*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1976, I.
- AMATUCCI A., *La normativa comunitaria quale fonte per l'ordinamento interno*, in *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005.
- CAPOLUPO, *Iva comunitaria. Controlli e accertamento*, in *Il fisco*, 1993.
- COMELLI, *L'Iva quale imposta sul consumo*, in *Rivista di diritto tributario*, 1996, II.
- COMELLI, *Sul momento di effettuazione della prestazione dei servizi ai fini Iva*, in *Rivista di diritto tributario*, 1996, II.
- COMELLI, *L'armonizzazione fiscale e lo strumento della direttiva comunitaria in relazione al sistema dell'IVA*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1998, I.
- COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale, contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000.
- COMELLI, *Sul requisito dell'onerosità delle operazioni soggette all'IVA*, in *Rivista di diritto tributario*, 2003, III.
- DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del Contribuente*, Milano, 2006.
- FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2005.
- FANTOZZI, *Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo*, in *Rassegna tributaria*, 1988.
- FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2004.
- FAZZINI, *Il principio di territorialità nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 1995.
- FAZZINI e AA.VV., *I tributi in Italia*, Padova, 1995.
- FAZZINI, *La riforma dell'Iva*, in *Il Fisco*, 1998.
- FAZZINI, *Il diritto di detrazione nel tributo sul valore aggiunto*, Padova, 2000.
- FAZZINI, *Attività economiche ed imposizione fiscale. Profili storico-sistematici*, Padova, 2005.
- GALLO, *Mercato unico e fiscalità. Aspetti giuridici del coordinamento fiscale*, in *Rassegna tributaria*, 2000.
- GALLO, *Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari, Relazione introduttiva al Convegno sul tema "Sovranità fiscale degli Stati tra integrazione e decentramento"* (Ravenna, 13-14 ottobre 2006), in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, VI.
- GALLO, *Ordinamento comunitario e principi fondamentali tributari*, Napoli, 2006.
- GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, 2005.
- LUPI, *Delega Iva e limiti alla detrazione sugli acquisti: dai criteri forfetari all'imputazione specifica*, in *Rassegna tributaria*, 1997.
- LUPI, *Diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2000.
- LUPI – GIORGI, *Iva autovetture. Detrazione ed "uso promiscuo"*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006.

MANDÒ, *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2006.

MELIS, *Motivazione e argomentazione nelle sentenze interpretative della Corte di Giustizia in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna tributaria*, 2005.

MICELI, *Il recupero dell'Iva detraibile tra principi comunitari e norme interne*, in *Rassegna tributaria*, 2006.

PISTONE, *Il trattamento delle perdite e l'evoluzione del diritto comunitario primario in materia di imposte dirette*, in *Rivista di diritto tributario*, II.

PUOTI, *Riflessioni sulla natura giuridica di reddito*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1976, I.

PUOTI, *I redditi di lavoro nel modello Ocse*, in *Corso di diritto tributario internazionale* coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999.

RUSSO – CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella comunità europea*, in *Rassegna tributaria*, 1990.

RUSSO, *Manuale di Diritto Tributario*, Milano, 2002.

SACCHETTO, *Territorialità nel diritto tributario*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano, 1992.

SACCHETTO, *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2001, I.

SACCHETTO, *L'Italia verso una riforma fiscale radicale: gli aspetti internazionali*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2002, II.

SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005.

SALVINI, *Rivalsa, detrazione e capacità contributiva nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1993.

SALVINI, *La detrazione Iva nella Sesta direttiva e nell'orientamento interno, principi generali*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, II.

SPINA, *Limiti alla detraibilità Iva delle auto aziendali*, in *Il fisco*, 2006.

STEVANATO, *La detrazione Iva a seguito del D. Lgs. n. 313/1997*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1998, I.

STEVANATO, *Doppia tassazione dei dividendi intracomunitari e restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *Corriere tributario*, 2007.

TESAURO, *Profili della fiscalità comunitaria*, in *Bollettino Tributario*, 1988.

TESAURO, *Istituzioni di Diritto Tributario, parte speciale*, Torino, 2005.

UCKMAR, *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'UE*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995, I.

UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005.

The carrying out of business activities: a requirement for the application of the value added tax*

Alberto Comelli**

CONTENTS: 1. A systematic approach to the value added tax in the “double-level theory”: intra-Community VAT and national VAT. Differences and connections between “vertical” and “horizontal” analysis. – 2. The carrying out of business activities: a requirement for the application of VAT; a) the “vertical” analysis and the intra-Community VAT “level” (continued) – 3. b) the “horizontal” analysis and the “national” (Italian) VAT “level”. – 4. Some brief observations on how Community and national VAT legislations consider business activities for the purposes of identifying taxable persons. – 5. Brief “horizontal” analysis on German and French legal systems. – 6. Conclusions on the “horizontal” analysis: the definition of taxable person under Article 256 A of Code général des impôts is the most faithful transposition of Article 9 of Directive 2006/112, also in respect of Article 2, first paragraph of Umsatzsteuergesetz.

1. A systematic approach to the value added tax in the “double-level theory”: intra-Community VAT and national VAT. Differences and connections between “vertical” and “horizontal” analysis

According to the theoretical model I propose¹, the value added tax is to be analyzed on a “double-level” basis. If you consider its peculiar sources, the analysis on VAT must be performed at two levels, which are both fundamental and unavoidable and strictly (and sometimes problematically) connected to each other.

Among the directives concerning value added tax, it is to highlight Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 as particularly important. It contains a not insignificant recast and a sensitive arrangement – also by way of consolidation and linguistic review – of previous provisions scattered through numerous directives², which were repealed by Directive 2006/112/EC³. The amendments made to previous Sixth Directive 77/388/EEC and relevant amendments slightly affect its content, but

* This paper, along with some additional contents and notes, reproduces the text of the presentation that was presented to the Conference “Lo stato di armonizzazione dell’IVA a trent’anni dall’emanazione della Sesta Direttiva (1977-2007)” (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive), held on 20 April 2007, at the Interporto of Nola (Naples), and organized by the Department of Juridical Sciences of the Second University of Naples and by the Professional Association of Chartered Accountants of Nola and Naples. This paper is to be included in published conference papers. Translation by Claudia Calogero.

** Associate Professor of Tax Law at the University of Parma.

¹ See COMELLI A., *Iva comunitaria e iva nazionale. Contributo alla teoria generale dell’imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000, 133 foll.

² See CENTORE P., *Iva europea. Guida alla nuova direttiva rifiuta. Norme nazionali e comunitarie a confronto*, Milano, 2007, 1 foll.

³ See Annex XI to Directive 2006/112/EC, which contains the list of repealed directives.

the re-wording and the systematic re-arrangement implied by the “recast”, resulting in Directive 2006/112/EC, can be considered very positive, particularly in respect of clarity and certainty in the law.

Along with directives, the VAT system is largely governed by some Council regulations and decisions⁴, as well as by the case law of the European Court of Justice⁵. It covers all the major issues concerning the application of value added tax, ranging from tax neutrality to territoriality, from the right to deduct to exemptions. To put it simply, I dub this “level” of analysis “intra-Community VAT”.

However, there is a second “level” of analysis, which is not less important than the first one: it deals with domestic transposition of Community VAT legislation, as interpreted by the European Court of Justice. This “level” can be dubbed “national VAT”.

The first problems in applying this model of analysis concern the interrelationships between the two “levels” of “intra-Community VAT” and “national VAT”. This analysis of “vertical” nature can be carried out in respect of:

- a) general principles of (primary and secondary) Community law and national constitutional law;
- b) one or more VAT essentials (for example, the right to deduct VAT in all its aspects);
- c) a single Community provision as transposed into domestic law. In the light of this analysis, it may result that a domestic implementing provision reflects correctly the corresponding Community provision, as interpreted by the European Court of Justice, or that, partially or wholly, it does not conform to it.

Once the “vertical” analysis has been undertaken, another type of analysis can be successfully performed. In fact, it is particularly interesting to compare how a provision (or a whole system) of Community law is transposed into a Member State’s legal system in respect of other legal systems akin to the first one.

If you consider the Italian VAT legislation, it is really productive to compare it with the French and German legal systems. Even where the national lawmakers are given a minimal discretionary power when transposing a rule (or a system) of Community law, or conversely are not at all, it is undoubtedly useful, for the purposes of relevant analysis, to verify whether the Italian law is technically correct and precise in respect of the corresponding German and French law. Furthermore, this verification enables to highlight whether a VAT provision or system of Community law has been transposed in a more (or less) faithful way in respect of the Italian law. This analysis can be dubbed “horizontal”.

Both the “vertical” and “horizontal” analysis are particularly effective for the purposes of value-added tax and contribute jointly to bring about the features of how this tax works, moving from intra-Community VAT to the Italian, German and French VAT.

⁴ For illustration purposes only, see Council Regulation No. 1798 of 7 October 2003 on administrative cooperation in the field of value-added tax, and Council Decision 2004/295/EC of 22 March 2004 authorizing Italy to apply a measure derogating from Article 21 of the Sixth Council Directive (77/388/EEC)

⁵ On the process of VAT harmonization and the role of European case law, see PERRONE L., *L'armonizzazione dell'iva: il ruolo della Corte di giustizia, gli effetti verticali delle direttive e l'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2006, 423 foll.

Methodologically, the “horizontal” analysis presupposes the “vertical” one and not vice-versa. In fact, the comparison of the Italian with the German and French law comes after, and not beforehand, the analysis of the corresponding Community law to transpose. As a corollary, it is necessary first to undertake the “vertical” analysis and then the “horizontal” analysis.

After this necessary introduction, we now move on to verify the carrying out of a business activity as a requirement for the application of intra-Community VAT.

2. The carrying out of business activities: a requirement for the application of VAT; a) the “vertical” analysis and the intra-Community VAT “level” (continued)

From the point of view of intra-Community VAT, it is particularly important to identify the status of taxable persons, which is strictly linked to the right to deduct the tax paid on the acquisition of goods and services⁶. This link emphasizes that the status of taxable person is essential to guarantee the principle of neutrality in competition, which is the core of the whole intra-Community VAT system⁷.

Article 9(1) of Directive 2006/112 defines the taxable person very broadly⁸ as “any person who, independently, carries out in any place any economic activity, whatever the purpose or results of that activity”⁹. The broader is the definition of taxable person, the wider is the neutrality of the whole VAT system in competition. In fact, it enables the tax, so to speak, to follow the ideal route at all stages from the production through the (wholesale or retail) marketing of goods and services to the final consumption. As a corollary, a wide concept of taxable person¹⁰ affects not insignificantly the legal nature of the value added tax, as a general tax applied on the final consumption of goods and services¹¹.

In this interpretation perspective, the second subparagraph of Article 9(1) gives a precise definition of “economic activity”, which is not performed on an occasional

⁶ On this immediate link, see judgement of the European Court of Justice of 8 February 2007, case C-435/05, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2007, 281 foll., commented by SANTI A., *In mancanza della soggettività iva niente detrazione sugli acquisti*.

⁷ On the point, see for a thorough analysis, COMELLI A., *Iva comunitaria e iva nazionale*, op. cit., 344 and 385 foll.

⁸ In the same sense, with reference to Article 4 of the Sixth Directive 77/388/EEC of the Council, see Judgement of the European Court of Justice of 21 April 2005, case C-25/03 [2005] ECHR I-3145.

⁹ This definition does not cover imports, which fall within the scope of VAT in any case, even where they are carried out by non-taxable persons under Article 9 of Directive 2006/112.

¹⁰ See FANNI M., *La posizione recentemente assunta dalla giurisprudenza comunitaria in materia di frodi all'iva: la rilevanza dell'elemento soggettivo nelle “sofferte” sentenze Optigen ed Axel Kittel. Brevi spunti di riflessione in ordine al profilo processuale probatorio*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, 231 foll.

¹¹ On the point, see COMELLI A., *La natura dell'imposta*, in AA.VV. *L'imposta sul valore aggiunto*, Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, directed by Tesaurò F., Torino, 2001, 3 foll. See also BOSELLO F., *L'attuazione delle direttive comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto: l'esperienza italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1997, I, 706, who argues that the definition of VAT as a consumption tax is not merely descriptive, where the taxation on consumption is not the purpose but the real function of VAT. The author points out also that a Court's interpretation would not be correct if it did not take into account the function of taxing consumption, in the same way as a national rule having different effects.

basis. According to this provision, “Any activity of producers, traders or persons supplying services, including mining and agricultural activities and activities of the professions, shall be regarded as ‘economic activity’. The exploitation of tangible or intangible property for the purposes of obtaining income therefrom on a continuing basis shall in particular be regarded as an economic activity”.

In the light of this provision, the status of taxable person depends on the carrying out of an economic activity, whatever the purpose and results of that activity. What is important is that the economic activity is conducted on a continuing basis¹² and independently, thus excluding employed persons¹³.

Furthermore, the Community provision leaves out of consideration the distinction between a business and a trade or a profession. It leaves out of consideration also the legal form of the activity and of the place where it is carried out.

Even though it may seem *prima facie* a contradiction in terms, the concept of taxable person as contained in Article 9 of Directive 2006/112, so to speak, makes relevant definition concrete. In fact, what distinguishes a taxable person from a non-taxable person for VAT purposes is the carrying out (or the non-carrying out) of an economic activity in the above sense.

On the other side, it totally leaves out of consideration the *summa divisio* between the carrying out of a business and the carrying out of a trade or a profession, as set out in the Italian legislation¹⁴. In Community law, the carrying out of all these activities is at the same level: there is no distinction or gradation in view of qualifying a category as residual in respect of another.

This approach has the merit of simplifying the concept of taxable person, while considering it as essential in respect of the principle of tax neutrality from a competition point of view. In other words, who carries out an economic activity independently is regarded as a taxable person, and it is of little consequence that that activity takes the legal form of a partnership or a corporation, instead of an individual firm.

As a consequence, in order to identify the status of taxable person for VAT purposes, the legal form is not relevant: individuals, partnerships or corporations are placed at the same level. The choice of a specific legal form among the options available does not involve a different status of taxable person and this is a further guarantee of the neutrality of tax, whose application does not depend on the taxpayer’s formal choice but – substantially – on the independent carrying out of the activity.

In this perspective, the fact that the legal form, which the taxpayer takes for the purposes of carrying out an economic activity, is not relevant enables the VAT mechanism to operate without being affected by subjective choices, where the activities

¹² However, see Article 12 of Directive 2006/112, which provides that Member States may regard as a taxable person anyone who carries out, on an occasional basis, a transaction relating to the activities referred to in Article 9(1) and in particular “the supply, before first occupation, of a building or parts of a building and of the land on which the building stands” or “the supply of building land” (namely, ‘building’ shall mean any structure fixed to or in the ground, as defined by Member States).

¹³ The scope of tax does not cover also the economic activity carried out by other persons in so far as they are bound to an employer by a legal tie other than a contract of employment “creating the relationship of employer and employee as regards working conditions, remuneration and the employer’s liability”, as is laid down by Article 10 of Directive 2006/112.

¹⁴ See Articles 4 and 5 of Presidential Decree D.P.R. No. 633/1972, which are referred to in the following paragraph of this presentation.

performed are the same. Regardless of the legal form, the VAT mechanism is aimed at taxing the final use of goods and services. In fact, only the final user's income is definitely decreased by the amount of tax paid on the acquisition of goods or services, while relevant previous transactions – which were made during the production and distribution cycle – are only subject to an advance payment of tax¹⁵.

To conclude on this point, it may be said that the issue of identifying the status of taxable person for VAT purposes in respect with the performance of a business activity is an integral part of the more general issue of the status of taxable person in respect of artistic or professional activities. It emerges that the concept of taxable person in Community law is quite significantly unitary and (at least) relatively simple in order to identify precisely the scope of application of the tax. Thus, it is not necessary to provide a long and detailed list of civil law categories for all Member States, which have undeniably quite different legal traditions ranging from common law to civil law.

Moreover, with reference to States, Regions, Municipalities and other bodies governed by public law, the status of taxable person follows essentially three principles as laid down in Article 13 of Directive 2006/112.

First, in order to guarantee the neutrality of tax, these bodies are not regarded as taxable persons in respect of the activities or transactions in which they engage “as public authorities”¹⁶, even where they collect dues, fees, contributions or payments. In principle, therefore, the definition is negative, where these bodies are not regarded as taxable persons in consideration of the fact they engage in activities as public authorities.

However, there are two other principles concerning such a definition, under subparagraphs 1 and 2 of Article 13. These bodies governed by public law are regarded as taxable persons for the purposes of VAT, where the activities or transactions they are engaged in can be carried out also by private traders and where their treatment as non-taxable would lead to “significant” distortions of competition. Finally, the derogation is further extended to treat bodies governed by public law as taxable persons where they are engaged in the activities listed in Annex I to Directive 2006/112, where they “are not carried out on such a small scale as to be negligible”¹⁷. The extended derogation as laid down in paragraph 2 is to be intended in the sense that bodies governed by public law are to be regarded as taxable persons “in any event” where relevant activities are not negligible, regardless of whether there may be a distortion of competition¹⁸.

¹⁵ Only the final user is referred to in respect of the ability-to-pay principle under Article 53 of the Italian Constitution, while relevant parameter is given by the final consumption of the goods or services.

¹⁶ In Judgement of 17 October 1989, joined case C-231/87 and 129/88, *Ufficio delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda and others v. Comune di Carpaneto Piacentino*, ECR - 3271, the European Court of Justice clarified that the activities pursued “as public authorities” within the meaning of the first subparagraph of Article 4(5) of the Sixth Directive 77/388/EEC (now, first subparagraph of Article 13(1) of Directive 2006/112) are those engaged in by bodies governed by public law under the special legal regime applicable to them under domestic law and do not include, therefore, activities pursued by them as persons subject to private law, more precisely, under the same legal conditions as applied to private traders. See BERTOLISSI M., *Gli enti pubblici tra Corte di giustizia CEE e legislatore nazionale*, in *Corr. trib.*, 1989, 3274 and 3275; *Ibid.* *La soggettività tributaria degli enti pubblici ancora al vaglio della Corte CEE*, 1990, 2441 foll.

¹⁷ For illustration only, telecommunications services, supply of water, gas, electricity and thermal energy, transport of goods and passengers, port and airport services, supply of new goods manufactured for sale.

¹⁸ The second subparagraph of Article 13 provides that – for reasons of simplicity Member States may regard the activities engaged in by bodies governed by public law as not relevant for tax purposes (in respect of the status

3. b) the "horizontal" analysis and the national (Italian) VAT "level"

The Italian lawmaker's approach to the concept of taxable person for VAT purposes is different¹⁹ and – I can anticipate – more complicated and less streamlined than the concept as laid down in Article 9 and following of Directive 2006/112. First of all, Presidential Decree (D.P.R.) No. 633/1972 draws a distinction between the carrying out of a business and the carrying out of a trade and a profession and defines both categories separately²⁰. This *summa divisio* does not immediately reflect corresponding Community provisions of law.

But, even leaving aside this preliminary consideration, the definition of business activities under Article 4 of D.P.R. No. 633/1972 is anything but simple both systematically and literally²¹. In fact, there are a number of references to civil law: on one side, these imply that it is necessary to be aware of some provisions of law that are not strictly relevant to taxation; on the other side, they may (dangerously) lead to interpretation doubts and different positions in doctrine and case law, which actually derive from a different branch of the legal system.

In other words, the risk is that interpretation doubts concerning civil law may have to be dealt with (and, it could be said, may be inherited from) for the purposes of VAT application; this hinders a streamlined and uniform application of the VAT, and thus the general principle of neutrality in respect of competition.

These first observations on the Italian transposing legislation lead to reasonable perplexities about whether above Community rules on the status of taxable person are correctly implemented in the national system. If the wording of a provision is structurally (and not only literally) particularly complex, where it could be much simpler and streamlined, it comes into conflict with the principle of legal certainty, as a general principle embedded both in national and Community law²².

of taxable person), where they are exempt under Articles 132, 135, 136, 371, 374 to 377, and Article 378(2), Article 379(2), and Articles 380 to 390.

¹⁹ See, in addition to D'AMATI N., *Le fattispecie soggettive nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Boll. trib.*, 1982, 261 and 262; CENTORE P., *Iva europea. Aspetti interpretativi ed applicativi dell'iva nazionale e comunitaria*, Milano, 2006, 148 foll.; FILIPPI P., *Riflessi delle recenti modifiche i.v.a. sulla nozione di esercizio di impresa e di esercizio di arte e professione*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 871 foll.; INTERDONATO M., *Gli imprenditori*, in AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto*, op. cit., 125 foll.; MINERVINI G., *Il presupposto soggettivo dell'obbligazione iva*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, I, 615 foll. With reference to investment funds, see GALLO F., *Il problema della soggettività ai fini iva dei fondi comuni di investimento*, *Ibid.*, 1987, I, 502 foll.

²⁰ It is not without consequences to include an activity in one of the two categories as identified in Articles 4 and 5 of D.P.R. No. 633/1972: see, for example, Article 3, third paragraph of D.P.R. No. 633/1972, which provides that certain supplies of services effected free of charge are subject to tax, where the supplier carries out a business activity but not where he carries out an artistic or professional activity. FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2005, 578, body of text and note 40, says that the performance of a transaction in the context of a business activity, rather than of self-employment, does not lead to significant differences of treatment for VAT purposes, differently from what occurs in respect of income taxation, where different rules apply essentially to procedures, in addition to the non-taxation of services supplied for own consumption. (on this point, see CARPENTIERI L., *Autoconsumo*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1996, 1 foll.).

²¹ See POLANO M., *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 206 – 208.

²² See CASTORINA E., «Certeza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio «comune», in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1998, 1177 foll. See also BENVENUTI F., *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di Giannini M.S.*, II, Milano, 1988, 29 foll.; CORSALE M., *Certeza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 foll.; GIANFORMAGGIO L., *Certeza del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino 1988 (re-published in 2001), 274 foll.; SANTUCCI G., *Accertamento e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 409 foll.

At this point, with regard to this particular relationship, it is necessary to move on to some of the most significant aspects of Article 4 of D.P.R. No. 633/1972.

Before being amended by D.P.R. No. 24/1979, the original text of its first paragraph, contained a formal reference to the concept of entrepreneur, including also small entrepreneurs and farmers respectively under Article 2083 and Article 2135 of the Italian Civil Law Code²³. Afterwards, the reference to the concept of entrepreneur was deleted²⁴ by virtue of amendments made by Article 1 of D.P.R. No. 24/1979.

The current legislation emphasizes, on one hand, the features of the activities carried out by the person concerned for the purposes of relevant business and, on the other hand, the legal form taken by the person carrying out that business²⁵. It follows that the Italian lawmaker takes into account not only an objective criterion (as corresponding Community law does), but also a subjective criterion.

As in many other provisions contained in D.P.R. No. 633/1972, the wording of Article 4 is structured so that the first paragraph contains a general definition and the following paragraphs specify and fix it, while extending or limiting its relevant scope. In this regard, the numerous and detailed derogations make it difficult to construe a unitary concept to define.

The concept of business activities, as laid down in current Article 4, is wider than those concerning agricultural and commercial activities (which are subject to registration), as contained in Articles 2135 and 2195 of the Civil Law Code²⁶. A business activity includes commercial or agricultural activities, as identified in the Civil Law Code, when they are pursued habitually and on a professional basis²⁷, but not necessarily in an exclusive way, even where relevant activity does not take the legal form of an undertaking.

This concept is wider for VAT purposes, as also confirmed by Article 1, second paragraph, letter a) of Legislative Decree No. 313/1997 amending the first paragraph of Article 4. This Article lists other business activities, including business entities supplying services other than those contained in Article 2195 of the Civil Law Code.

²³ For a critical examination of the original wording of Article 4 of D.P.R. No. 633/1972, see FANTOZZI A., *Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi e nell'iva*, Milano, 1982, 25 foll. See also *ibid.* *Presupposto e soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, 725 foll.

²⁴ See FILIPPI P., *Riflessi delle recenti modifiche i.v.a. sulla nozione*, op. cit., loc. cit., 871 foll., and, in particular, 874. With reference to business activities, see SAMMARTINO S., COPPA D., *Valore aggiunto (Imposta sul)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VII, Torino, 1987, 1058, who say that the lawmaker was forced to give up the definition of entrepreneur as laid down in civil law, because it was not feasible to express the substance of Community directives. He replaced it with a definition of fiscal nature, which is valid for VAT purposes and connected to a different situation that can be referred to a larger number of persons, although it is identified under the same terms.

²⁵ The current wording of Article 4 of D.P.R. No. 633/1972 indirectly gives a definition of "entrepreneur for VAT purposes" and does not expressly recall the provision contained in Article 2082 of Civil Law Code.

²⁶ With reference to commercial activities for VAT purposes, see POLANO M., *Attività commerciali e impresa nel diritto tributario*, Padova, 1984, 225 foll.; PROTO A.M., *Brevi considerazioni sulla nozione di attività commerciale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 881 foll. and, in particular, 887 – 888. See also NUZZO E., *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, I, 114 foll.

²⁷ MASÌ P., *Categorie privatistiche e nuovo regime dell'iva*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 438 and 439, affirms that a professional activity implies that the activity is carried out on a continuing basis and points out that – in respect of the professional nature of an activity – the "economic nature" has an autonomous rationale (within the framework of Article 2082 of the Civil Law Code), which is the capacity to set off production factors, on the basis that this requirement refers to the results of the activity itself.

These activities may comprise, for example, translations, private investigations, physiotherapy and photography.

The above mentioned provisions of law show that the Italian lawmaker has intended to extend the definition of business activities in order to cover some significant activities, which take the business legal form as prescribed within the Civil Law Code, but are not to be registered in the business names registry in accordance with Article 2195 of the Civil Law Code.

More in general, the status of taxable person is strongly affected by the business legal structure through which a commercial or agricultural activity is carried out. Accordingly, three categories may be distinguished²⁸.

With reference to individuals, it is necessary to draw a distinction between supplies of goods and services carried out by the taxable person for his “private” use, namely as a final user, and supplies of goods and services for the purposes of his business. Only the latter fall within the scope of VAT, where they are carried out habitually and on a professional basis, as laid down in Articles 2195 and 2135 of Civil Law Code in respect of agricultural and commercial activities, even though with the derogations contained in the fifth paragraph of Article 4.

As a consequence, the scope of VAT does not cover all economic transactions carried out by individuals, but only those supplies of goods or services that the taxable person carries out for the purposes of his business. For example, if a builder inherits a building, this supply of goods does not fall within the scope of VAT, as the builder carries it out for the purposes of his private use. In other words, the scope of VAT does not cover the supplies of goods belonging to the private or family assets of an individual and the supplies of services that the taxable person does not carry out for the purposes of his business.

The second and third paragraph of Article 4 contains the definition of the second category of taxable persons. In accordance with those provisions, the supplies of goods and services are treated as business activities, where they are made – also to their own members – by commercial companies (partnerships and companies with capital shares) and other types of companies that are considered similar for VAT purposes²⁹.

In these cases, it is absolutely superfluous to verify whether the company carried out a transaction for the purposes of the company itself. What prevails is the formal factor, namely the legal form of the entity carrying out the transactions concerned, provided that it is included in the closed category contained in Article 4, no. 1) of

²⁸ However, under the fifth paragraph of Article 4 of D.P.R. 633/1972, some business activities are treated as commercial “in any case” for VAT purposes. For example, supply of water, gas, electricity and thermal energy; running of trade fairs, staff shops, industrial canteens, and supplies of catering services; passenger transport; transport of goods and relevant warehousing; organization of tourist travel and stays; activities of commercial publicity. Conversely, other activities are not treated as commercial: for example, gold and currencies exchange made by *Banca d'Italia* and *Ufficio italiano dei cambi*; mutual cover and quality control services provided by consortia or cooperatives to consortium partners or members; goods or services supplied by political parties represented in national and regional assemblies during propaganda campaigns.

²⁹ More precisely, these companies are known under the Italian law as “società in nome collettivo”, “società in accomandita semplice”, “società per azioni”, “società in accomandita per azioni” and “società a responsabilità limitata”, “società cooperative”, “società di mutua assicurazione” and shipping companies, foreign companies under Article 2507 of the Civil Code and, finally, “de facto” companies.

D.P.R. No. 633/1972. In other words, it is necessary to leave aside a case-by-case examination of whether the activity concerned is carried out on a professional and habitual basis, as required by the first paragraph of Article 4, in order to assess the status of taxable persons for VAT purposes.

The above case applies the equation of legal form to automatically and generally determine the status of taxable person, which does not correspond with the provisions contained in Article 9 and following of Directive 2006/112.

The third category of taxable persons comprises bodies governed by public and private law, including consortia, associations and other organizations without legal personality and non-commercial partnerships. In this framework, as a preliminary point, it is necessary to draw a distinction between bodies carrying out commercial or agricultural activities as an exclusive or main purpose and bodies carrying out different activities. In fact, it is not sufficient to verify – as in the case of transactions carried out by commercial companies – whether the supplier of goods or services has a specific legal form: it is instead necessary to analyze whether a body governed by public or private law (other than companies) carries out commercial or agricultural activities as its exclusive or main purpose.

If the results of the examination are positive, all supplies of goods and services are to be regarded as carried out for the purposes of a business in any event, including supplies of goods or services made by those bodies to their members or final users. Therefore, it is not necessary to investigate whether the transaction concerned is made on an occasional or habitual basis and whether it is made for the purposes of the activity pursued.

Conversely, where a body governed by public or private law does not carry out commercial or agricultural activities as its exclusive or main purpose, but as its secondary purpose, they are treated as taxable persons only in respect of supplies of goods and services carried out in the course of commercial or agricultural activities³⁰. In these cases, as in the case of individuals, it is necessary to verify on a case-by-case basis whether the transaction concerned is carried out for the purposes of the secondary commercial or agricultural activity pursued by the body.

Furthermore, in line with the fourth paragraph of Article 4, this principle permits extensions and derogations: the supply of goods and services is treated as commercial, where it is carried out to partners, members or final users in return for a specific or additional payment, which is proportional to the supply provided³¹.

³⁰ See DELLA VALLE E., *Iva: l'ente che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole*, in *Rass. trib.*, 1999, 1001 foll.

³¹ However, the following transactions are not treated as commercial: a) the supply of goods and services to members or final users in return for a specific or additional payment in accordance with their institutional purposes by organizations with aims of a political, trade-union, professional-association, religious, welfare, cultural, non-professional sport, social advancement and extra-curriculum education nature; b) the supply of foodstuff and beverages by organizations for social advancement as listed in Article 3, paragraph 6, letter e) of Law No. 287 of 25 August 1991 (and whose welfare purposes are recognized by the Ministry of Home Affairs) to their members in bars and similar enterprises at the premises of the organizations, where relevant supply is strictly connected to the activities pursued for the institutional purposes of the organizations. These provisions apply only where the statutes or articles of association of these organizations are contained in a public deed or in a notarized private deed and are in compliance with Article 4, paragraph 7, of D.P.R. No. 633/1972, as introduced by Article 5, paragraph 2 of Legislative Decree No. 460 of 4 December 1997.

From the foregoing it is immediately obvious that the identifying of the status of taxable persons is multifaceted and anything but simple, in respect of the carrying out of business activities.

It is necessary now to briefly compare intra-Community VAT to Italian VAT in the framework of the “vertical” analysis and the “double-level” theory.

4. Some brief observations on how Community and national VAT legislations consider business activities for the purposes of identifying taxable persons

In comparing how Community and national VAT legislations consider business activities in order to identify taxable persons, it is immediately evident that the first one is relatively simple and streamlined and does not make any unnecessary (and, perhaps, even dangerous) references to the definition of commercial and agricultural enterprise in civil law³². The applicable Community law does not refer to civil law, thus avoiding various interpretation problems linked to the transposition of private law categories, which are not (always) uniform in all Member States.

The definition contained in Article 9 of Directive 2006/112 is based on an objective element, that is the carrying out of an economic activity, which itself is defined in a sufficiently clear way. Reasonable questions on the interpretation (such as, the activities or transactions carried out by bodies governed by public law as public authorities)³³ have frequently been referred to the European Court of Justice, which has clarified how Community law is to be interpreted³⁴, since it enters into force. Relevant case law, which sometimes followed a true creative approach³⁵, has played a significant role in advancing a uniform interpretation of Community law also with regard to the status of taxable persons for VAT purposes.

Conversely, the Italian approach is much more complex and intricate, as is clear from the uneasy reading of Article 4 of D.P.R. No. 633/1972. The distinction of taxable persons in three different categories, namely individuals, commercial companies and other bodies governed by public and private law, does not immediately reflect corresponding Community law. To be more precise, with regard to the first two categories, Community law considers only the fact that an economic activity (in the broadest term) is carried out independently, regardless of the place, the purpose or results of that activity.

³² For a definition of agriculture and agricultural enterprise in the Italian tax law, see INTERDONATO M., *L'impresa agricola e il sostegno comunitario all'agricoltura. Trattamento tributario*, Padova, 2006, 1 foll. See also MAGNO P., *Sul concetto di impresa agraria nel decreto istitutivo dell'i.v.a.*, in *Riv. dir. agr.*, 1973, 239 foll.

³³ See point 2 above.

³⁴ See, among the many examples, judgement of the European Court of Justice of 26 June 2003, case C-305/01, in *Dir. prat. trib.*, 2004, II, 351 foll., annotated by MEDICI S., *Il trattamento fiscale ai fini iva delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di giustizia*. In this judgement, it is stated that – for the purposes of VAT liability – in accordance with the Court's settled case-law, Article 4 of the Sixth Directive confers a very wide scope on VAT, “comprising all stages of production, distribution and the provision of services”.

³⁵ On the creative approach of the European Court's case law, see the interesting observations in ALPA G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 3 foll.

This rule leads to determining the status of taxable person in a unitary and uniform way, leaving aside the distinction between individuals and commercial companies. Furthermore, it is superfluous to verify whether individuals carry out agricultural or commercial activities under Articles 2135 and 2195 of Civil Law Code, or business activities aimed at supplying services other than that listed in Article 2195 of the Civil Law Code. This analysis – which may be not easy and immediate in practice – is superfluous in the light of Article 9 and following of Directive 2006/112. In fact, these provisions contain a very broad and virtually overarching definition, thus guaranteeing (or concurring to guarantee) the principle of neutrality of VAT in respect of competition.

Furthermore, as already observed, Community law does not draw any distinction between the carrying out of a business and the carrying out of a trade or a profession, which characterizes the Italian implementing provisions; persons engaged in these activities are considered a single category for the purposes of identifying taxable persons.

To sum up, the Italian transposing provisions of Community VAT legislation are not so streamlined as the original ones and complicate significantly the definition of taxable persons, which should be reasonably uncontroversial, as it is fundamental for the correct and simple operation of VAT.

For these reasons, the Italian transposing law, where it is unreasonably complex and refers to civil law³⁶, is not in line with the corresponding Community law, which is much more streamlined and essential, and yet rigorous in its formal structure. Therefore, the Italian transposing law seems to conflict with the principle of legal certainty, which is fundamental both in domestic and Community law. To complete the “vertical” analysis the Italian transposing law does not provide any specific provision applicable to bodies governed by public bodies³⁷. It does not recognize the distinction between transactions or operations engaged “as public authorities” – as laid down in Article 13(1) of Directive 2006/112 – and those engaged as private traders³⁸. In principle, this provision gives prominence to the nature of public authorities of these bodies and does not consider these bodies as taxable persons where the activities in which they are engaged are governed by public law. However, according to the derogation to this principle, these bodies are regarded as taxable persons, when they are engaged in transactions in competition with private traders, where their treatment as non-taxable persons would lead to significant distortions of competition, and in re-

³⁶ See OPPO G., *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *Riforma tributaria e diritto commerciale*, Papers of the Conference held in Macerata on 12-13 November 1976, Milano, 1978, 9 ss.; MICHELI G.A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riforma tributaria*, op. cit., 33 foll., according to whom, the categories of persons covered in tax law serve an instrumental purpose, which aims to tax the largest number of persons and situations that are relevant for tax purposes.

³⁷ More in detail, the Italian law covers a larger number of bodies governed by public law, including also bodies governed by private law (other than those indicated in Article 4, second paragraph, No. 1 of D.P.R. No. 633/1972): consortia, associations or other organizations without legal personality and non-commercial companies.

³⁸ Scholars have poignantly examined this issue: see, TESAURO F., *Appunti sulla «illegittimità comunitaria» delle norme iva relative agli enti pubblici*, in *Boll. trib.*, 1987, 1757 foll.; Id., *Il regime iva delle attività degli enti pubblici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1992, I, 103 ss.; TOSI L., *L'assoggettamento ad imposta sul valore aggiunto delle operazioni commerciali delle amministrazioni comunali: considerazioni generali e casi particolari*, in *Rass. trib.*, 1987, I, 565 foll.; Id., *Le entrate acquisite «in quanto pubbliche autorità»: il caso di soggezione ad i.v.a. dei comuni tra norme interne e direttive comunitarie*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1988, I, 589 foll.

spect of the activities listed in Annex I to Directive 2006/112, where those activities are not negligible.

Article 4 of D.P.R. No. 633/1972 is not a correct transposition of relevant Community law and thus the Italian Republic did fail to meet its obligations under the Treaty of Rome. The Italian implementing provisions concerning bodies governed by public law should hugely be amended to arrive at a faithful and precise transposition of the provision (and the rationale) contained in Article 13 of Directive 2006/112.

5. Brief “horizontal” analysis on German and French legal systems

It is necessary now to compare the results from the “vertical” analysis with those deriving from the “horizontal” analysis. For this purpose, to facilitate this brief (but effective) comparison, the analysis will take into consideration two legal systems whose legal traditions are akin to the Italian one: the German and French legislations.

In German legislation, excluding some particular cases, an entrepreneur (*Unternehmer*) is regarded as a taxable person for VAT purposes. According to Article 2, paragraph 1 of *Umsatzsteuergesetz* (German law on turnover tax), entrepreneur means any person who independently carries out a trade or a profession, namely a continued income raising activity, whatever the results of that activity³⁹. In the light of this provision, the activity concerned must meet two conditions: it must be a continued and income raising activity⁴⁰.

According to scholars, a continued activity implies that it must be carried out for a certain length of time and be planned⁴¹; an income raising activity implies that it is not indispensable that income is obtained for the purposes of VAT. In fact, a person shall be regarded as an entrepreneur both where the activity engaged in is intended to cover costs, thus to balance costs with income, and where income is lower than costs.

Moving on to the French legislation, according to Article 256 A of *Code général des impôts* (General Tax Act), for the purposes of VAT, taxable person means any person who independently carries out an economic activity (as follows), whatever his legal status, his situation in respect of other taxes and the form or nature of his activity. Any activity of producers, traders or persons supplying services, including mining and agricultural activities and activities of the professions, shall be regarded as ‘economic activity’ for the purposes of VAT⁴². Article 256 A, on one hand, expressly excludes employed persons from the application of tax; on the other hand, it considers the exploitation of tangible or intangible property for the purposes of obtaining income on a continuing basis as an economic activity.

³⁹ According to Article 2, first paragraph of *Umsatzsteuergesetz* the concept of enterprise covers all commercial or professional activities carried out by the entrepreneur.

⁴⁰ See BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, translation into Italian by De Mita E., Milano, 2006, 377, who points out that subordinate employment clashes with independence.

⁴¹ See again BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, op. cit., 377.

⁴² See GROSCLAUDE J., MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese. Le imposte – le procedure*, translation into Italian by De Mita E., Milano, 2006, 261.

6. Conclusions on the “horizontal” analysis: the definition of taxable person under Article 256 A of *Code général des impôts* is the most faithful transposition of Article 9 of Directive 2006/112, also in respect of Article 2, first paragraph of *Umsatzsteuergesetz*

In the light of the analysis made on German and French legal systems from the point of view of VAT, it is proper to draw some conclusions. In particular, I want to make some observations in the framework of the “horizontal” analysis, which is comparison-based, as already pointed out.

In German legislation, under Article 2, first paragraph of *Umsatzsteuergesetz*, the definition of taxable person focuses on the concept of entrepreneur (*Unternehmer*), where entrepreneur means any person who, independently, carries on a trade or a profession from which income can be obtained on a continuing basis, even though he does not seek to obtain income. From the point of view of the “vertical” (German) analysis, this concept is in harmony with Article 9 of Directive 2006/112 and transposes relevant definition simply and effectively.

In French legislation, Article 256 A of *Code général des impôts* transposes relevant Community law in a similar way to the German approach. In particular, this provision focuses in on economic activities that are carried out independently, whatever the legal status of the person engaged in the activity, his situation in respect of other taxes and the form or nature of his activity. Article 256 A refers to any activity of producers, traders or persons supplying services, including mining and agricultural activities and activities of the professions. It covers also the exploitation of tangible or intangible property for the purposes of obtaining income on a continuing basis.

Therefore, what we observed on the same concept as laid down in German law can be said also in respect of French law. In other words, on the one hand, it substantially conforms to Community law⁴³ and, on the other hand, it is much simpler and more streamlined than the Italian concept, as laid down in Article 4 (and 5) of D.P.R. No. 633/1972.

Finally, all it remains to say is that – in the light of the “horizontal” analysis – the Italian concept of taxable person for VAT purposes is too (and needlessly) complex and intricate, when compared with the symmetric transposing provisions in German and French law. French and German law does not make any references to some civil law categories, as made by Article 4 of D.P.R. 633/1972. In particular, French law seems to be more in line with Community law than Italian and German laws⁴⁴, in that it focuses on an objective element, namely the economic activity, which is broadly

⁴³ For VAT purposes, the French definition of taxable person focuses on an objective element, which is an economic activity (among those listed in Article 256A) carried out independently, as laid down in Article 9 of Directive 2006/112. The French concept of taxable person is significantly in harmony with Community law. Furthermore, on a prima facie basis, the French concept of taxable person does not take into account the concept of entrepreneur, differently from the German concept, as contained in Article 2, first paragraph of *Umsatzsteuergesetz*. As a corollary, the French approach is thus still more in harmony with the wording and rationale of Article 9 of Directive 2006/112.

⁴⁴ The Italian provision is contained in Article 4 of D.P.R. No. 633/1972; the German provision is contained in Article 2, first paragraph of *Umsatzsteuergesetz*.

defined as any activity carried out independently, whatever the legal form taken by the person engaged in that activity.

To sum up, the “vertical” and “horizontal” analysis – which are applied to the provisions concerning the carrying out of business activities in order to identify a taxable for VAT purposes, person – emphasize that Article 4 of D.P.R. 633/1972 is not a correct and faithful transposition of some Community provisions (for example, concerning bodies governed by public law) and, furthermore, that Italian law is needlessly too complex. This is to the detriment of the fundamental principle of tax neutrality and legal certainty in respect of an aspect that is essential to precisely determine the scope of application of VAT and is typical of its whole mechanism.

L'esercizio di impresa quale elemento soggettivo della sfera di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto*

Alberto Comelli**

SOMMARIO: 1. *L'indagine sistematica dell'imposta sul valore aggiunto secondo la "teoria del doppio livello": l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale. Distinzione e interrelazioni tra l'analisi di tipo "verticale" e quella di tipo "orizzontale"* – 2. *L'esercizio di impresa quale elemento soggettivo ai fini del campo di applicazione dell'IVA: a) l'analisi di tipo "verticale", in relazione al "livello" dell'IVA comunitaria.* – 3. (Segue): *b) l'analisi di tipo "verticale" in relazione al "livello" dell'IVA nazionale (italiana).* – 4. *Alcune sintetiche considerazioni sulla comparazione tra l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale, sotto il profilo dell'esercizio di impresa ai fini della precisa individuazione della soggettività passiva d'imposta.* – 5. *Breve analisi di tipo "orizzontale", con riferimento all'ordinamento giuridico tedesco ed a quello francese.* – 6. *Osservazioni conclusive sull'analisi di tipo "orizzontale": la definizione di soggetto passivo di cui all'art. 256 A del Code général des impôts è quella che traspone più fedelmente il disposto dell'art. 9 della direttiva n. 2006/112, anche rispetto all'art. 2, primo comma della Umsatzsteuergesetz.*

1. L'indagine sistematica dell'imposta sul valore aggiunto secondo la "teoria del doppio livello": l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale. Distinzione e interrelazioni tra l'analisi di tipo "verticale" e quella di tipo "orizzontale"

L'IVA è un'imposta che, secondo il modello teorico da me proposto¹, deve essere analizzata sulla base di un "doppio livello" di indagine. Se si considera il peculiare sistema delle sue fonti, l'IVA è un tributo per il quale devono essere distinti due livelli di analisi, entrambi fondamentali e imprescindibili, che mostrano la sussistenza di uno stretto (e, talvolta, problematico) nesso di collegamento tra loro.

Tra le direttive comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto, va prioritariamente segnalata, per la sua particolare rilevanza, la Direttiva adottata il 28 novembre 2006, n. 112. Essa contiene una non poco significativa rielaborazione ed una ragionevole sistematizzazione delle precedenti disposizioni, anche mediante una loro opportuna compattazione e revisione sul piano linguistico, contenute in nume-

* Il presente scritto riproduce, con alcune integrazioni e l'aggiunta delle note, il testo della relazione al convegno, che si è svolto in data 20 aprile 2007, presso l'Interporto di Nola (Napoli), organizzato dal Dipartimento di scienze giuridiche della Seconda Università degli Studi di Napoli e dagli Ordini dei Dottori commercialisti di Nola e di Napoli, dal titolo: "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della sesta direttiva (1977-2007)". Questo scritto è destinato alla pubblicazione degli atti del convegno.

** Associato di diritto tributario nell'Università di Parma.

¹ Cfr. COMELLI A., *IVA comunitaria e IVA nazionale. Contributo alla teoria generale dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2000, 133 ss.

rose direttive², le quali sono state abrogate per effetto dell'emanazione della Direttiva n. 2006/112³. Sul piano contenutistico e sostanziale, le modifiche introdotte da questa direttiva rispetto alla previgente Sesta Direttiva n. 77/388/CEE, come successivamente integrata e modificata, sono minime ma il lavoro sia di riformulazione, sia di riordino sistematico, espletato attraverso la "rifusione" che ha condotto alla stesura della Direttiva n. 2006/112, può essere considerato molto positivo, con particolare riferimento ai profili della chiarezza del dato normativo e della certezza del diritto.

Accanto allo strumento della direttiva comunitaria, il sistema dell'IVA è largamente influenzato, oltre che da alcuni regolamenti e da alcune decisioni del Consiglio⁴, da numerose sentenze della Corte di Giustizia europea⁵. Esse esaminano ormai tutte le principali problematiche ed istituti afferenti alla sfera di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto, dal principio della neutralità fiscale alla territorialità, dal principio di detrazione alle esenzioni. Questo "livello" di indagine è stato da me denominato, per semplicità, "iva comunitaria".

Tuttavia, vi è un secondo "livello" di analisi, non meno importante del primo, che attiene alla disciplina di attuazione, nei singoli ordinamenti interni, delle norme comunitarie in materia di iva, come interpretate dalla Corte di Giustizia europea. Questo "livello" può essere denominato "iva nazionale".

Un primo ordine di problemi che si pongono, in considerazione di questo modello ricostruttivo proposto, ha per oggetto le interrelazioni sussistenti tra i due "livelli" sopra sommariamente descritti, vale a dire tra l'"iva comunitaria" e l'"iva nazionale". Questa analisi, che è di tipo "verticale", può essere condotta con riferimento:

a) ai principi generali del diritto comunitario (primario e derivato) e del diritto costituzionale nazionale;

b) ad uno o più istituti che caratterizzano l'IVA (ad esempio, il principio della detrazione dell'imposta, nella sua globalità e complessità);

c) ad una singola norma comunitaria rispetto alla corrispondente norma di trasposizione nell'ordinamento interno. Alla luce di questa indagine, può emergere che la norma interna di attuazione riflette correttamente, ovvero non traspone fedelmente, in tutto o in parte, la corrispondente disposizione comunitaria, come interpretata dalla Corte di Giustizia.

Una volta espletata l'analisi "verticale", può essere utilmente condotta un'altra tipologia di indagine. Difatti, è particolarmente interessante comparare la trasposizione di una norma comunitaria (ovvero di un istituto, nel suo complesso) in un singolo ordinamento nazionale, rispetto alla stessa attuazione realizzata in un ordinamento giuridico con tradizioni simili a quelle del primo ordinamento.

² Si veda CENTORE P., *IVA europea. Guida alla nuova direttiva rifusa. Norme nazionali e comunitarie a confronto*, Milano, 2007, 1 ss.

³ Cfr. l'allegato XI della direttiva n. 2006/112, che contiene l'elenco delle direttive abrogate.

⁴ Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, al Regolamento del Consiglio del 7 ottobre 2003, n. 1798, relativo alla cooperazione amministrativa in materia di iva, nonché alla Decisione del Consiglio 22 marzo 2004, n. 2004/295/CE, che autorizza la Repubblica italiana ad applicare una misura di deroga all'art. 21 della Sesta Direttiva n. 77/388/CEE.

⁵ Sul processo di armonizzazione dell'IVA e sul ruolo della giurisprudenza comunitaria, cfr., da ultimo, PERRONE L., *L'armonizzazione dell'IVA: il ruolo della Corte di Giustizia, gli effetti verticali delle direttive e l'affidamento del contribuente*, in *Rass. trib.*, 2006, 423 ss.

Se si considera la disciplina italiana dell'IVA, è non poco fruttuosa la comparazione rispetto agli ordinamenti tedesco e francese. Anche laddove la trasposizione di un precetto comunitario (ovvero di un istituto) consente un minimo margine di discrezionalità al legislatore nazionale, ovvero, al contrario, non lo concede affatto, senza alcun dubbio è utile, sul piano ricostruttivo, verificare se la norma italiana è formulata tecnicamente in modo più o meno corretto e preciso rispetto a quella corrispondente nell'ordinamento tedesco e in quello francese. Inoltre, questa indagine consente di evidenziare se l'attuazione di un precetto comunitario, o di un istituto, in materia di iva, è stata realizzata dall'ordinamento tedesco e da quello francese in modo più (o meno) fedele rispetto alla corrispondente disposizione italiana. Si tratta di un'analisi che può denominarsi di tipo "orizzontale".

Sia l'analisi di tipo "verticale", sia quella di tipo "orizzontale" sono particolarmente efficaci ai fini dello studio dell'imposta sul valore aggiunto ed entrambe concorrono congiuntamente nel far emergere le peculiarità del meccanismo di funzionamento di questo tributo, passando dall'IVA comunitaria all'IVA nazionale italiana, tedesca e francese.

Sul piano strettamente metodologico, l'analisi "orizzontale" presuppone quella "verticale" e non viceversa. Difatti, la comparazione di una disposizione italiana con quella tedesca e francese segue e non precede l'analisi del corrispondente precetto comunitario, di cui la prima costituisce la trasposizione nell'ordinamento nazionale. Quale corollario, pregiudizialmente è necessaria l'indagine di tipo "verticale" e, a seguire, quella di tipo "orizzontale".

Una volta effettuata questa indispensabile premessa, occorre passare all'esame dell'esercizio di impresa, quale elemento soggettivo della sfera di applicazione dell'IVA, sotto il profilo del sistema comunitario dell'imposta.

2. L'esercizio di impresa quale elemento soggettivo ai fini del campo di applicazione dell'IVA: a) l'analisi di tipo "verticale", in relazione al "livello" dell'IVA comunitaria

Sotto il profilo dell'IVA comunitaria, è particolarmente importante la precisa individuazione della soggettività passiva, la quale è strettamente correlata alla sussistenza del diritto alla deduzione dell'imposta assolta sugli acquisti di beni e di servizi⁶. Questa correlazione pone in evidenza che la soggettività passiva contribuisce in modo essenziale alla concreta realizzazione del principio di neutralità fiscale, sul piano concorrenziale, che caratterizza l'intero sistema dell'IVA comunitaria⁷.

L'art. 9, par. 1, della Direttiva n. 2006/112 definisce il soggetto passivo in modo molto ampio⁸, laddove afferma che è considerato tale "chiunque esercita, in modo

⁶ Su questa stretta correlazione, cfr., da ultimo, l'arresto della Corte di Giustizia 8 febbraio 2007, nella causa C-435/05, in *GT – Riv. giur. trib.*, 2007, 281 ss., con commento di SANTI A., *In mancanza della soggettività IVA niente detrazione sugli acquisti*.

⁷ Sul punto, v. *funditus* COMELLI A., *IVA comunitaria e IVA nazionale*, cit., 344 e 385 ss.

⁸ In senso pienamente sintonico, con riferimento al disposto dell'art. 4 della Sesta Direttiva del Consiglio n. 77/388/CEE, cfr. l'arresto della Corte di Giustizia 21 aprile 2005, nel procedimento C-25/03, in *Racc.*, 2005, I-3145 ss.

indipendente e in qualsiasi luogo, un'attività economica, indipendentemente dallo scopo o dai risultati di detta attività"⁹. Tanto più ampia è la definizione della soggettività passiva d'imposta, quanto più estesa è la neutralità del sistema dell'IVA nel suo complesso, sotto il profilo concorrenziale, consentendo all'imposta di scorrere, per così dire, su ideali binari in tutte le fasi che vanno dalla produzione alla commercializzazione (all'ingrosso e al dettaglio) dei beni e dei servizi, fino a giungere all'immissione al consumo finale. Quale corollario, l'ampiezza del concetto di soggetto passivo¹⁰ influenza in modo non poco significativo la stessa natura giuridica dell'IVA, intesa quale imposta generale sul consumo finale di beni e di servizi¹¹.

In questa prospettiva ricostruttiva, si colloca la precisa individuazione dell'"attività economica", svolta in modo non occasionale, da parte dell'art. 9, par. 1, secondo comma. Sulla base di questo precetto, l'attività economica consiste in "ogni attività di produzione, di commercializzazione o di prestazione di servizi, comprese le attività estrattive, agricole, nonché quelle di professione libera o assimilate. Si considera, in particolare, attività economica lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ricavarne introiti aventi carattere di stabilità".

Alla luce di tale disposizione, la soggettività passiva è determinata in funzione dell'esercizio di un'attività economica, a prescindere dallo scopo e dalla redditività di quest'ultima. Ciò che rileva, oggettivamente, è l'espletamento dell'attività economica, in via di principio, in modo non occasionale¹² e indipendente, con esclusione, pertanto, dell'attività prestata dai lavoratori dipendenti¹³.

La norma comunitaria citata, inoltre, prescinde dalla distinzione tra soggetti che esercitano un'attività di impresa e soggetti che esercitano attività artistiche o professionali. Essa prescinde anche dalla veste giuridica con la quale viene formalmente esercitata l'attività in questione e dal luogo in cui viene posta in essere.

Anche se può apparire, in via di prima approssimazione, una contraddizione in termini, il concetto di soggettività passiva che scaturisce dal disposto dell'art. 9 del-

⁹ Da questa definizione prescindono le importazioni di beni, le quali rientrano nella sfera di applicazione dell'imposta da chiunque effettuate e, pertanto, anche se poste in essere da soggetti diversi da coloro i quali sono considerati soggetti passivi alla luce del disposto dell'art. 9 della Direttiva n. 2006/112.

¹⁰ Cfr. FANNI M., *La posizione recentemente assunta dalla giurisprudenza comunitaria in materia di frodi all'IVA: la rilevanza dell'elemento soggettivo nelle "sofferte" sentenze Optigen ed Axel Kittel. Brevi spunti di riflessione in ordine al profilo processuale probatorio*, in Riv. dir. trib., 2006, III, 231 ss.

¹¹ In proposito, cfr. COMELLI A., *La natura dell'imposta*, in AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto*, Giurisprudenza sistematica di diritto tributario, diretta da Tesaro F., Torino, 2001, 3 ss. Si veda anche BOSELLO F., *L'attuazione delle direttive comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto: l'esperienza italiana*, in Riv. dir. trib., 1997, I, 706, secondo il quale la qualificazione dell'IVA come imposta sul consumo non ha solamente un valore descrittivo, laddove la tassazione del consumo non è la finalità dell'imposta ma la funzione dell'imposta stessa. L'Autore aggiunge che "una interpretazione giurisprudenziale che non tenesse conto della funzione di tassare il consumo non sarebbe corretta, così come non lo sarebbe una norma nazionale che producesse un effetto diverso".

¹² Tuttavia, si veda il disposto dell'art. 12 della Direttiva n. 2006/112, laddove afferma che gli Stati membri possono considerare soggetto passivo chiunque effettua occasionalmente un'operazione relativa alle attività economiche, come definite dall'art. 9, par. 1 e, in particolare, "la cessione, effettuata anteriormente alla prima occupazione, di un fabbricato o di una frazione di fabbricato e del suolo pertinente", ovvero "la cessione di un terreno edificabile" (vale a dire di un terreno, attrezzato o meno, come definito dagli Stati membri).

¹³ Nonché con esclusione dalla sfera di applicazione dell'imposta dell'attività economica svolta da coloro che sono vincolati ad un datore di lavoro per effetto di un rapporto giuridico, anche se formalmente diverso da un contratto di lavoro subordinato, "che preveda vincoli di subordinazione in relazione alle condizioni di lavoro e di retribuzione ed alla responsabilità del datore di lavoro": così dispone l'art. 10 della Direttiva n. 2006/112.

la Direttiva n. 2006/112, per così dire, oggettivizza la definizione medesima. Difatti, l'elemento che distingue un soggetto passivo rispetto ad un soggetto estraneo alla sfera di applicazione dell'imposta è costituito dall'esercizio (o, in alternativa, dal non esercizio) di un'attività economica, intesa nel senso sopra precisato.

D'altro canto, si prescinde totalmente dalla *summa divisio*, conosciuta dalla legislazione italiana¹⁴, tra esercizio di imprese ed esercizio di arti e professioni. Sotto il profilo del diritto comunitario, l'esercizio di tutte queste attività è posto sullo stesso piano, senza distinzioni e senza alcuna graduazione quanto alla qualificazione di una categoria soggettiva come residuale rispetto all'altra.

Si tratta di una impostazione che ha il pregio di semplificare il fenomeno della soggettività passiva, pur in considerazione della sua essenziale rilevanza sul versante del principio della neutralità fiscale, in un'ottica concorrenziale. In altre parole, chi esercita un'attività economica in modo indipendente è considerato soggetto passivo, a nulla rilevando se quella attività è svolta con una veste giuridica formale, come, a titolo meramente esemplificativo, quella di una società di persone o di capitali, in alternativa all'esercizio della medesima attività da parte di un imprenditore in forma individuale.

Conseguentemente, sotto il profilo della individuazione della soggettività passiva ai fini dell'IVA, la diversa forma giuridica non è rilevante: sono poste sullo stesso piano la persona fisica, la società di persone e la società di capitali. La scelta tipologica della veste giuridica tra le varie possibili non si riflette diversamente in ordine alla qualificazione della soggettività passiva e ciò garantisce ulteriormente la neutralità dell'IVA, la cui applicazione non dipende dalle scelte soggettive compiute dal contribuente ma, oggettivamente, dal tipo di attività espletata in modo indipendente.

In questa prospettiva, la irrilevanza della forma giuridica prescelta dal soggetto passivo, al fine di esercitare la propria attività economica, consente al meccanismo di funzionamento dell'IVA di completare il suo *iter* senza essere influenzato da scelte di tipo soggettivo, a parità di attività economica svolta. A prescindere dalla veste giuridica, tale meccanismo è preordinato all'imposizione, in via definitiva, della immissione al consumo finale dei beni e dei servizi. Solamente il patrimonio del consumatore finale, difatti, resta definitivamente depauperato in misura pari all'imposta assolta sull'acquisto del bene o del servizio, mentre le precedenti transazioni che hanno interessato quest'ultimo, durante il ciclo produttivo e distributivo, hanno determinato esclusivamente una anticipazione dell'imposta a favore dell'erario¹⁵.

Concludendo sul punto, si può affermare che la soggettività passiva, al fine di delimitare la sfera di applicazione dell'IVA, sotto il profilo dell'esercizio di un'impresa, rifluisce *tout court* nella problematica, più vasta, della soggettività passiva d'imposta e non si distingue rispetto ai soggetti che svolgono attività artistiche o professionali. Emerge, sul versante del diritto comunitario, una non poco significativa unitarietà e una (almeno) relativa semplicità del profilo soggettivo, ai fini della precisa individuazione del campo di applicazione dell'imposta che ne occupa. Viene così evitato un

¹⁴ Cfr. gli artt. 4 e 5 del D.P.R. n. 633/1972, sui quali si veda il paragrafo successivo di questa relazione.

¹⁵ Solamente il consumatore finale è il soggetto portatore della attitudine alla contribuzione, rilevante ai fini dell'art. 53 della Costituzione, mentre l'indice di capacità contributiva è costituito dall'immissione al consumo finale del bene o del servizio.

lungo e articolato elenco di categorie commercialistiche esaustivo per tutti gli Stati membri, che hanno innegabilmente tradizioni giuridiche assai diverse, le quali spaziano dalla common law alla civil law.

Con riferimento, poi, agli Stati, alle regioni, alle province, ai comuni ed agli altri enti di diritto pubblico, sono essenzialmente tre i principi applicabili in materia di soggettività passiva, in considerazione del disposto dell'art. 13 della Direttiva n. 2006/112.

Innanzitutto, al fine di garantire la neutralità dell'imposta, questi enti pubblici non sono considerati soggetti passivi per le attività od operazioni poste in essere "in quanto pubbliche autorità"¹⁶, anche se essi percepiscono diritti, canoni, contributi o retribuzioni. In via di principio, pertanto, opera una definizione in negativo, laddove questi enti non sono considerati soggetti passivi in considerazione delle operazioni espletate quali autorità pubbliche.

Tuttavia, sono previste due altre regole che incidono su tale definizione, ai sensi dell'art. 13, primo paragrafo, commi secondo e terzo. Sono rilevanti, ai fini della sfera di applicazione dell'imposta in questione, le attività e le operazioni effettuate dai suddetti enti pubblici quando esse possono essere espletate anche da privati ed il mancato assoggettamento potrebbe provocare distorsioni concorrenziali "di una certa importanza". Da ultimo, la deroga è ulteriormente ampliata dalla previsione secondo cui sono comunque assoggettate ad IVA le attività espletate da questi enti ed elencate nell'allegato I della Direttiva n. 2006/112, "quando esse non sono trascurabili"¹⁷. L'ampliamento della deroga di cui al secondo comma va inteso nel senso che le attività elencate nell'allegato I sono espletate da enti pubblici considerati, "in ogni caso", soggetti passivi se esse non sono trascurabili, a prescindere dal profilo della (eventuale) distorsione concorrenziale¹⁸.

3. (Segue): b) l'analisi di tipo "verticale" in relazione al "livello" dell'IVA nazionale (italiana)

L'approccio adottato dal legislatore italiano, con riferimento alla definizione della soggettività passiva, ai fini dell'IVA, è diverso¹⁹ e, posso già anticipare, assai più

¹⁶ La sentenza della Corte di Giustizia 17 ottobre 1989, nelle cause riunite 231/87 e 129/88, *Ufficio delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda c. Comune di Carpaneto Piacentino*, in *Racc.*, 3271 ss., ha chiarito che le attività espletate dagli enti pubblici "in quanto pubbliche autorità", ai sensi dell'art. 4, par. 5, comma 1, della Sesta Direttiva n. 77/388/CEE (ora art. 13, par. 1, primo comma della direttiva n. 2006/112), sono quelle che essi realizzano in base al regime giuridico loro proprio, individuato secondo il diritto nazionale, con esclusione, quindi, delle attività svolte in quanto soggetti di diritto privato e, più precisamente, in applicazione dello stesso regime al quale sono sottoposti gli operatori giuridici privati. Cfr. BERTOLISSI M., *Gli enti pubblici tra Corte di Giustizia CEE e legislatore nazionale*, in *Corr. trib.*, 1989, 3274 e 3275; Id., *La soggettività tributaria degli enti pubblici ancora al vaglio della Corte CEE*, *ivi*, 1990, 2441 ss.

¹⁷ A titolo esemplificativo, trattasi dei servizi di telecomunicazioni, dell'erogazione di acqua, gas, energia elettrica e termica, delle attività di trasporto di beni o di persone, delle prestazioni di servizi portuali ed aeroportuali, nonché delle cessioni di beni nuovi prodotti per la vendita.

¹⁸ Il secondo paragrafo dell'art. 13 prevede, per evidenti ragioni di semplicità, che gli Stati membri possono optare per la irrilevanza (sul piano della soggettività passiva) delle attività poste in essere dall'ente pubblico, quando esse sono esenti da imposta, ai sensi degli artt. 132, 135 e 136, 371, da 374 a 377, 378, secondo paragrafo, 379, secondo paragrafo e da 380 a 390.

¹⁹ Cfr., oltre a D'AMATI N., *Le fattispecie soggettive nell'imposta sul valore aggiunto*, in *Boll. trib.*, 1982, 261 e 262, CENTORE P., *IVA europea. Aspetti interpretativi ed applicativi dell'IVA nazionale e comunitaria*, Milano, 2006, 148

complicato e meno lineare, rispetto a quello che si evince alla luce degli artt. 9 e seguenti della Direttiva n. 2006/112. Innanzi tutto, il D.P.R. n. 633/1972 distingue tra l'esercizio di imprese e quello di arti e professioni e definisce separatamente sia l'uno che l'altro²⁰. Questa *summa divisio* forma una bipartizione che non trova un riscontro immediato nelle corrispondenti norme comunitarie.

Ma anche a voler prescindere da questa considerazione preliminare, la definizione di esercizio di imprese, di cui all'art. 4 del D.P.R. n. 633, è tutt'altro che semplice, non solo sul piano sistematico, ma anche sul piano strettamente letterale²¹. Difatti, vi sono numerosi rinvii alla disciplina civilistica che, da un lato, presuppongono la conoscenza di norme non strettamente tributarie e, dall'altro lato, comportano la (eventuale e pericolosa) sussistenza di dubbi interpretativi e di non sempre coincidenti orientamenti nella dottrina e nell'esperienza giurisprudenziale che traggono origine, appunto, da una diversa branca dell'ordinamento.

In altre parole, vi è il rischio di dover affrontare (e, si potrebbe dire, di importare), ai fini della problematica tributaria in esame, dubbi interpretativi che promanano dal diritto commerciale e tutto questo nuoce ad un'applicazione semplice ed il più possibile uniforme del meccanismo di funzionamento dell'imposta, pregiudicando, in concreto, il principio generale della neutralità dell'IVA, sul piano concorrenziale.

Già queste prime osservazioni sulla disciplina interna (italiana) di trasposizione delle disposizioni comunitarie sulla soggettività passiva, sopra esaminate, fanno sorgere non irragionevoli perplessità in ordine alla loro corretta attuazione nell'ordinamento nazionale. La formulazione, sul piano della struttura (e non soltanto su quello letterale), di una norma in modo particolarmente complesso, quando essa potrebbe essere molto più semplice e lineare, si pone in contrasto col principio della certezza del diritto, quale principio generale inerente all'ordinamento giuridico sia interno, sia comunitario²².

Occorre passare, a questo punto, alla esposizione di alcuni tra i profili più significativi dell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, nell'ottica peculiare di questa relazione.

ss.; FILIPPI P., *Riflessi delle recenti modifiche i.v.a. sulla nozione di esercizio di impresa e di esercizio di arte e professione*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 871 ss.; INTERDONATO M., *Gli imprenditori*, in AA.VV., *L'imposta sul valore aggiunto*, cit., 125 ss.; MINERVINI G., *Il presupposto soggettivo dell'obbligazione iva*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1973, I, 615 ss. Con riferimento ai fondi comuni di investimento, si veda GALLO F., *Il problema della soggettività ai fini IVA dei fondi comuni di investimento*, *ivi*, 1987, I, 502 ss.

²⁰ L'inserimento di un'attività in una delle due categorie individuate dagli artt. 4 e 5 del D.P.R. n. 633/1972 non è priva di conseguenze: si pensi al disposto dell'art. 3, terzo comma dello stesso D.P.R., ai sensi del quale sono previste ipotesi di imposizione delle prestazioni di servizi rese gratuitamente, per i soggetti che esercitano un'attività d'impresa e non anche per quelli che esercitano arti o professioni. Afferma FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2005, 578, testo e nota 40, che l'espletamento di un'operazione nell'ambito di un'attività di impresa, piuttosto che di lavoro autonomo, ai fini dell'IVA, "non comporta differenze di regime molto rilevanti", al contrario di quanto accade nelle imposte sui redditi, in quanto, oltre alla non imponibilità dell'autoconsumo di servizi (sul quale si veda CARPENTIERI L., *Autoconsumo*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1996, I ss.), le diversità riguardano essenzialmente regole formali e procedurali.

²¹ Cfr. POLANO M., *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, 206 – 208.

²² Si veda CASTORINA E., «Certezza del diritto» e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio «comune», in *Riv. ital. dir. pubbl. comun.*, 1998, 1177 ss. Cfr. anche BENVENUTI F., *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di Giannini M.S.*, II, Milano, 1988, 29 ss.; CORSALE M., *Certezza del diritto. I) Profili teorici*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1 ss.; GIANFORMAGGIO L., *Certezza del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, II, Torino 1988 (rist. 2001), 274 ss.; SANTUCCI G., *Accertamento e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1975, 409 ss.

Il testo originario del primo comma di questo precetto, prima delle modifiche apportate dal D.P.R. n. 24 del 1979, conteneva il formale riferimento al concetto di imprenditore, ivi compresi i piccoli imprenditori di cui all'art. 2083 c.c. e agli imprenditori agricoli ex art. 2135 c.c.²³. Successivamente, per effetto delle modifiche introdotte dall'art. 1 del D.P.R. n. 24 del 1979, è stato superato il riferimento all'imprenditore²⁴.

La vigente disciplina valorizza, da un lato, le caratteristiche dell'attività svolta dal soggetto, in funzione dell'esercizio dell'impresa e, dall'altro lato, la veste giuridica del soggetto che esercita l'impresa medesima²⁵. Ne consegue che il legislatore italiano ha seguito non solamente un criterio di tipo oggettivo (come, invece, le corrispondenti disposizioni comunitarie, sopra evidenziate), ma anche un criterio di tipo soggettivo.

La struttura adottata nella formulazione dell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, comune a molte altre norme dello stesso decreto, è nel senso di fornire, al primo comma, una definizione di carattere generale, la quale viene precisata e circoscritta nei commi successivi, che ne ampliano o ne limitano la portata. Al riguardo, l'individuazione di numerose e articolate deroghe implica una difficoltà in ordine alla ricostruzione unitaria del concetto che si vuole definire.

La nozione di esercizio di imprese, di cui all'art. 4, nella sua attuale formulazione, è più ampia rispetto alle attività, rispettivamente agricole e commerciali (soggette a registrazione), individuate dagli artt. 2135 e 2195 c.c.²⁶. Essa consiste nell'esercizio per professione abituale²⁷, ma non necessariamente esclusiva, delle attività commerciali o agricole, identificate dalle medesime norme del codice civile, anche qualora la relativa organizzazione non sia strutturata in forma d'impresa.

La maggiore ampiezza di questa nozione, sotto il profilo dell'IVA, è ulteriormente confermata dalla modifica al primo comma dell'art. 4, introdotta dall'art. 1, secondo comma, lett. a) del D.Lgs. n. 313/1997. Questa disposizione ha previsto altre ipotesi di esercizio di imprese, che consistono nella realizzazione di attività, organizzate in forma imprenditoriale, dirette all'espletamento delle prestazioni di servizi che non rientrano nel disposto dell'art. 2195 c.c. Tra queste attività possono essere menzionate, a titolo

²³ Per un esame critico della formulazione originaria dell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, si veda FANTOZZI A., *Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi e nell'IVA*, Milano, 1982, 25 ss. Cfr. anche Id., *Presupposto e soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, 725 ss.

²⁴ Cfr. FILIPPI P., *Riflessi delle recenti modifiche i.v.a. sulla nozione*, cit., loc. cit., 871 ss. e specialmente 874. Affermano SAMMARTINO S., COPPA D., *Valore aggiunto (Imposta sul)*, in *Noviss. Dig. It., App.*, VII, Torino, 1987, 1058, con riferimento all'esercizio di imprese, che il legislatore "ha dovuto rinunciare ad accogliere la qualifica di imprenditore, rilevabile dalla normativa civilistica, perché non più idonea ad esprimere i contenuti delle direttive comunitarie. Ad essa ha sostituito una qualifica tipicamente fiscale, valevole ai fini dell'IVA, legata ad una diversa realtà, riferibile ad un maggior numero di soggetti, pur se identificata con gli stessi termini".

²⁵ L'art. 4 del D.P.R. n. 633, nella sua vigente formulazione, fornisce indirettamente una nozione, per così dire, di "imprenditore ai fini dell'IVA" e non richiama espressamente il disposto dell'art. 2082 c.c.

²⁶ Con riferimento alle attività commerciali, sotto il profilo dell'IVA, cfr. POLANO M., *Attività commerciali e impresa nel diritto tributario*, Padova, 1984, 225 ss.; PROTO A.M., *Brevi considerazioni sulla nozione di attività commerciale*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, 881 ss. e specialm. 887 – 888. Si veda anche NUZZO E., *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, I, 114 ss.

²⁷ Afferma che la professionalità attiene alla "oggettiva stabilità dell'attività" MASI P., *Categorie privatistiche e nuovo regime dell'IVA*, in *Riv. dir. civ.*, 1980, I, 438 e 439, il quale sottolinea, rispetto alla professionalità, l'autonoma ragion d'essere della "economicità" (nel sistema di cui all'art. 2082 c.c.), "intesa come capacità di compensare i fattori della produzione", nell'assunto che questo requisito si riferisce ai risultati dell'attività.

meramente esemplificativo, quelle del traduttore, dell'investigatore privato, del fisioterapista e del fotografo.

Il dato normativo così sintetizzato evidenzia l'impostazione prescelta dal legislatore italiano, nel senso di estendere la definizione dell'esercizio di imprese al fine di tenere conto di alcune attività, non poco significative, caratterizzate dall'organizzazione imprenditoriale ai fini civilistici, ma escluse dall'elencazione delle attività che comportano l'obbligo di iscrizione nel registro delle imprese, in virtù dell'art. 2195 c.c.

Più in generale, la soggettività passiva, in funzione dell'esercizio di imprese, è fortemente influenzata dalla connotazione giuridica del soggetto esercente l'attività commerciale o agricola e, in questa prospettiva, possono utilmente distinguersi tre diverse categorie²⁸.

Con riferimento alle persone fisiche, occorre distinguere tra le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate a titolo "privato", vale a dire in qualità di consumatori finali, rispetto a quelle realizzate nell'esercizio di un'attività d'impresa. Solamente queste ultime rientrano nella sfera di applicazione dell'imposta, se caratterizzate dai requisiti della professionalità e dell'abitudine dell'esercizio delle relative attività commerciali o agricole di cui, rispettivamente, agli artt. 2195 e 2135 c.c., sia pure con le aggiunte e le limitazioni indicate nel quinto comma dell'art. 4.

Conseguentemente, non sono rilevanti, ai fini del sistema dell'IVA, tutte le operazioni economiche poste in essere dalle persone fisiche, ma solamente quelle per le quali sussiste un nesso di inerenza, vale a dire un collegamento di dipendenza tra ciascuna cessione o prestazione e l'attività d'impresa posta in essere dalle stesse persone. Se, per esempio, un costruttore edile acquista la proprietà di un fabbricato per effetto di una successione *mortis causa*, si tratta di una cessione di un bene che non rientra nel campo di applicazione dell'imposta, laddove essa appartiene alla sfera privata del costruttore medesimo. In altre parole, non rilevano le cessioni di beni che appartengono al patrimonio personale o familiare della persona fisica, ovvero le prestazioni di servizi che non presentano alcun collegamento di dipendenza con l'organizzazione da essa utilizzata.

Una seconda categoria, rilevante sul piano della soggettività passiva, è prevista dal disposto del secondo e del terzo comma dell'art. 4. In virtù di questi precetti, "si considerano in ogni caso effettuate nell'esercizio di imprese" le cessioni di beni e le prestazioni di servizi, anche a favore dei propri soci, dalle società commerciali, sia di persone, sia di capitali e da altri tipi di società a queste assimilate, sul piano dell'IVA²⁹.

²⁸ Tuttavia, ai sensi del quinto comma dell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, l'esercizio di alcune attività è considerato "in ogni caso" commerciale, ai fini dell'IVA. A titolo esemplificativo, si consideri l'erogazione di acqua, gas, energia elettrica e vapore; la gestione di fiere, spacci aziendali, mense e somministrazione di pasti; il trasporto di persone o di merci e il deposito di queste; l'organizzazione di viaggi e soggiorni turistici; i servizi portuali e aeroportuali; la pubblicità commerciale. Al contrario, altre attività non sono considerate commerciali: per esempio, trattasi delle operazioni relative all'oro ed alle valute estere effettuate dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano dei Cambi; della prestazione di garanzie mutualistiche e di servizi concernenti il controllo qualitativo dei prodotti da parte di consorzi o cooperative alle imprese consorziate o socie; delle cessioni di beni e delle prestazioni di servizi effettuate da parte dei partiti politici rappresentati nelle Assemblee nazionali e regionali in occasione di manifestazioni propagandistiche.

²⁹ Più precisamente, trattasi delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice, delle società per azioni, in accomandita per azioni ed a responsabilità limitata, delle società cooperative, di mutua assicurazione e di armamento, delle società estere di cui all'art. 2507 c.c. e, da ultimo, delle società di fatto.

In queste ipotesi, è del tutto superfluo l'esame del nesso di inerenza (o di strumentalità) della singola operazione compiuta dalla società, rispetto all'attività propria dell'impresa. Prevale il profilo di carattere formale, vale a dire la veste giuridica del soggetto che effettua tali operazioni, a condizione che coincida con uno dei menzionati tipi, tassativamente previsti dall'art. 4, n. 1) del D.P.R. n. 633/1972. In altre parole, occorre prescindere da un'indagine, da svolgere caso per caso, in ordine alla eventuale sussistenza, in concreto, dei requisiti della professionalità e dell'abitudine, richiesti dal primo comma dell'art. 4, ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo che caratterizza la sfera di applicazione dell'imposta.

In presenza della forma giuridica societaria, sopra evidenziata, opera una equazione che conduce all'automatica ed indiscriminata attribuzione della soggettività passiva, la quale non trova un diretto riscontro nel disposto degli artt. 9 e seguenti della Direttiva n. 2006/112.

La terza categoria da considerare, sul piano del profilo soggettivo, è costituita dagli enti pubblici e privati, compresi i consorzi, dalle associazioni o altre organizzazioni prive di personalità giuridica e dalle società semplici. In questo contesto, occorre preliminarmente distinguere tra i suddetti enti che hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole, rispetto a quelli che hanno un oggetto diverso. Non è affatto sufficiente verificare, come nell'ipotesi delle operazioni poste in essere da società commerciali, se la cessione di beni o la prestazione di servizi è espletata da soggetti che rivestono una determinata forma giuridica: è necessario analizzare se l'ente, pubblico o privato (diverso dalle società), ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole.

In caso di riscontro positivo, tutte le cessioni di beni e tutte le prestazioni di servizi "si considerano in ogni caso effettuate nell'esercizio di imprese", comprese le eventuali cessioni e prestazioni a favore dei propri associati o partecipanti. Pertanto, non è necessario indagare in ordine alla occasionalità o alla abitudine dell'operazione e all'attinenza o alla strumentalità tra questa e l'attività posta in essere dall'ente.

Se, al contrario, l'ente pubblico o privato non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole e, in positivo, pone in essere queste ultime in via secondaria o marginale o, comunque, non prevalente, sono rilevanti sul piano della soggettività passiva solamente le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate nell'esercizio di attività commerciali o agricole³⁰. In questi casi, deve essere espletata un'analisi di volta in volta, come nell'ipotesi sopra esaminata delle persone fisiche, per verificare se sussiste un nesso di attinenza o di strumentalità tra la singola operazione posta in essere dall'ente e l'attività commerciale o agricola espletata da quest'ultimo, in via non prevalente.

Sono previste, inoltre, alcune assimilazioni o deroghe a tale principio, alla luce del disposto del quarto comma dell'art. 4, laddove sono considerate commerciali anche le cessioni e le prestazioni a favore dei soci, associati o partecipanti a fronte del pagamento di corrispettivi specifici, o di contributi supplementari, commisurati "in funzione delle maggiori o diverse prestazioni alle quali danno diritto"³¹.

³⁰ Cfr. DELLA VALLE E., *Iva: l'ente che non ha per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali o agricole*, in *Rass. trib.*, 1999, 1001 ss.

³¹ Tuttavia, non sono considerate commerciali: a) le cessioni e le prestazioni agli associati o ai partecipanti a

Alla luce di quanto precede, emerge *ictu oculi* che il problema della precisa individuazione della soggettività passiva, sotto il profilo dell'esercizio di imprese, è molto articolato e tutt'altro che semplice.

Occorre, a questo punto, effettuare una sintetica comparazione tra l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale (italiana), nella prospettiva dell'analisi di tipo "verticale", considerando i due "livelli" nei quali si articola lo studio sistematico dell'imposta in questione.

4. Alcune sintetiche considerazioni sulla comparazione tra l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale, sotto il profilo dell'esercizio di impresa, ai fini della precisa individuazione della soggettività passiva d'imposta

Se si effettua un breve confronto sull'esercizio di impresa, ai fini della soggettività passiva, tra l'IVA comunitaria e l'IVA nazionale, emerge subito la relativa semplicità e la linearità della prima ed il suo non necessario (e, forse, anche pericoloso) rinvio alle categorie commercialistiche dell'impresa commerciale e dell'impresa agricola³². La disciplina comunitaria applicabile *ratione materiae* rinuncia positivamente ad effettuare un rinvio in tal senso, superando una serie di problemi interpretativi legati alla trasposizione nella materia tributaria di categorie di origine privatistica, peraltro non (sempre) coincidenti in tutti gli Stati membri.

L'impostazione risultante alla luce del disposto dell'art. 9 della Direttiva n. 2006/112 fa emergere una definizione ancorata essenzialmente all'elemento oggettivo, costituito dall'esercizio dell'attività economica, anch'essa precisamente definita in modo sufficientemente chiaro e preciso. In presenza di ragionevoli margini di dubbio, a livello ermeneutico (come nell'ipotesi delle attività od operazioni poste in essere da enti pubblici, in quanto pubbliche autorità)³³, è intervenuta frequentemente la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale ha chiarito come devono essere interpretate le disposizioni comunitarie, sottoposte al suo vaglio³⁴, fin dal momento della loro entrata in vigore. Questo contributo

fronte di corrispettivi specifici o contributi supplementari ed effettuate in conformità ai fini istituzionali da associazioni politiche, sindacali, di categoria, religiose, assistenziali, culturali, sportive dilettantistiche, di promozione sociale e di formazione *extra-scolastica* della persona; b) la somministrazione di alimenti e bevande effettuata da associazioni di promozione sociale ricomprese tra gli enti di cui all'art. 3, comma 6, lett. e) della l. 25 agosto 1991, n. 287 (e le cui finalità assistenziali siano riconosciute dal Ministero dell'interno), a favore degli associati, da bar ed esercizi similari presso le sedi in cui viene svolta l'attività istituzionale, se esiste un nesso di stretta complementarità tra la somministrazione medesima e le attività poste in essere per attuare direttamente gli scopi istituzionali. Questi principi si applicano a condizione che gli atti costitutivi o gli statuti delle associazioni *de quibus* siano redatti nella forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata o registrata e contengano una serie di clausole indicate dall'art. 4, comma 7, del D.P.R. n. 633, introdotto dall'art. 5, comma 2, del d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460.

³² Per una definizione di agricoltura e di impresa agricola, nel diritto tributario, cfr. INTERDONATO M., *L'impresa agricola e il sostegno comunitario all'agricoltura. Trattamento tributario*, Padova, 2006, 1 ss. Si veda anche MAGNO P., *Sul concetto di impresa agraria nel decreto istitutivo dell'i.v.a.*, in *Riv. dir. agr.*, 1973, 239 ss.

³³ Si veda *retro* il secondo paragrafo di questa relazione.

³⁴ Cfr., tra le tante, la sentenza della Corte di Giustizia 26 giugno 2003, nella causa C-305/01, in *Dir. prat. trib.*, 2004, II, 351 ss., con nota di MEDICI S., *Il trattamento fiscale ai fini IVA delle operazioni di factoring: la parola alla Corte di Giustizia*. Questo arresto afferma che, ai fini della soggettività passiva, è previsto, secondo una giurisprudenza costante della Corte, un campo di applicazione dell'IVA molto esteso, "che comprende tutte le fasi produttive, distributive e della prestazione dei servizi".

dell'esperienza giurisprudenziale comunitaria, talvolta autenticamente creativo³⁵, è stato non poco significativo, facendo emergere una uniforme interpretazione dei precetti comunitari, anche nella materia della soggettività passiva, ai fini dell'IVA.

L'approccio adottato dal legislatore italiano, al contrario, è molto più complesso e articolato, come si evince dalla lettura, tutt'altro che agevole, dell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972. La distinzione dei soggetti passivi in tre diverse categorie, vale a dire, schematicamente, le persone fisiche, le società commerciali e gli altri enti pubblici e privati, non trova un immediato e diretto riscontro nel disposto delle pertinenti norme comunitarie. Più precisamente, con riferimento alle prime due categorie, nella disciplina comunitaria rileva esclusivamente ed oggettivamente l'esercizio di un'attività economica (intesa in senso ampio), in modo indipendente, a prescindere dal luogo in cui essa è svolta, dallo scopo e dai risultati di tale attività.

Questa regola determina unitariamente ed in modo omogeneo la soggettività passiva, senza lasciare spazio alla distinzione tra persone fisiche e società commerciali. Inoltre, risulta superfluo verificare, per le persone fisiche, se si tratta di attività agricole o commerciali di cui, rispettivamente, agli artt. 2135 e 2195 c.c., ovvero se si tratta di "esercizio di attività, organizzate in forma d'impresa, dirette alla prestazione di servizi che non rientrano nell'art. 2195 c.c.". Questa indagine, che può non risultare, in concreto, facile e di immediata soluzione, è in gran parte superflua, alla luce del disposto degli artt. 9 e seguenti della direttiva n. 2006/112. Questi ultimi precetti, infatti, privilegiano una definizione del presupposto soggettivo molto ampia e tendenzialmente onnicomprensiva, garantendo (o contribuendo a garantire) il rispetto del principio della neutralità fiscale, sotto il profilo concorrenziale, nell'ambito del sistema dell'IVA.

Inoltre, come già osservato, i precetti comunitari esaminati non richiedono affatto la *summa divisio*, che caratterizza la disciplina di attuazione in Italia, tra esercenti attività di impresa ed esercenti arti e professioni, in quanto i soggetti che esercitano tutte queste attività sono posti sul medesimo piano, ai fini della precisa (e ineludibile) individuazione dell'elemento soggettivo.

Insomma, la disciplina di trasposizione, a "livello" di IVA nazionale, è molto più articolata di quella comunitaria e complica non poco una definizione, quella della soggettività passiva, sulla quale non devono ragionevolmente sussistere margini di dubbio, in quanto essa è fondamentale per il corretto e semplice meccanismo di funzionamento del tributo.

Per questi motivi, la disciplina italiana di attuazione, laddove è inutilmente complessa e rinvia a categorie commercialistiche³⁶, non è in linea con la corrispondente normativa comunitaria, che è molto più lineare ed essenziale, senza perdere nulla in termini di rigore formale. Essa, pertanto, sembra porsi in contrasto col principio della certezza del diritto, la cui osservanza (almeno in via tendenziale) è fondamentale non solamente nel diritto interno, ma anche nell'ordinamento comunitario.

³⁵ Sulla creatività della giurisprudenza, cfr. le interessanti riflessioni di ALPA G., *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 3 ss.

³⁶ Cfr. OPPO G., *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *Riforma tributaria e diritto commerciale*, Atti del convegno di Macerata, 12-13 novembre 1976, Milano, 1978, 9 ss.; MICHELI G.A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riforma tributaria*, cit., 33 ss., secondo cui le fattispecie soggettive nell'ordinamento tributario hanno una funzione strettamente strumentale, "che mira a colpire con l'imposizione il più gran numero di soggetti e il più gran numero di situazioni di fatto che possono essere rilevanti per l'imposizione".

Nella prospettiva di completare l'analisi di tipo "verticale", la disciplina interna di trasposizione non prevede alcuna disposizione specificamente applicabile agli enti pubblici³⁷. Essa non recepisce il *discrimen* che consiste nella effettuazione di attività od operazioni "in quanto pubbliche autorità", come prevede il disposto dell'art. 13, primo paragrafo, primo comma della Direttiva n. 2006/112, ovvero in applicazione di regole privatistiche (³⁸). Quest'ultima disposizione, in via di principio, ha privilegiato il carattere pubblico-autoritativo degli enti e ne ha escluso la rilevanza, ai fini del presupposto soggettivo, quando l'attività è espletata secondo il regime giuridico proprio degli enti in questione. Tuttavia, in deroga a tale principio, sono rilevanti, da un lato, le attività e le operazioni espletate in concorrenza con soggetti privati, qualora il loro non assoggettamento provocherebbe distorsioni concorrenziali significative e, dall'altro lato, le attività elencate nell'allegato I della Direttiva n. 2006/112, quando non sono trascurabili.

L'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972 non ha correttamente attuato le disposizioni comunitarie in questione e ne discende che, in parte qua, la Repubblica italiana è venuta meno agli obblighi derivanti dall'osservanza del Trattato di Roma. Le disposizioni interne di attuazione, in materia di enti pubblici, dovrebbero essere pesantemente modificate al fine di trasporre, questa volta in modo fedele e preciso, il disposto (e *la ratio*) dell'art. 13 della più volte citata Direttiva n. 2006/112.

5. Breve analisi di tipo "orizzontale", con riferimento all'ordinamento giuridico tedesco ed a quello francese

A questo punto, occorre confrontare i risultati emersi dall'analisi di tipo "verticale" con quelli desumibili da un'analisi di tipo "orizzontale". A tal fine, saranno considerati due ordinamenti giuridici particolarmente vicini a quello italiano, quanto a tradizioni giuridiche, in modo da facilitare questa sintetica (ma efficace) comparazione. Nell'ordine, saranno considerati l'ordinamento tedesco e quello francese.

Sotto il primo profilo, se si prescinde da alcuni casi particolari, il soggetto passivo d'imposta, ai fini dell'IVA, è l'imprenditore (*Unternehmer*). Ai sensi dell'art. 2, primo comma della *Umsatzsteuergesetz* (la legge tedesca sull'imposta sulla cifra d'affari), è considerato imprenditore colui che esercita in forma autonoma un'attività commerciale o professionale, vale a dire un'attività permanente diretta a produrre redditi, anche qualora non vi sia l'intenzione di conseguire dei redditi³⁹. Alla luce di questa disposizione, lo svolgimento

³⁷ Più precisamente, la disciplina nazionale amplia lo spettro, sotto il profilo soggettivo, della disciplina applicabile agli enti pubblici e pone sullo stesso piano di questi ultimi gli enti privati (diversi da quelli indicati nell'art. 4, secondo comma, n. 1 del D.P.R. n. 633/1972), compresi i consorzi, le associazioni o altre organizzazioni prive di personalità giuridica e le società semplici.

³⁸ Questo problema è stato attentamente esaminato in dottrina: cfr. TESAURO F., *Appunti sulla «illegittimità comunitaria» delle norme IVA relative agli enti pubblici*, in *Boll. trib.*, 1987, 1757 ss.; Id., *Il regime IVA delle attività degli enti pubblici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1992, I, 103 ss.; TOSI L., *L'assoggettamento ad imposta sul valore aggiunto delle operazioni commerciali delle amministrazioni comunali: considerazioni generali e casi particolari*, in *Rass. trib.*, 1987, I, 565 ss.; Id., *Le entrate acquisite «in quanto pubbliche autorità»: il caso di soggezione ad IVA dei comuni tra norme interne e direttive comunitarie*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1988, I, 589 ss.

³⁹ La stessa disposizione afferma che l'impresa comprende l'intera attività commerciale o professionale dell'imprenditore.

dell'attività in questione deve avvenire in presenza di due elementi non poco importanti, vale a dire in modo continuativo, per il conseguimento di redditi⁴⁰.

E' stato affermato dalla dottrina, con riferimento all'elemento della continuità nel tempo, che esso implica una determinata durata e pianificazione dell'apporto delle prestazioni⁴¹. Quanto al conseguimento di redditi, nella prospettiva della soggettività passiva ai fini dell'IVA, non è indispensabile l'intenzione di realizzare questi ultimi. Difatti, non fanno venir meno il profilo della imprenditorialità sia un'attività che miri alla copertura dei costi e, quindi, a pareggiare i costi con i ricavi, sia quella che determina perdite, laddove i ricavi siano inferiori ai costi.

Se passiamo all'ordinamento francese, ai sensi dell'art. 256 A del *Code général des impôts* sono considerati soggetti passivi, ai fini dell'IVA, le persone che effettuano, in modo indipendente, un'attività economica (tra quelle di seguito considerate), a prescindere dal loro stato giuridico, dalla loro situazione con riferimento alle altre imposte e dalla forma o natura del loro intervento. Le attività economiche rilevanti ai fini della soggettività passiva sono quelle del produttore, commerciante o prestatore di servizi, comprese le attività estrattive, agricole e quelle delle professioni liberali⁴². L'art. 256 A, da un lato, esclude espressamente dalla sfera dell'imposta i lavoratori dipendenti e, dall'altro lato, afferma che rientrano tra le attività economiche le operazioni che comportano lo sfruttamento di un bene, materiale o immateriale, per ricavarne introiti in modo permanente.

6. Osservazioni conclusive sull'analisi di tipo "orizzontale": la definizione di soggetto passivo di cui all'art. 256 A del *Code général des impôts* è quella che traspone più fedelmente il disposto dell'art. 9 della Direttiva n. 2006/112, anche rispetto all'art. 2, primo comma della *Umsatzsteuergesetz*

Alla luce delle sintetiche indicazioni afferenti all'elemento della soggettività passiva negli ordinamenti tedesco e francese, sotto il profilo dell'IVA, è opportuno trarre alcune conclusioni. In particolare, si vuole svolgere alcune considerazioni, nella peculiare prospettiva dell'analisi di tipo "orizzontale", che privilegia, come già sottolineato, l'indagine di tipo comparatistico.

La definizione dell'elemento soggettivo, ai fini dell'IVA, nell'ordinamento tedesco, *ut supra* individuata, in considerazione dell'art. 2, primo comma della *Umsatzsteuergesetz*, ruota attorno alla nozione di imprenditore (*Unternehmer*), inteso come colui che esercita, in modo autonomo e continuativo, un'attività commerciale o professionale, suscettibile, in via permanente, di produrre redditi, anche senza l'intenzione di realizzare questi ultimi. Sul piano dell'analisi "verticale" (tedesca), tale concetto, per un verso, è in sintonia col disposto dell'art. 9 della Direttiva n.

⁴⁰ Cfr., per tutti, BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, trad. a cura di De Mita E., Milano, 2006, 377, il quale sottolinea la incompatibilità tra il lavoro dipendente e l'autonomia.

⁴¹ Così, ancora, BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, cit., 377.

⁴² Si veda GROSCLAUDE J., MARCHESSOU P., *Diritto tributario francese. Le imposte – le procédures*, trad. a cura di De Mita E., Milano, 2006, 261.

2006/112 e, per altro verso, traspone la definizione comunitaria, ivi prevista, in modo semplice ed efficace.

Con riferimento alla medesima definizione nell'ordinamento francese, l'art. 256 A del *Code général des impôts* traspone le corrispondenti norme comunitarie in modo non molto dissimile rispetto all'approccio seguito dal legislatore tedesco. In particolare, questo precetto pone l'accento sull'esercizio, in modo indipendente, di una tra le attività economiche ivi menzionate, a prescindere sia dalla veste giuridica del soggetto esercente l'attività, sia dalla sua posizione con riferimento ad altre imposte, sia, infine, dalla forma o dalla natura del suo intervento. Quanto alla nozione delle attività economiche, l'art. 256 A si riferisce alle attività del produttore, del commerciante o del prestatore di servizi, comprese le attività estrattive, agricole e quelle delle professioni liberali. E' compreso in questa definizione lo sfruttamento di un bene, materiale o immateriale, per ricavarne introiti in modo permanente.

Anche in relazione all'ordinamento francese, quindi, può ripetersi quanto già osservato con riferimento al medesimo concetto nell'ordinamento tedesco. In altre parole, esso è, da un lato, sostanzialmente conforme alle corrispondenti disposizioni comunitarie⁴³ e, dall'altro lato, molto più semplice e lineare rispetto alla medesima nozione italiana, di cui all'art. 4 (oltre che 5) del più volte citato D.P.R. n. 633/1972.

Non resta che sottolineare, alla luce di questa breve analisi di tipo "orizzontale", che la formulazione della soggettività passiva nella disciplina dell'IVA nazionale italiana è troppo (e inutilmente) complessa e articolata, se confrontata con la simmetrica disciplina di trasposizione negli ordinamenti tedesco e francese. Il riferimento ad alcune categorie commercialistiche, secondo il modello adottato dall'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972, non trova riscontro né nel corrispondente dato normativo tedesco, né in quello francese. Quest'ultimo, in particolare, sembra riflettere più fedelmente degli altri due⁴⁴ l'approccio seguito dal legislatore comunitario, privilegiando il profilo oggettivo dell'esercizio di un'attività economica, intesa in senso molto ampio, in modo indipendente, a prescindere dalla veste giuridica del soggetto che la esercita.

Conclusivamente, l'analisi "verticale" e quella "orizzontale" delle disposizioni in materia di esercizio di impresa, ai fini dell'elemento soggettivo dell'IVA, fanno emergere sia la non corretta e fedele trasposizione nell'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972 di alcuni precetti comunitari (ad esempio, in materia di enti pubblici), sia l'eccessiva e inutile complessità della relativa disciplina interna italiana. Tutto questo non giova affatto nell'ottica di garantire il principio fondamentale della neutralità fiscale e quello della certezza del diritto, in relazione ad uno dei profili essenziali che contribuiscono a circoscrivere precisamente la sfera di applicazione dell'IVA e ne caratterizzano, in senso ampio e tendenzialmente onnicomprensivo, il meccanismo di funzionamento.

⁴³ La definizione francese di soggetto passivo, ai fini dell'IVA, privilegia l'elemento oggettivo, consistente nell'espletamento di un'attività economica (tra quelle previste dall'art. 256 A) in modo indipendente, così come risulta dal disposto dell'art. 9 della Direttiva n. 2006/112. Le nozioni di soggetto passivo, quella comunitaria e quella francese, evidenziano una sintonia non poco significativa. Inoltre, il concetto francese di soggetto passivo, ai fini dell'IVA, prescinde, in via di prima approssimazione, da quello di imprenditore, al contrario di quanto risulta alla luce del disposto dell'art. 2, primo comma della *Umsatzsteuergesetz*. Quale corollario, l'approccio seguito dal legislatore francese è in *parte qua* ancora più aderente alla lettera ed alla *ratio* dell'art. 9 della Direttiva n. 2006/112.

⁴⁴ Trattasi del dato normativo italiano e tedesco, previsti, rispettivamente, dall'art. 4 del D.P.R. n. 633/1972 e dall'art. 2, primo comma della *Umsatzsteuergesetz*.

Intra-Community VAT: the definitive system and its implications*

Mario Spera**

CONTENTS: 1. *Introduction*; 2. *The setting up of an intra-Community trade system*; 3. *The new strategy of the European Commission*; 4. *The VAT package*; 5. *The recast of the Sixth Directive*; 6. *Prospects*

1. Introduction

If looked at carefully the story of VAT, from its birth and during its evolution over the years, appears to be the litmus test for the growth of the European Community, originally a “common market” and then a true “union” of States, for which also taxation plays an essential role in the harmonization process¹.

The rising Community needed to identify the appropriate tax to prevent Member States from sticking to protectionism by way of taxation, thus hindering the free circulation of goods and competition, the fundamentals of the Community.

The option for VAT, whose application was unknown to most Member States, was the answer to those concerns because of its being always transparent and effectless in international trade taxed under the destination principle. On the other hand, VAT appeared to be a significant factor in tax policy.

However, the mechanism as laid down in the First and Second Directives (67/227 and 67/228 of 11 April 1967) and consolidated in the Sixth Directive (77/388 of 17 May 1977) was that of a general tax on consumption having effect domestically in a context where customs barriers, however, divided Member States.

In its political evolution, the European Community continued the integration process started in 1957 with the Treaty of Rome, towards the establishment of a large European market that pursued the primary objective of a free and total circulation of goods, service and capital. The turning points for the European integration, after ups and downs, happened in June 1985, when the European Commission adopted the White Pa-

*This paper was presented at the VI Conference on International and Community Taxation (VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria) held in Naples on 20 April 2007, “Lo stato di armonizzazione dell’IVA a trent’anni dall’emanazione della VI Direttiva” (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive).

** Translation by Claudia Calogero.

¹ The basis of VAT can be found already in the Treaty of Rome, signed on 25 March 1957; in fact, Article 3 identified, among others, the following objectives:

- the prohibition, as between Member States, of customs duties and quantitative restrictions on the import and export of goods, and of all other measures having equivalent effect;
- the establishment of a common customs tariff towards third countries;
- the application of procedures with a view to coordinating Member States’ economic policies;
- the approximation of the laws of Member States to the extent required for the functioning of the common market.

With regard to the tax matters, the following Article 99 aimed at the harmonization of the laws of Member States concerning turnover taxes for its importance and for its likely effects on trade.

per on the completion of the internal market, and then in February 1986 when the Single European Act was concluded, through the Maastricht Treaty, signed by the Member States on 7 February 1992, and the efforts made to adopt the European Constitution.

In 1985, the re-launch of a European union had effects also on the tax field. With the adoption of the Cookfield Plan, the elimination of tax barriers started to be seen as the way to bring significant economic advantages to businesses, both for the enlargement of the market and for the savings in management expenses through the elimination of a taxable fact, that is imports, in intra-Community trade.

Abandoning the logic of a market of individual states and opening up to Europe as a single market of more than 300 million consumers means to have the same perspective of businesses (such as in the USA) that are ready for a rapid low-cost expansion, as they work in a by far wider market than an individual State and thus can realize scale economies.

2. The setting up of an intra-Community trade system

The favourable situation in 1985 led to the adoption of the Single European Act, which introduced fundamental amendments to Article 8 of the Treaty with a view to the establishment of a single market.

The political decision considered that time was needed to arrive at the approximation of the laws of all Member States and set the date of 31 December 1992 to eliminate the tax barriers. The time limit was complied with, notwithstanding some States' resistance.

Although the transitional period was expected to last until 31 December 1996, in order to enable Member States to implement the unitary taxation that is necessary for a single market to work, the most significant event of the new context in 1993 was actually the overturning of the principle underlying 'turnover' taxation up to that time. Substantially, a different way of applying VAT was starting to be considered: moving from the taxation in the country of destination (or of consumption) to the taxation in the country of origin, which could further the integration among Member States.

However, the debate in early eighties did not result in a rapid adoption of those rules necessary to realize the ambitious project of the Single Market. It was just a strong political spur, which at least led to eliminating customs barriers between Member States as from 1 January 1993, by way of Directive 91/680/EEC of 16 December 1991 (integrated by Directives 92/77/EEC² and 92/116/EEC). But the resulting context was

² The Directive dealt with the harmonization of the different rates in Member States. In fact, the realization of the grandiose project of the internal market could not prescind from consolidating or at least harmonizing the rates in force in Member States. From the experience made by the United States of America, where the federal structure allows individual States to opt for different rates, it resulted that only where the differences were not higher than four or five percentage points, the system would not be unbalanced and the consumers' choices would be affected by other factors, such as transport costs, deeply rooted habits and also a bit of national pride. On the contrary, the European situation appeared too variegated with differences in ordinary rates ranging from 13 and 14% in Spain and Germany to 25% in Denmark, without taking into account the peaks in increased rates of 38% (Italy) and 36% (Greece) and reduced rates ranging from 1 to 12%.

satisfying only partially: the establishment of a “single market” was put off and a first yet important step was considered enough, the introduction of a “transitional system for intra-Community trade”.

The new system was mainly based on the abolition of tax barriers, but implemented the new origin principle of taxation only to business-to-consumer transactions (B2C), even if with some exceptions, while the destination principle of taxation was still applied to business-to-business transactions (B2B).

The primary reason of maintaining the destination principle in B2B transactions derived from the concern that the single market could adversely affect Member States, whose revenues could incur decreases if business transactions were considered to be carried out in the country of origin; this situation would be further aggravated by the fact that the country of consumption had to refund to businesses VAT paid in a State other than the country of origin.

To prevent such effects, among various solutions, it was proposed to set a sort of ‘clearing house’, so that VAT paid in another State could be allocated to the country of consumption. However, the proposal appeared complicated and might result in conflicts concerning jurisdictions between Member States. These conflicts would require the intervention of a supranational body, acting as arbiter, which could be identified in the European Commission. But the turning of this political body into an economic one would lead to the establishment of a too strong tax sovereignty with respect to individual Member States, which could risk of being denied portions of their sovereign powers.

The European lawmaker deemed that the system for the taxation of intra-Community trade should be transitional – witness the fact that it was expressly provided that the Council, acting on a proposal from the Commission (to be submitted before 31 December 1994), should consider that the conditions for transition to the definitive system were fulfilled satisfactorily and decide “*before 31 December 1995 on the arrangements necessary for the entry into force and the operation of the definitive system*”.

This optimistic expectation clashed with the described problems, and with the reluctance from Member States and businesses³, so that the “transitional” period was extended until 31 December 2010. Thus, over the years the European Commission had to adapt its own strategy to enhance the working of VAT in the internal market.

3. The new strategy of the European Commission

Particularly significant is a passage in the last Communication to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee⁴, where the Commission proposed its strategic programme for improving the operation of the VAT system. After observing that there were many difficulties in the completion of the internal market given “*the reservations of the Member States*”, it pointed out that “*it seemed un-*

³ In particular, the intra-Community trade system was extremely favourable for businesses, which applied the reverse charge mechanism and thus did not have to pay VAT in advance.

⁴ COM (2003) 614 of 20 October 2003

likely that significant progress towards a common system of VAT based on taxation in the Member State of origin would be made in the near future".⁵

In this framework, however, the Commission emphasized that it is necessary to carry out concrete and essential improvements to the existing tax system, without, however, calling into question an ultimate shift to the origin principle as a long-term Community goal, above all in the context of an internal market of 25 (now 27) Member States.

This strategy achieved its first objective to give new momentum to the Council's works in VAT matters, based on two main guidelines: taxation in the place of consumption of services and simplifying tax obligations. For this purpose, the proposal of "one-stop shop" mechanism aimed at guaranteeing a significant simplification to traders carrying out taxable transactions involving liability for VAT in Member States where they are not established. In addition, the enhancement of cooperation between Member States should enable to curb tax fraud within acceptable limits.

With this view in mind, the Commission undertook some initiatives⁶ to push Member States to make national legislations uniform. This task was facilitated by the adoption of Directive 2004/7/EC, which amends the procedure for adopting derogations to the Sixth Directive⁷ and, in order to apply VAT common system more consistently, confers on the Council the powers to introduce, on a proposal from the

⁵ Given the reservations of Member States, the Commission had decided already in 2000 to undertake a strategy to improve the operation of the VAT system within the context of the internal market [COM(2000)348]. This long-term strategy maintained the current VAT system but was geared to four main objectives: the simplification and modernisation of existing rules, more uniform application of current rules and a new system of administrative cooperation.

⁶ The outcome achieved in the first years after 2000 is:

- Directive 2000/65/EC concerning the determination of the person liable for payment of value added tax. The rules concerning the determination of the person liable for payment were considered a hindrance for businesses to be taxed in a Member State other than that of establishment, in particular for small businesses carrying out their activities in various Member States. In fact, they could be obliged to appoint a tax representative, who acted as the person liable to tax in the country where they supplied goods or services, even if they were not resident of that country. From 1 January 2003, Member States have not the option of requiring the appointment of a tax representative from non-residents: the appointment of a tax representative is only facultative and traders can identify themselves directly.

- Directive 2001/115/EC on the simplification and modernization of invoicing: the aim is to harmonize the requirements governing the use of electronic invoicing and the electronic storage of invoices and to establish a number of common arrangements on the content of VAT invoices, self-billing and the outsourcing of invoicing operations.

- Directive 2002/38/EC on e-commerce. The directive deals with the transactions in the State of consumption under two different schemes: when the recipient is a taxable person, the reverse charge mechanism (self-billing) is used; when the recipient is a private individual, the supplier is liable to tax. Experimentally (the transitional period was to expire on 30 June 2006, it was then extended to 31 December 2006 by Directive 2006/58/EC and further to 31 December 2008 by Directive 2006/138/EC), the Directive introduced a special "one-stop shop" mechanism for extra-Community suppliers: they can choose a Member State of identification for VAT purposes and transmit by electronic means to this Member State a value added tax return indicating the tax due for each State of consumption. The Member State of identification shall allocate the tax amounts to each State on the basis of the return submitted.

⁷ In the interests of transparency and legal certainty, the directive eliminates the possibility of tacit approval of derogations, so that the Council must explicitly adopt derogations, on a proposal from the Commission. The directive also provides that the Member State wishing to introduce a measure for derogation shall send an application to the Commission. The Commission notifies the applicant Member State that it does have all the information necessary for appraisal of the request. Within three months of giving this notification, the Commission shall present to the Council either an appropriate proposal or a communication setting out its objections.

Commission, special regulatory measures implementing the Directive and binding on all Member States.

Given that the common VAT system did not seem to be backed up by any political will to switch to an origin-based system, the Commission worked on to improve the existing common VAT system, however, in line with the structure of the system as it exists.

In this context, the Commission tried to ensure that the revenue goes to the Member State of consumption, so that transactions could be taxed as close as possible to the place of destination⁸.

As the Commission observed in its Communication COM (2003) 614, it should be pointed out, *“that in an origin-based taxation system as envisaged by the Commission in 1996 the rules regarding the place of taxation merely identify the Member State to which the taxable person must pay tax. It is then up to the system that reassigns VAT revenue to ensure that each Member State gets the appropriate revenue”*. As this system would entail that VAT is collected in a Member State other than that of consumption, so that tax collection is not linked to actual consumption in the territory of the State, its implementation should pass also through an adequate level of harmonization in VAT rates (which should be higher than the current one).

On this basis, the Commission addressed the following actions

- rationalization of existing derogations⁹
- simplifying tax obligations¹⁰
- “one-stop shop” mechanism
- simplifying VAT refunds to non residents
- revision of the rules on place of taxation of some supplies of goods
- reviewing the scheme for small enterprises
- review of the rules regarding the place at which supplies of services are taxed¹¹
- recast of the Sixth VAT Directive¹²

⁸ It is evident, however, that this approach is shifting more and more from the origin principle, namely the taxation in the place where transaction are carried out. Conversely, the taxation in the place of consumption enables Member States to be more flexible in the determination of the applicable rates.

⁹ While recognizing the validity of certain derogations granted to some Member States, Directive 2006/69/EC of 24 July 2006 allows other Member States to automatically apply them by a mere communication to the Commission, without complying with the complicated procedure as laid down in Article 26 of the Sixth Directive.

¹⁰ The objective is to extend the application of the reverse charge mechanism, that is the self-billing of tax in B2B transactions. In particular, the fact that non-resident suppliers (of goods and services) can appoint their customers as persons liable to VAT satisfies the objective of taxation in the country of consumption, without burdening non-established suppliers with tax obligations to be complied with in a country other than that of establishment. At the same time, for B2C transaction, the trend is to introduce a mechanism allowing traders to comply with their own obligations in a country other than that of establishment by way of a “registration” in a “one-stop shop” in the State of residence, so that compliance results to be easier through the “contact” with their own administration.

This action led to the adoption of the proposal from the Commission COM (2004)728, containing two proposals for directives with a view to simplifying VAT obligations and to introducing detailed rules for the refund of VAT to non residents, as well as a proposal for a regulation as regards the introduction of administrative cooperation arrangements in the context of the one-stop scheme and the refund procedure for VAT.

¹¹ COM (2003)822, as integrated by COM (2005)334, by which the Commission presented a proposal for a directive on the place of supply of services for B2B and B2C transactions.

¹² Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 replaced the Sixth Directive as from 1 January 2007.

- *combating fraud*
- *mechanism for eliminating double taxation in individual cases*
- *examination of the different options, rights and transitional arrangements.*

The idea of establishing a single market has seemingly been dropped. But looking at the scope of the proposals included in the so-called “VAT package”, even though some options are available to Member States, the new rules actually spur them to adopt a consistent behaviour. The aim is also to avoid tax competition from those countries that intend to introduce more simplifications to make their businesses more competitive, while leading other Member States’ traders to exert pressure on political (and tax) authorities of their own countries to comply with more simplified standards of taxation.

4. The VAT package

The VAT package covers a range of fundamental measures, which are closely connected to each other and with a view to introducing a new VAT system by way of simplifications that take into account a spread use of electronic means of communication between taxable persons and tax authorities and between national tax authorities.

The objectives of the measures are simplification, modernization and more uniform application of current rules and closer administrative cooperation between Member States to combat fraud:

- the introduction of the “one-stop shop” scheme for non-established taxable persons;
- the introduction of a “one-stop shop” scheme to modernize the refund procedure under the Eighth Directive;
- a harmonization of the restrictions to the right of deduction;
- an extension of the use of the reverse charge mechanism for certain business-to-business (B2B) transactions carried out by non-established taxable persons;
- a review of the special scheme for small traders;
- a simplification of the distance selling arrangements (along with the use of the “one-stop shop” mechanism);
- the modification of the place of taxation of services supplies¹³.

Actually, it does not amend but gives a new form to the Sixth Directive, which is more appropriate to and consistent with the legal text, without changing the final objective, that is to arrive at a system based on a single place of taxation.

¹³ The proposal reverses the current principles and sets out that all services supplied to taxable persons are taxed where the recipient has established his activity, to be considered as the place of consumption, as services rendered to businesses generally serve the purpose of producing goods or other services and are thus used in the place of establishment of the taxable person. This approach enables the recipients of services from a non-established taxable person to comply with their own obligations by way of self-billing, thus relieving customers from the obligation to resort to the complex refund procedure under the Eighth Directive in order to recover the VAT paid in the country of the supplier. Furthermore, the new principle on the place of taxation would be supplemented with the extension of the VAT Information Exchange System (VIES) to services for control purposes.

Above all, a broad use of the “one-stop shop” mechanism¹⁴ – along the lines of the system used by extra-Community traders in e-commerce – lays the foundations for a passage to the definitive system. In fact, the option given to traders to comply with their tax obligations in respect to other Member States or to obtain a VAT refund (under the Eighth Directive) “contacting”¹⁵ their own tax administration, where they register in the “one-stop shop”, is the main course for this new season and a bridge to the establishment of the single market.

5. The recast of the Sixth Directive

Continuous amendments and additions to the Sixth VAT Directive and the “transitional” intra-Community system made the text unclear, sometimes repetitive and full of overlapping provisions.

Hence, the need to draw out a clear and understandable text, without altering the meaning and the scope of relevant provisions. To this purpose, the Commission used the technique of recasting, which enables to make formal changes only and to codify all provisions in a consolidated text.

Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 repealed the Sixth VAT Directive and entered into force on 1 January 2007; it satisfies the need not to bring about material changes in the existing legislation and to maintain the current legal provisions by way of a more consistent codification of provisions¹⁶.

The text of the Sixth Directive, however, underwent a significant structural change. Each single article was reviewed so to make it less long and muddle: in fact, about 60 articles were divided in 414; furthermore, a detailed correlation table is an-

¹⁴ The new mechanism would advantage mainly EU enterprises carrying out cross-border activities for which they become liable to pay VAT in Member States where they have no physical presence; for example, distance sales, supplies involving installation or assembly, work on immovable property, removals, sales at exhibitions, fairs or markets, etc. Moreover, the proposal for a broader scope of the reverse charge mechanism to B2B transactions involving installation or assembly, works on immovable property and services whose place of supply is the place where those services are carried out (works on movable tangible property, services relating to educational, entertainment, sporting activities) would require (and above all, make it useful) to employ the one-stop shop scheme only to said services, where supplied to private consumers (B2C) or taxable persons who cannot use the reverse charge mechanism.

¹⁵ Under this special scheme, the trader complies with uniform and harmonized rules concerning all taxable supplies of goods and services carried out in Member States where he is not established. These obligations shall be complied with by electronic means, in order to allow an easy transmission of information to each Member State of consumption, which is competent for tax assessment according to its VAT legislation (concerning rates, in particular). In any case, the tax due shall be paid directly to the State of consumption, while transactions carried out in the State of establishment do not affect the operation of the one-stop shop scheme.

¹⁶ The recast is based on the following fundamental principles, as laid down in the documents prepared by the Community bodies to guarantee the quality of drafting of Community legislation:

- the drafting must be clear
- the structure must respect the multilingual nature of Community legislation
- the link between paragraphs and each elements of the list must be clear to avoid sentences being artificially broken up, where the provisions include paragraphs followed by a list
- references to other articles or acts (and reproduction of relevant provisions) must be limited
- uniform definitions must be used in the acts
- the wording of provisions must be drafted in a concise and precise language.

nexed to the new directive, in order to facilitate the identification of the new provisions in respect of those contained in the Sixth Directive.

The precise wording of the new directive leads to some observations on its function of act aimed at achieving – rather eloquently – the final objective of the definitive system.

The passage from a structure divided in about 60 articles to a system of 414 articles vaguely sounds like a transformation of a directive (to be transposed into national law by single States) in an almost a regulation (or, at least, like making the directive self-executing), leaving small room to the States to adapt Community provisions to the system in force in each State.

I am not saying that it is necessary that States may introduce provisions that are not consistent with the Community system. I am saying that States are likely to adapt their systems (also of civil law) to a lower extent and, above all, they might incur in infringement procedures more easily and have their own legislative power substantially limited (let alone expropriated).

A second observation concerns the “transitional system for intra-Community trade”, which lost the transitional feature in the new directive, while arising some doubts that it has become standard. In this regard, in fact, the Commission’s justifications do not seem sufficient to convince that this situation does not jeopardize the future passage to the definitive system.

6. Prospects

In addition to above “VAT package”, a new way of taxing intra-Community transactions is emerging, which might be a significant step towards the definitive system.

After acknowledging that the de-taxation in the country of origin and the taxation in the country of destination (by way of the reverse charge mechanism) lead to distortions in competition and frauds, the Commission is thinking about taxing purchases made in another Member State and obliging the supplier to reverse charge VAT to the country of destination. Obviously, only the “one-stop shop” scheme could make the system work smoothly and without burdening traders with excessive obligations¹⁷. Once agreed that intra-Community transactions may be taxed¹⁸, it would be necessary to determine which VAT rate to apply and how to pay VAT to the country of destination.

As regards the first issue, there are two different options: on the one hand, a single rate could be applied (in case, the Community standard rate of 15%), on the other hand, it might be possible to apply the rate relevant to goods supplied as applied in the country of destination. It is evident that the first option is closer to the definitive system, while the second one (more acceptable to Member States) would maintain the status quo.

¹⁷ It appears clear that the Commission points to the realization of the “one-stop shop” scheme also for this purpose.

¹⁸ It would not be the definitive system, but would certainly constitute a significant step towards the completion of the Single Market.

As regards the VAT payment, it could be relatively simple to provide that each supplier complies with this obligation by way of the “one-stop shop” scheme and directly pays the State of destination, rather than his own administration, which then should allocate the VAT revenue to the other States (under the system in force for e-commerce).

Certainly, this would be not easy to implement in a Community of 27 States, yet nevertheless possible¹⁹.

¹⁹ In fact, a situation of this kind would not be absolutely new for Italy, as it is very close to the so-called pre-paid VAT, which is applied by suppliers established in San Marino to Italian recipients, on a facultative basis, even though it involves two States only.

IVA intracomunitaria e problematiche connesse al passaggio al regime definitivo*

Mario Spera

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La realizzazione del regime degli scambi intracomunitari; 3. La nuova strategia della Commissione; 4. Il Pacchetto IVA; 5. La rifusione della VI Direttiva; 6. Prospettive future

1. Premessa

Se si guarda attentamente alla storia dell'IVA, alla sua nascita e alla sua evoluzione nel tempo ci si rende conto come questa si presenti, per certi versi, come la cartina di tornasole della crescita e dell'evoluzione della Comunità Europea che nasce inizialmente come un "mercato comune" e man mano progredisce verso la realizzazione di una reale "unione" di Stati per i quali anche lo strumento fiscale diventa parte integrante del processo di armonizzazione¹.

Per la nascente Comunità era necessario individuare un'imposta sufficientemente idonea ad evitare che gli Stati membri potessero indulgere in atteggiamenti protezionistici dei propri prodotti attraverso la leva fiscale, di fatto impedendo la libera circolazione delle merci e creando ostacoli alla libertà di concorrenza, cardine questo della stessa Comunità.

La scelta dell'IVA, tributo sconosciuto, per la sue modalità di applicazione, alla maggior parte degli Stati membri, da un lato costituiva la risposta alle preoccupazioni evidenziate, per le sue caratteristiche specifiche che la rendevano sempre trasparente e priva di effetti nell'ambito di scambi improntati sulla tassazione nel Paese di destinazione, dall'altro si presentava come un importante elemento di politica fiscale.

Il meccanismo dell'imposta dettato con la prima e seconda Direttiva (n. 67/227 e 67/228 del 11 aprile 1967) e consolidato dalla VI Direttiva IVA (n. 77/388 del 17 maggio 1977) facevano emergere, comunque, una imposta generale al consumo, ma che esplicava i suoi effetti nell'ambito nazionale in presenza, comunque, di barriere doganali anche tra Stati membri.

* Testo della relazione svolta al VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria organizzato a Napoli il 20 aprile 2007, "Lo stato di armonizzazione dell' IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva".

¹ È già nel Trattato di Roma del 25 marzo 1957 che si intravedono le basi dell'IVA; infatti l'art. 3 individuava, tra le altre priorità:

- l'abolizione tra gli Stati membri dei dazi doganali e delle restrizioni quantitative all'entrata e all'uscita delle merci come pure di tutte le altre misure di effetto equivalente;
- l'istituzione di una tariffa doganale comune nei confronti degli Stati terzi;
- l'applicazione di procedure che permettano di coordinare le politiche economiche degli Stati membri;
- il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del mercato comune.

Il successivo art. 99, per quanto riguarda il campo fiscale, puntava all'armonizzazione delle legislazioni dei Paesi membri in materia di imposizione indiretta sulla cifra d'affari per la sua importanza e per gli effetti che avrebbe potuto produrre negli scambi economici.

L'evoluzione politica della Comunità, continuando il processo di integrazione iniziato nel 1957 con il Trattato di Roma, si è mossa sempre di più verso l'instaurazione di un unico grande mercato europeo, tendente a realizzare il primario obiettivo comunitario di consentire la piena e libera circolazione delle merci, dei servizi e dei capitali. La svolta decisiva all'integrazione europea, dopo una serie di alti e bassi, va individuata nella presentazione da parte della Commissione Cee, nel giugno del 1985, del cosiddetto "Libro bianco" sul completamento del mercato interno e con l'adozione nel febbraio del 1986 dell'Atto Unico Europeo, fino ad arrivare alla stipula da parte degli Stati membri della Comunità del Trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed ai successivi sforzi per l'adozione di una Costituzione europea.

Parallelamente, nel 1985, gli effetti di questo rilancio dell'Europa, come unità, si avvertono anche nell'ambito fiscale. Con l'adozione del "Piano Cookfield", si comincia a parlare dell'eliminazione delle frontiere fiscali come foriera di notevoli benefici economici per le imprese, sia per l'ampliamento del mercato, sia per la realizzazione di un risparmio nei costi di gestione attraverso l'eliminazione nei traffici intracomunitari di un presupposto di imposizione, costituito dalle importazioni.

Uscire dalla logica di un mercato limitato ai singoli Stati e guardare all'Europa come ad un mercato di oltre 300 milioni di consumatori, significa cominciare a ragionare nella stessa ottica di imprese (come quelle americane ad esempio), che avendo di fronte un tipo di mercato di gran lunga più ampio di quello ristretto ad un singolo Stato, sono preparate ad una rapida espansione con limitati costi, realizzandosi per esse economie di scala.

2. La realizzazione del regime degli scambi intracomunitari

La congiuntura favorevole del 1985 portò all'adozione dell'Atto Unico Europeo, con il quale furono introdotte modifiche fondamentali all'art. 8 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, dirette proprio alla realizzazione di un mercato interno.

La decisione di carattere politico, che teneva conto della necessità di disporre di tempo per poter giungere all'avvicinamento delle normative dei singoli Stati membri, recava come data per l'eliminazione delle frontiere fiscali quella del 31 dicembre 1992, che fu rispettata, pur in presenza di difficoltà e resistenze, rappresentate da taluni Stati.

Il fenomeno più importante che emergeva nel nuovo assetto che si apriva con il 1993 - ancorché in presenza di un periodo transitorio previsto inizialmente fino al 31 dicembre 1996, necessario ai singoli Stati per attuare quella unitarietà di tassazione indefettibile in un mercato unico - era proprio lo stravolgimento del principio che caratterizzava fino a quel momento l'imposizione sulla "cifra d'affari". In sostanza si cominciava a ragionare su una diversa modalità di applicazione dell'IVA, il criterio ispiratore era quello di passare dalla tassazione nel Paese di destinazione (o di consumo), alla tassazione nel Paese di origine, che avrebbe costituito una ulteriore spinta verso una più completa integrazione tra gli Stati.

Le discussioni iniziate all'inizio degli anni ottanta, tuttavia, non si concretizzarono rapidamente nell'adozione di norme che realizzassero l'ambizioso progetto del Mercato Unico e fu solo una forte spinta politica che portò quanto meno all'eliminazione delle barriere doganali tra Stati membri, dal 1° gennaio 1993, attraverso l'adozione

della Direttiva 91/680/CEE del 16 dicembre 1991 (integrata dalle direttive 92/77/CEE² e 92/116/CEE). L'assetto che ne veniva fuori era però solo in parte soddisfacente: la realizzazione del "mercato unico" veniva rinviata e ci si accontentava di un primo, anche se importante, passo che portava alla introduzione del "regime transitorio degli scambi intracomunitari".

Il nuovo sistema si fondava principalmente sulla abolizione delle frontiere fiscali, ma realizzava il nuovo principio di tassazione nel Paese di origine solo nell'ambito delle cessioni effettuate a favore di privati consumatori (B2C), e comunque con delle eccezioni, mentre negli scambi tra operatori (B2B) rimaneva ferma la tassazione nel Paese di destinazione dei beni.

Il principale motivo del mantenimento della tassazione a destino nei rapporti B2B nasceva dalla preoccupazione di evitare che il mercato interno potesse avere un impatto negativo sulle entrate dei singoli Stati membri, i quali avrebbero potuto subire una riduzione del proprio gettito, in relazione al mutamento del luogo in cui si sarebbero considerate realizzate le transazioni economiche (paese di origine), con l'ulteriore aggravante che lo Stato di consumo si sarebbe trovato a dover rimborsare all'operatore economico (anche attraverso il meccanismo della detrazione) l'IVA pagata in uno Stato membro diverso (Stato di origine).

Per ovviare ad un effetto negativo di tal genere era stata proposta, tra le varie soluzioni, la realizzazione di una sorta di camera di compensazione per far sì che fosse riattribuita al Paese di consumo l'IVA pagata in altro Stato. La soluzione, però, si presentava alquanto complicata e foriera di possibili contrasti in ordine alla spettanza delle entrate; che avrebbero richiesto il necessario intervento, in qualità di arbitro, di un organo sovraordinato, che poteva essere individuato nella Commissione, la quale da organo politico si sarebbe trasformata in organo economico, realizzando addirittura una sovranità fiscale fortissima rispetto a quella dei singoli Stati, per i quali il rischio era di sentirsi depauperati di una parte della sfera della loro sovranità.

Nell'ottica del legislatore comunitario, il regime degli scambi intracomunitari doveva realmente assumere una durata temporanea e ciò veniva testimoniato dal fatto che veniva espressamente previsto che il Consiglio, sulla base della relazione della Commissione (da presentarsi anteriormente al 31 dicembre 1994) avrebbe accertato che le condizioni per il passaggio al regime definitivo fossero congruamente soddisfatte, decidendo *"entro il 31 dicembre 1995 sulle disposizioni necessarie per l'entrata in vigore e il funzionamento del regime definitivo"*.

² La direttiva interveniva in tema di armonizzazione delle aliquote, che si presentavano in misura piuttosto differenziata tra gli Stati membri. Invero, la realizzazione del grandioso obiettivo del mercato interno non avrebbe potuto prescindere dal ricompattamento o almeno riavvicinamento delle aliquote in vigore nei diversi Paesi. Sulla base dell'esperienza degli USA, dove la struttura federale consente ai singoli Stati di effettuare scelte impositive non necessariamente identiche, emergeva che solo ove le differenze impositive non superassero i quattro o cinque punti, il sistema non sarebbe risultato sbilanciato e le scelte dei consumatori sarebbero state influenzate da altri fattori come i costi dei trasporti, le abitudini radicate ed anche da un pizzico di campanilismo. La situazione della Comunità, invece, si presentava troppo variegata e difforme con differenze di aliquote che variavano, per quanto riguardava quella ordinaria, dal 13 e 14 per cento rispettivamente della Spagna e della Germania al 25 per cento della Danimarca, senza tener conto dei picchi costituiti dall'aliquota maggiorata 38 per cento (Italia) e 36 per cento (Grecia), e trascurando la miriade di aliquote ridotte varianti dall'1 al 12 per cento.

L'ottimistica previsione era destinata a scontrarsi con i problemi già enumerati, oltre che con una certa riluttanza sia da parte degli Stati membri, sia degli stessi operatori³, per cui, attraverso diversi successivi provvedimenti, il regime "transitorio" è stato prorogato fino al 31 dicembre 2010. Da ciò, l'esigenza per la Commissione di adattare nel corso degli anni la propria strategia volta a migliorare il funzionamento del sistema IVA nel mercato interno.

3. La nuova strategia della Commissione

Particolarmente significativo è un passo dell'ultima comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale europeo⁴, in cui la Commissione, nel proporre l'aggiornamento della strategia volta a migliorare il funzionamento del sistema IVA, parte dalla constatazione delle difficoltà incontrate nella realizzazione del mercato interno in dipendenza "dell'esitazione degli Stati membri", rilevando come si presenti "alquanto improbabile ottenere in un futuro immediato progressi significativi per quanto riguarda l'introduzione di un sistema comune IVA basato sull'imposizione nello Stato membro di origine".⁵

In questo ambito, tuttavia, la Commissione sottolinea che, pur non dovendosi rimettere in discussione il principio di un sistema definitivo d'imposizione nello Stato membro di origine come obiettivo a lungo termine della Comunità, è necessario procedere sulla strada dei miglioramenti rapidi e concreti al vigente sistema dell'IVA, soprattutto nell'ottica di un mercato interno allargato a 25 (ora 27) Stati membri.

L'avvio di questa strategia ha raggiunto il suo obiettivo iniziale di dare nuovo impulso ai lavori del Consiglio in materia di IVA, basati su due principali linee direttrici: l'affermazione del principio della tassazione nel luogo di consumo dei servizi e la semplificazione degli obblighi fiscali degli operatori. A tal fine viene proposta l'introduzione del meccanismo di "sportello unico" inteso a garantire una rilevante semplificazione, nei casi in cui un operatore effettua operazioni imponibili per le quali egli è debitore dell'imposta in Stati membri in cui non è stabilito. Inoltre, un potenziamento della collaborazione tra gli Stati membri dovrebbe permettere di contenere la frode fiscale entro limiti accettabili.

³ Per questi, in particolare, il regime degli scambi intracomunitari, per i quali l'assolvimento dell'imposta veniva effettuata attraverso il meccanismo del reverse charge, si presentava estremamente vantaggioso in quanto non comportava una anticipazione dell'IVA.

⁴ COM (2003) 614 del 20 ottobre 2003

⁵ Di fronte alle reticenze degli Stati membri, la Commissione aveva deciso già nel 2000 di impegnarsi in una strategia volta a migliorare il funzionamento del regime IVA nel mercato interno [COM(2000)348]. Questa strategia a lungo termine manteneva il regime attuale di IVA ma si articolava attorno a quattro obiettivi principali: la semplificazione, la modernizzazione, l'applicazione più uniforme delle disposizioni vigenti e una nuova attuazione della cooperazione amministrativa.

In tale ottica la Commissione si è impegnata a promuovere alcune iniziative⁶ volte sostanzialmente a spingere gli Stati ad uniformare le proprie disposizioni nazionali, facilitata, in tal senso anche dall'adozione, intervenuta nel frattempo, della direttiva 2004/7/CE che da un lato modifica le procedure che consentono agli Stati membri di introdurre misure di deroga alla VI direttiva⁷ e dall'altro, allo scopo di addivenire ad una applicazione più uniforme delle disposizioni comuni in materia di IVA, prevede l'attribuzione al Consiglio di competenze di esecuzione che gli consentano di adottare, su proposta della Commissione, misure atte a garantire l'applicazione di dette disposizioni, con provvedimento di natura regolamentare, cogente per tutti gli Stati.

Preso atto che l'evoluzione del sistema comune dell'IVA, non sembra allo stato attuale suffragato da una chiara volontà politica diretta al passaggio ad un sistema di tassazione all'origine, la Commissione ha rivolto i propri lavori al miglioramento del funzionamento del sistema IVA, ma nel rispetto delle caratteristiche del sistema vigente.

In tale prospettiva, si è impegnata per garantire allo Stato membro di consumo il versamento dell'imposta, facendo sì che il luogo di tassazione delle operazioni potesse coincidere, per quanto possibile, con il luogo di stabilimento del destinatario dell'operazione⁸.

⁶ I risultati raggiunti nei primi anni del 2000 vanno individuati in:

- Direttiva 2000/65/CE relativa alla determinazione del debitore dell'imposta sul valore aggiunto. Le regole per la determinazione del debitore venivano considerate come un ostacolo allo sviluppo di attività imponibili in uno Stato membro diverso da quello di stabilimento soprattutto per i piccoli operatori attivi in più Stati membri, dal momento che potevano trovarsi costretti a nominare un rappresentante fiscale in qualità di debitore nel Paese in cui effettuavano una fornitura di beni o una prestazione di servizi, pur non essendo residenti in tale Paese. Dal 1° gennaio 2003 è stata abolita la facoltà per gli Stati membri di imporre ai soggetti non residenti tale obbligo di nomina: la designazione di un rappresentante fiscale diviene facoltativa e agli operatori viene consentito di potersi identificare direttamente.

- Direttiva 2001/115/CE di semplificazione e modernizzazione delle modalità di fatturazione: l'obiettivo è quello di armonizzare le condizioni imposte alla fatturazione stabilendo un quadro giuridico per la fatturazione elettronica e per l'archiviazione elettronica delle fatture e fissa norme armonizzate per quanto riguarda il contenuto delle fatture IVA, il subappalto delle operazioni di fatturazione e l'auto fatturazione.

- Direttiva 2002/38/CE, sull'e-commerce on-line. La Direttiva considera le operazioni territorialmente rilevanti nel paese del cliente, con il conseguente doppio regime: *reverse charge* (autofattura) se l'acquirente è un soggetto di imposta; pagamento dell'imposta da parte del fornitore se il cliente è un privato. In via sperimentale (termine inizialmente stabilito al 30 giugno 2006, poi differito al 31 dicembre 2006 dalla Direttiva 2006/58/CE e, ulteriormente prorogato al 31 dicembre 2008 dalla Direttiva 2006/138/CE) è stato introdotto un particolare sistema di sportello unico per i fornitori extra comunitari, che hanno la possibilità di scegliere in quale Paese dell'UE identificarsi ai fini IVA, e trasmettendo a questo Paese apposita dichiarazione elettronica delle forniture a privati, distinte per Paese di appartenenza del cliente e provvedendo a versare l'imposta complessivamente dovuta. Il Paese di identificazione provvederà, poi, ad attribuire a ciascuno Stato, sulla base della predetta dichiarazione, l'imposta di propria competenza.

⁷ A fini di trasparenza e di certezza giuridica, la direttiva elimina la possibilità della approvazione tacita delle deroghe, per cui ogni deroga deve formare oggetto di una decisione esplicita adottata dal Consiglio su proposta della Commissione. La direttiva prevede anche che la Commissione, adita da uno Stato membro con la domanda di deroga, informi lo Stato membro richiedente del fatto che dispone di tutti i dati utili alla valutazione e necessari per presentare al Consiglio, entro un termine di tre mesi dall'invio di tale informazione allo Stato richiedente, una proposta di autorizzazione o una comunicazione contenente le sue eventuali obiezioni.

⁸ È evidente, però, che in questo modo ci si allontana sempre di più dal perseguimento del principio della tassazione all'origine, cioè nel luogo in cui è effettuata l'operazione. La tassazione nel Paese di consumo consente, per converso, una maggiore flessibilità per gli Stati anche nella determinazione della misura delle aliquote applicabili.

Peraltro, come osserva la stessa Commissione nella Comunicazione COM (2003) 614, va rilevato “che in un sistema di tassazione all’origine, quale esposto dalla Commissione nel 1996, le norme in materia di luogo d’imposizione delle operazioni determinano soltanto lo Stato membro al quale il soggetto passivo deve versare l’imposta dovuta. Il sistema di riattribuzione delle entrate IVA deve poi assicurare che ciascuno Stato membro riceva le entrate IVA corrispondenti”. Poiché questo regime comporterebbe la riscossione dell’IVA in uno Stato membro diverso da quello di consumo, facendo perdere proprio il collegamento tra riscossione dell’imposta e consumo effettivo sul territorio di uno Stato, la sua attuazione dovrebbe transitare anche attraverso un adeguato livello di armonizzazione delle aliquote IVA (più elevato di quello attuale).

Sulla base di queste premesse la Commissione si è indirizzata su queste azioni:

- razionalizzazione delle deroghe vigenti⁹
- semplificazione degli obblighi fiscali¹⁰
- introduzione dello sportello unico (*one stop shop*)
- semplificazione delle procedure di rimborso dell’IVA a soggetti non residenti
- modifica del luogo di tassazione per taluni tipi di cessioni
- revisione del regime di tassazione delle piccole imprese
- modifica del luogo di tassazione dei servizi¹¹
- rifusione della VI direttiva IVA¹²
- lotta alla frode
- individuazione di un meccanismo per l’abolizione della doppia imposizione in singoli casi
- esame delle diverse opzioni, facoltà e disposizioni transitorie.

Apparentemente sembra una rinuncia completa a proseguire verso la realizzazione del mercato unico, invero se si esamina con più attenzione la portata delle proposte, confluite nel cosiddetto “pacchetto IVA” ci si rende conto che l’introduzione delle nuove regole suggerite, ancorché con una serie di facoltà accordate agli Stati membri,

⁹ Direttiva 2006/69/CE del 24 luglio 2006, con la quale, nel riconoscere l’efficacia di talune misure di deroga concesse ad alcuni Stati membri, si è data la possibilità agli altri Stati di poterne fare automaticamente uso senza dover percorrere tutta la strada richiesta dalle disposizioni dell’art. 27 della VI direttiva, ma con una semplice comunicazione alla Commissione.

¹⁰ L’obiettivo è quello di rendere più generale il ricorso al meccanismo del *reverse charge*, cioè dell’autoliquidazione dell’imposta nell’ambito dei rapporti B2B. In particolare la possibilità di designare quale debitore dell’imposta il cliente soggetto passivo IVA da parte del fornitore (di beni e servizi) non residente realizza l’obiettivo della tassazione nel Paese di consumo, senza imporre al fornitore non stabilito oneri connessi con l’adempimento di obblighi fiscali in un Paese diverso da quello di stabilimento. Nello stesso tempo, nell’ambito dei rapporti B2C, si tende ad introdurre un meccanismo che consenta all’operatore economico di adempiere ai propri obblighi in un Paese diverso da quello di stabilimento, mediante “l’iscrizione” nel proprio Stato ad uno “sportello unico”, di modo che sia più agevole l’adempimento attraverso “il colloquio” con la propria Amministrazione.

Questa azione si è concretizzata con l’adozione della proposta della Commissione COM (2004) 728, contenente due proposte di direttive volte rispettivamente a semplificare gli obblighi in materia di IVA e ad introdurre misure dettagliate per il rimborso dell’imposta ai soggetti non residenti, nonché una proposta di regolamento per l’introduzione di modalità di cooperazione amministrativa nel contesto del regime dello sportello unico e della procedura di rimborso dell’IVA.

¹¹ Proposta COM (2003) 822, integrata successivamente con la proposta COM (2005) 334, volta a disciplinare il luogo di tassazione delle prestazioni di servizi sia nei rapporti B2B che B2C.

¹² Direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006, che sostituisce la VI direttiva dal 1° gennaio 2007. In realtà la nuova direttiva non modifica le disposizioni della VI direttiva, ma dà una nuova presentazione più idonea e coerente del testo normativo, senza che ciò implichi la modifica dell’obiettivo finale, che è quello di pervenire ad un sistema basato su un unico luogo di tassazione.

tende a spingerli verso l'adozione di comportamenti uniformi, anche per evitare una possibile concorrenza fiscale da parte di Paesi che intendessero introdurre maggiori semplificazioni, rendendo più concorrenziali le proprie imprese, spingendo gli operatori degli altri Stati a far pressione sulle Autorità politiche (e fiscali) del proprio paese perché si conformino a *standard* impositivi più semplificati.

4. Il pacchetto IVA

Si fonda su una serie di misure di notevole importanza, soprattutto perché strettamente legate tra di loro e volte a dare nel complesso un nuovo assetto al sistema dell'IVA, attraverso una serie di semplificazioni che non trascurano l'uso diffuso di mezzi di comunicazione elettronici tra soggetti passivi e autorità fiscali, nonché tra autorità fiscali nazionali.

Le misure proposte, volte a conseguire l'obiettivo di semplificazione, modernizzazione e applicazione più uniforme della normativa vigente e una maggiore cooperazione amministrativa tra gli Stati membri per combattere la frode, sono dirette alla:

- introduzione di un regime dello sportello unico per i soggetti passivi non stabiliti;
 - utilizzazione di uno sportello unico per modernizzare la procedura di rimborso prevista dall'ottava direttiva;
 - armonizzazione della limitazione del diritto a detrazione;
 - estensione del meccanismo dell'inversione contabile ad alcune operazioni nei confronti di imprese (B2B) effettuate da soggetti passivi non stabiliti;
 - revisione del regime speciale per le piccole imprese;
 - semplificazione del regime delle vendite a distanza (accompagnato dall'utilizzo dello sportello unico);
 - modificazione del principio di territorialità per le prestazioni di servizi¹³.
- È soprattutto la possibilità di fare un uso diffuso del meccanismo di "one stop shop" (sportello unico)¹⁴, sulla falsa riga del sistema già utilizzato per il commercio elettro-

¹³ La proposta prevede il ribaltamento dei principi esistenti fissando per tutti i servizi prestati a soggetti passivi come luogo di tassazione quello in cui il destinatario ha stabilito la propria attività, considerando che questo può essere ritenuto il luogo di consumo, in quanto i servizi resi alle imprese, in genere, vengono utilizzati per produrre beni o altri servizi e quindi utilizzati nel luogo di stabilimento del soggetto. Il vantaggio di questa impostazione è quella di consentire all'operatore economico che riceve servizi da soggetto non stabilito di poter adempiere ai propri obblighi attraverso l'autoliquidazione, liberando così il cliente dall'obbligo di far ricorso alla complessa procedura dell'VIII direttiva per recuperare l'imposta pagata nel Paese del prestatore. Inoltre, il nuovo criterio di territorialità verrebbe completato dall'estensione del sistema elettronico di scambio dati sull'IVA (VIES) ai servizi, ai fini di controllo da parte delle Amministrazioni fiscali.

¹⁴ Del nuovo meccanismo, tendenzialmente si potrebbero giovare soprattutto le imprese UE che svolgono attività transfrontaliere, per le quali diventano debitori dell'IVA in Stati membri in cui non sono fisicamente presenti; si pensi, ad esempio, alle operazioni effettuate nell'ambito delle vendite a distanza, dell'installazione, assiemaggio o montaggio, dei lavori riguardanti beni immobili, dei traslochi, delle vendite effettuate in occasione di esposizioni, fiere o mercati, ecc. Peraltro, la contestuale proposta di estensione del meccanismo dell'inversione contabile per i rapporti B2B per le cessioni con installazione o montaggio, per i lavori su beni immobili e per i servizi territorialmente rilevanti nel luogo di esecuzione della prestazione (lavori su beni mobili materiali, prestazioni didattiche, educative, ricreative, sportive, ecc.), renderebbe necessario (ma soprattutto utile) far ricorso al meccanismo dello sportello unico limitatamente ai menzionati tipi di operazione, qualora rese nei confronti

nico da parte degli operatori extracomunitari, che getta le basi più concrete di un possibile passaggio al regime definitivo. Infatti, la possibilità offerta agli operatori di poter adempiere ai loro obblighi fiscali nei confronti di altri Stati membri o di poter ottenere il rimborso dell'IVA (ex ottava Direttiva) “colloquiando”¹⁵ con la propria Amministrazione fiscale, presso cui si iscrivono allo sportello unico, diventa il piatto forte di questa nuova stagione ed un ponte verso la realizzazione del mercato unico.

5. La rifusione della VI direttiva

Le continue modifiche ed integrazione della VI Direttiva IVA ed il regime degli scambi intracomunitari, introdotto nella stessa VI Direttiva come sistema “transitorio”, hanno finito per rendere il testo normativo poco chiaro, a volte ripetitivo e con talune disposizioni che si sovrappongono tra di loro.

Da ciò, l'esigenza di procedere ad una redazione del testo legislativo più chiara e comprensibile, senza alterare il significato e la portata delle disposizioni. A tal fine, la Commissione ha fatto ricorso alla tecnica della c.d. rifusione (o rifacimento) che consente di modificare, in senso essenzialmente formale e di codificare gli atti in un unico testo legislativo.

La Direttiva 2006/112/CE del 28 novembre 2006, entrata in vigore il 1° gennaio 2007, sostituisce, abrogandola, la Sesta Direttiva IVA, e risponde proprio all'esigenza di non apportare modifiche sostanziali rilevanti e di conservare l'attuale assetto normativo attraverso una codifica più chiara e coerente delle norme¹⁶.

Il testo della Sesta Direttiva è stato, tuttavia, oggetto di una importante modifica strutturale. Ogni singolo articolo è stato riveduto per renderlo meno lungo e farraginoso, con il risultato che gli articoli sono passati da circa 60 a 414; inoltre la nuova direttiva è stata corredata da una tavola di concordanza dettagliata per rendere più agevole l'individuazione delle nuove disposizioni rispetto a quelle della VI Direttiva.

di privati consumatori (B2C) o, comunque, nei confronti di soggetti d'imposta che non possono far ricorso al meccanismo del *reverse charge*.

¹⁵ Questo particolare regime comporterebbe per l'operatore l'osservanza di modalità uniformi ed armonizzate nell'adempimento degli obblighi riguardanti tutte le cessioni e prestazioni imponibili effettuate negli Stati membri in cui non ha sede. L'adempimento di tali obblighi avverrebbe per via elettronica al fine di consentire un'agevole trasmissione delle informazioni ad ogni Stato membro di consumo. L'accertamento e il controllo dell'imposta resterebbe di competenza dello Stato membro di consumo, la cui legislazione IVA (specie in materia di aliquote) continuerebbe ad applicarsi. In ogni caso il versamento dell'imposta dovuta verrebbe effettuato direttamente a favore dello Stato di consumo, mentre le modalità di adempimenti derivanti dall'adozione dello sportello unico non coinvolgerebbero gli adempimenti relativi alle operazioni effettuate all'interno dello Stato di stabilimento.

¹⁶ I principi fondamentali cui la rifusione si è ispirata, sulla base degli accordi delle istituzioni comunitarie per garantire la qualità redazionale degli atti legislativi, sono:

- chiarezza nella redazione
- struttura che tenga conto del carattere plurilingue della legislazione comunitaria
- formulazione che renda chiaro il nesso esistente tra l'alinea e gli elementi dell'elenco per evitare un artificiale smembramento delle frasi, nel caso le disposizioni contengano un'alinea seguito da un elenco
- limitato uso del rinvio ad altri articoli o ad altri atti (con riproduzione della norma interessata)
- uso delle definizioni in modo uniforme in tutto l'atto
- semplificazione della formulazione delle disposizioni con uno schema redazionale che contenga disposizioni coincise, con linguaggio e formulazione più precisa.

La puntuale formulazione della nuova direttiva spinge ad alcune considerazioni e riflessioni sulla sua funzione di atto teso in modo, piuttosto eloquente, al raggiungimento della meta finale del regime definitivo.

Il passaggio da uno schema basato su circa 60 articoli ad un sistema di ben 414 ha il vago sapore di trasformare un atto quale la direttiva (da recepire negli ordinamenti interni a cura dei singoli Stati) in un provvedimento di natura quasi regolamentare (o quanto meno di attribuire alla direttiva la caratteristica di *self executing*), lasciando poco spazio agli Stati di adattare le disposizioni comunitarie al sistema vigente nei singoli Paesi.

Con questo non si vuol sostenere che è necessario che gli Stati abbiano la possibilità di introdurre norme non coerenti con il sistema comunitario, ma solo che presumibilmente gli Stati avranno meno possibilità di adattamento dei loro sistemi (anche civilistici) e, soprattutto, saranno esposti maggiormente a possibili procedure di infrazione con sostanziale limitazione (per non parlare di espropriazione) del proprio potere normativo.

Una seconda riflessione riguarda “il regime transitorio degli scambi comunitari” che ha perso nel contesto della nuova direttiva la sua caratteristica di “transitorietà”, ingenerando il dubbio che sia di fatto rientrato nel sistema a regime. A tal proposito, infatti, non sembrano sufficienti e convincenti le giustificazioni addotte dalla Commissione che questa circostanza non pregiudica il futuro passaggio al regime definitivo.

6. Prospettive future

Accanto alle segnalate proposte di modifiche che fanno capo al “pacchetto IVA”, comincia a far capolino una nuova modalità di tassazione delle operazioni intracomunitarie, che potrebbe costituire un significativo passaggio verso il regime definitivo.

Una volta constatato che il sistema di detassazione nel Paese di origine per avere una tassazione nel Paese di destinazione dei beni (con il meccanismo del *reverse charge*) è foriero di distorsioni di concorrenza oltre che di forti rischi di frode, si sta pensando di assoggettare a tassazione gli acquisti fatti in altro Stato membro con obbligo del cedente di riversare l’IVA incassata al Paese di destinazione dei beni. Il sistema, ovviamente, potrebbe funzionare in modo agevole e senza imporre eccessivi obblighi agli operatori economici solo in presenza di un sistema di sportello unico¹⁷. Una volta che fosse accettata la possibilità di tassare le transazioni intracomunitarie¹⁸ bisognerebbe stabilire l’aliquota IVA da applicare e le modalità di versamento dell’imposta allo Stato di competenza.

In ordine al primo problema due sono le teorie che si confrontano: da un lato si vorrebbe applicare un’aliquota unica (eventualmente l’aliquota ordinaria nella misura minima comunitaria del 15%), dall’altro viene prospettata la possibilità di applica-

¹⁷ Appare chiaro, anche a questo fine, come la Commissione punti fortemente alla realizzazione del sistema di “one stop shop”.

¹⁸ Non si tratterebbe del regime definitivo, ma certamente costituirebbe una notevole spinta alla realizzazione del Mercato Unico.

re l'aliquota propria del bene, oggetto dello scambio intracomunitario, applicata nel Paese di destinazione. Delle due opzioni è evidente che la prima più si avvicina ad un regime di sistema definitivo, mentre la seconda (più facilmente accettabile dagli Stati) manterrebbe lo *status quo*.

Per quanto concerne il versamento dell'imposta allo Stato di competenza potrebbe essere relativamente semplice prevedere che ciascun cedente provveda a tale adempimento attraverso lo sportello unico, con versamento diretto allo Stato di competenza, piuttosto che alla propria Amministrazione che dovrebbe poi ripartire a ciascuno degli altri Stati la quota di imposta di spettanza (secondo il sistema attualmente vigente per l'*e-commerce*).

Una realizzazione certo non agevole, in una Comunità come quella attuale allargata a 27 Stati, ma pur tuttavia possibile¹⁹.

¹⁹ Invero, per l'Italia una situazione di questo genere non sarebbe una novità assoluta, in quanto si avvicina molto al sistema della cosiddetta IVA prepagata applicata in via facoltativa per le cessioni degli operatori Sammarinesi nei confronti dei soggetti nazionali, anche se si tratta di una situazione che coinvolge due soli Stati.

VAT harmonization in Europe and new proposals for amendments to Directive 112/2006/EC*

Roberto Michieletto**

As regards VAT, it is necessary first to say that from 1 January 2007, when Directive 112/2006/EC entered into force, reference is made to the Sixth Directive no longer but more simply to the VAT Directive. As Professor Uckmar said, this new Directive is a restyling of the Sixth Directive: we will see how this restyling has been made.

I like to believe that the VAT is effectively playing the role that all Member States attributed to it at the time of its adoption¹.

Harmonization does not mean uniformity². Harmonization does not aim to create uniformity, but rather to making operational differences consistent within a shared framework of objectives³. It is necessary to find a meeting point for different (administrative and economic) structures, persons and markets. To impose a single mode of application across Europe would be excessive and counter-productive. Conversely, flexibility enables to meet the needs of Member States and citizens consistently and more effectively, in compliance with the principle of subsidiarity.

Undeniably, there are differences and disharmonies in Europe, mainly economic and structural. For example, European travel agencies have different structures of organization. Sometimes they are sole traders; sometimes they are managed by large tour operators. Another example is the measure derogating to VAT on waste materials – which is now a rule applying the reverse charge procedure in this specific sector. At the beginning, this derogation was looked with perplexity by some Member States, who did not understand the necessity for it. This was because they managed waste materials in such a different way from the Member States requesting the derogation measure that they did not need it, considering it superfluous at the least. In this case, the solution was to apply the reverse charge procedure as an option, instead of an obligation.

I think we cannot, nor should we, expect that the Community law-maker finds solutions to completely meet all Member States' needs, including the application of VAT. A compromise is always necessary and should involve some flexibility allowing

* This paper was presented at the VI Conference on International and Community Taxation" (VI *Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria*) organized by the Second University of Naples and by the Professional Association of Chartered Accountants of Nola and Naples, held in Naples on 20 April 2007, "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva (1977 – 2007)". (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive). Translation by Claudia Calogero.

** European Commission – SNE, VAT and turnover taxes - DG Taxation and Customs Union

¹ Let us see the other side of the coin for a change and examine how today VAT satisfies harmonization criteria.

² I could use a playful example: considering that coffee is special in Naples, so special that it is known all over the world, it would be weird, if not criminal, to impose to provide American coffee also in Naples, only because all Europe drink American coffee.

³ So, American coffee for Americans and Italian coffee for Italians. Anyway, it must be coffee, not a surrogate.

Member States to implement Community measures within their own legal systems. While the outcome must be the same, the ways to reach this outcome may be different when the differences are taken into consideration.

These differences are indeed increasing: the Union expanded from six to fifteen and, more recently, to twenty-seven Member States, each with its own particular markets and structures, each with its own differences.

In the second part of my report, I will give you indications about discussed and pending proposals, as well as possible measures to be proposed within the near future.

As regards the legislative process, I mention only briefly that the proposals for directives are submitted first to the Council of the European Union, in particular to the Working Group on Tax Questions, and – after being discussed – are sent to the ECOFIN for approval.

Directives, regulations and decisions are used to manage the VAT Directive.

It is not of course my intention to deal with Community law: I only recall that directives are addressed to Member States and are binding as to the results to be achieved, regulations are addressed to citizens and therefore are directly applicable, decisions are also addressed to Member States, but they regulate specific and not general matters.

Article 93 of the Treaty of the European Union is the legal basis of any proposals submitted by the Commission in the field of taxation. There was an attempt to use Article 95 only in one case: that of Regulation No. 1798/2003 on administrative cooperation referred to by the Colonel of the Guardia di Finanza. As it dealt with administrative cooperation, the Commission argued that Article 95 of the Treaty should be used, while the European Court of Justice rejected that argument.

What is the difference between Article 93 and Article 95 in respect of the approval procedure?

While Article 93 requires unanimity, Article 95 requires a qualified majority (although under the co-decision procedure with the European Parliament). Having a special procedure of approval, Article 95 was not supposed to be an adequate legal basis for a decision concerning tax matters. Actually, decisions on tax matters expressly require unanimity.

However, this procedure affects the average time for a directive to be approved.

In 2000, the average time for a Directive to be approved was 21 months. Strangely enough, this average time has not changed since the Italian presidency of the European Union in the second semester of 2003, with fifteen Member States. However, although from 2004 twenty-four acts were discussed and approved, their content was subjected to strong amendments. From 2004 four directives have been extended, which did not need a thorough discussion of relevant technicalities and thus did not occupy the Council: among those, I recall the Directive on electronic commerce, on the extension of the facility for labour-intensive services and on the extension of the standard rate (this Directive has nothing to do with the long and difficult discussion on reduced rates, which very often go back to when the Sixth Directive was not entered into force yet).

A large number of acts, precisely seventeen, are decisions. In the tax field, decisions are mainly adopted to enable Member States to apply VAT differently from what is laid down in the VAT Directive.

Why are there so many derogating measures?

To give an answer, I have to move back to the beginning, to the concept of flexibility. When it is difficult, if not impossible, to apply or to comply with a rule, or when the market evolves in an unexpected way or disguised situations of fraud or complications of the system, Member States may resort to the opportunity contained in Article 395 of Directive 112/2006/EC, applying to the Commission for an authorization to derogate from the Directive.

The high number of decisions concerning derogations could give the impression that there is a centrifugal trend aiming at disharmonization rather than harmonization⁴.

But this is not my feeling.

Instead, I think that derogations should be seen – at least partially – as a sign of an adjusting system within specific environmental variables or of a need for changing the very system.

Actually, this is also what the Commission had in mind when it faced the huge number of derogations and embedded the content of some of them in the primary law. The Commission considered that if a measure was systematically requested for derogating some rules of the Directive, it may be necessary to review those rules of the system, because they did not meet the needs of a certain number of Member States, or because they did not cover some specific situations in more than one State.

The Directive rationalizing the derogations is the measure (one of the substantial acts approved in 2004) used by the Commission to implement the amendment and updating of the provisions.

In addition to these amended provisions, it is only possible to sort out some situations by applying the provisions themselves.

The Commission was facilitated by the approval of Article 24a, now Article 397, which occurred during the Italian Presidency and by the work done during it. Article 397 provides that the Council, acting unanimously on a proposal from the Commission, shall adopt the measures necessary to implement this Directive. The wording is perhaps a little obscure, but it substantially means that now there is a new legal basis, which is different from Article 93, to approve the regulations aimed at harmonizing the application of the Directive. Not only. This provision has been used also to bring the VAT Committee's guidelines into effect⁵.

By virtue of that provision, the Commission made a proposal for a regulation laying down implementing measures for the Sixth Directive (the second of the three substantial acts being approved from 2004 onwards, along with the recast the Sixth Directive – 112/2006/EC).

The final design of the above Directives is, therefore, a new legislative process. The Commission follows its own strategy and, at the same time, pays attention

⁴ Moreover, this high number represents only the authorized derogations; actually, Member States' requests had been much more numerous: some of them were withdrawn; others were rejected by the Commission.

⁵ The VAT Committee was set up by the Sixth Directive and is composed of experts discussing the interpretation and application of Community provisions on VAT. The Committee issued opinions and guidelines, which were not binding but represented Member States' best practices, thus urging their tax administrations to conform to the VAT Committee's opinions. By virtue of Article 397, these best practices can become compulsory where relevant opinions are approved unanimously.

to changes and thus makes proposals for regulations laying down implementing provisions or directives amending the VAT Directive. This is as a result of reading the signals from the VAT Committee and from Member States through their requests for derogations.

In fact, these new tools also aim to create a greater harmonization, in that they make the legislative process more rapid and more suitable to the needs of Member States, but this is not all.

At the beginning, I said that Member States should be granted with flexibility. However, flexibility should give way to certainty of law, where a single mode of application is necessary to achieve a common goal. In my opinion, this is how to interpret the latest approach of the European Commission to approve some directives and relevant implementing regulations, notwithstanding unimaginable difficulties of acting by unanimity.

Furthermore, this approach is used for provisions still to be applied, whose impact on the legal and economic system is already evaluated during the discussion of the proposal, and not for approved provisions, whose implementing measures have already been taken by Member States. As a consequence, it does not seem to me that this approach can lead to insurmountable hindrances. Instead, it can grant a greater harmonization. An example of this approach can be found in the future Directives on financial services or on pre-paid cards (vouchers): for both matters the modes by which the outcome must be achieved are as important as the objective.

Finally, in my very personal opinion, I think indeed that Community harmonization has reached a good level in intra-Community trade.

What has not been achieved yet – and I do not know to what extent it may be achieved – is the harmonized application of domestic provisions concerning, for example, rates.

It is well known that Member States can decide to apply reduced rates on a range of goods and services, as listed in Annex III. The Commission promoted to review this annex, in order to reduce the list down and thus obtain a more harmonized application of rates. However, although meetings are still being in progress for four years, no provision has been issued. In order to unblock this impasse, the Commission set up a think tank to evaluate the impact of reduced rates on services provided locally, thus spurring the debate.

The problem is that all Member States want to apply their own reduced rates, stating that any change would lead to insurmountable domestic difficulties. Indeed, some States supported warmly the idea of abandoning the debate on the ground that the problem does not exist, as reduced rates are applied only within the State and thus do not affect intra-Community trade and harmonization in general. Although the line of reasoning is not completely wrong, it is however true that the difference of domestic rates leaves open the question of interference in Member States' economies. Again, this difference can potentially undermine general harmonization. However, I do not want to further explore this aspect of the matter, which lies outside the tax analysis that we are making.

I am here to talk about the efforts made by the Commission to sustain harmonization. But I would like that the authoritative scholars that are here today will consider these efforts as a spur to further observations.

The Commission is always open to the needs of entrepreneurs and their undertakings. It is open to the needs of Member States and to academics, whose rational theories can provide solutions to create a system that is more consistent with the economic reality and more sensible to economic change.

I promised that I would examine the proposals for amendments to the VAT Directive in the second part of my presentation. Unfortunately, I have overrun the time at my disposal, and I apologize to you all.

I only mention that the amendments to the VAT Directive derive from the Lisbon strategy, which embeds the VAT strategy. The Lisbon strategy aimed at enhancing competitiveness in the European Union and at reducing burdens for enterprises. In particular, the objective was modernization, simplification and certainty in the application of tax rules, as well as a greater administrative cooperation.

The current VAT strategy has been issued in 2000 and then reviewed in 2003; the next one will be likely put forward in 2008. It is a little outdated, as it should be reviewed every three or four years. A new strategy was not proposed, as the objectives pursued by way of legislative instruments have not been achieved yet. If this depends on the fact that the strategy is fallible, in that the contents are too ambitious, or that the approval of directives and regulations is difficult, it should be examined – in my opinion – not only at European level.

With this invitation I conclude my speech, second part of which will be in the acts of the conference. It is an appendix listing the proposal for amendments to VAT Directives, which have already been discussed and are still being discussed. Each proposal is accompanied by a brief description of the main characteristics and details the phase of the approval process, where possible.

Thank you.

Appendix

Proposals for amendments to VAT Directives

VAT Strategy: proposals discussed

- Changing the status of VAT Committee [COM(1997) 325] *not approved*
- Greater mutual assistance for the recovery of claims [COM(1998) 364]
- Right of deduction [COM(1998) 377] *not approved*
- Determination of the persons liable for VAT [COM(1998) 660]
- Services supplied by electronic means [COM(2000) 349]
- Directive 2006/58/EC of 27 June 2006 E-commerce
- Directive 2006/138/EC of 19 December 2006 E-commerce
- Fixing the minimum standard rate of VAT [COM(2000) 537]
- Invoicing [COM(2000) 650]
- Administrative cooperation in the field of VAT [COM(2001) 294]
- Extending the facility allowing Member States to apply reduced rates of VAT to certain labour-intensive services [COM(2002) 525] *extended*
- Place of supply of gas and electricity [COM(2002) 688]
- Conferment of implementing powers and the procedure for adopting derogations [COM(2003) 335]
- Scope of reduced rates [COM(2003) 397] *discussed and still being discussed*
- Implementing measures of the Sixth Directive [COM(2004) 641] Regulation (EC) No 1777/2005 of 17 October 2005
- Measures to simplify the procedure for charging VAT and to assist in counter-acting tax evasion [COM(2005) 89] Directive 2006/69/EC of 24 July 2006
- Recast of the Sixth Directive [COM(2004) 246]

VAT Strategy: proposals still being discussed

- VAT package
- Combating fraud

Proposals suspended

- Special scheme for travel agencies [COM(2002) 64]
- Postal services [COM(2003) 234]

VAT Strategy: proposals planned

- Reduced rates
- Financial services
- Vouchers (Pre-paid cards)
- Mechanism for eliminating double taxation

Armonizzazione dell'IVA in Europa e nuovi progetti di modifica della Direttiva IVA 112/2006/EC*

Roberto Michieletto**

Parlando di IVA è necessario chiarire subito che, a partire dal 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore della Direttiva 112/2006/EC, non ci si riferisce più alla Sesta Direttiva ma, più semplicemente, alla Direttiva IVA *tout court*. Questa direttiva è, come ha già detto il professor Uckmar un *restyling* della VI Direttiva e vedremo in qual modo è stato fatto questo *restyling*.

Mi piace pensare che l'IVA in realtà stia rispondendo in modo soddisfacente al ruolo che le è stato originariamente attribuito quando è stata adottata per tutti gli Stati membri¹.

Armonizzazione non significa uniformità². L'armonizzazione non ha come obiettivo quello di uniformare, di omogeneizzare ma, piuttosto, quello di rendere compatibili le diversità all'interno di un quadro operativo condiviso in cui vengono raggiunti i medesimi obiettivi pur con modalità talora differenti³. Occorre trovare un punto di incontro fra strutture (amministrative ed economiche), soggetti e mercati diversi. Imporre un'unica modalità di applicazione per tutta Europa sarebbe eccessivo e controproducente laddove, invece, la flessibilità consente, nel rispetto del principio della sussidiarietà, di rispondere in maniera coerente e più aderente alla realtà, ai bisogni e alle esigenze degli Stati ovvero ai cittadini.

È innegabile che in Europa ci siano delle differenze, delle disarmonie, prima di tutto economiche e strutturali. Un esempio ne sono le agenzie di viaggio che in Europa hanno strutture organizzative diverse. Talora sono parcellizzate, talaltra invece vengono gestite da grossi operatori. Un altro esempio si ricava dalla deroga IVA sui rottami, ora diventata norma, che concede l'applicazione del *reverse charge* in questo particolare settore. Questa deroga all'inizio era stata fonte di qualche perplessità da parte di alcuni Stati membri che non ne capivano l'opportunità. Il motivo di questa loro incomprendenza risiedeva nel fatto che essi avevano un mercato dei rottami così diverso da quello degli Stati membri che avevano chiesto la deroga, da non sentire alcun bisogno di questa misura trovandola, anzi, quantomeno superflua. Vi erano in sostanza delle differenze di mercato che dovevano in qualche modo essere rispettate.

* Testo della relazione svolta al VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria organizzato dalla Seconda Università di Napoli e dall'Ordine dei Dottori commercialisti di Napoli e di Nola il 20 aprile 2007 sul tema: "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva".

** Commissione Europea – END IVA e altre imposte sulla cifra d'affari - DG Fiscalità ed Unione Doganale

¹ Vi propongo quindi di osservare, per una volta, l'altra faccia della medaglia ed esaminare, piuttosto, quali criteri soddisfa l'IVA, oggi, in termini di armonizzazione.

² Se volessi fare un esempio scherzoso potrei dire: premesso che il caffè a Napoli è fatto in un modo particolare, un modo così particolare che è noto in tutto il mondo, imporre la somministrazione di caffè all'americana anche a Napoli, solo perché in tutta Europa si usa il caffè all'americana, sarebbe stonato se non addirittura un delitto, per uno che ama il caffè.

³ E dunque caffè all'americana per un americano e caffè all'italiana per un italiano: l'importante è che di caffè si tratti e non di surrogati.

La soluzione, nel caso di specie, è stata trovata proponendo la misura del *reverse charge* come strumento opzionale invece che obbligatorio.

Credo che non ci si possa, né ci si debba, aspettare che la legislazione comunitaria trovi delle soluzioni la cui formulazione sia perfettamente rispondente alle esigenze di tutti gli Stati anche per quanto concerne le modalità di applicazione: un compromesso è sempre necessario e nel compromesso devono essere inserite anche delle flessibilità che consentano agli Stati destinatari del provvedimento di poterlo efficacemente applicare e inserire nel proprio ordinamento. Se il risultato deve essere unico, così non è per le modalità con le quali questo risultato deve esser raggiunto le quali possono essere diverse proprio nel rispetto delle differenze.

Queste differenze, fra l'altro, stanno aumentando: dai sei Stati membri iniziali siamo passati a quindici ed ora a ventisette, ognuno con le proprie peculiarità di mercati e strutture e ognuno fonte di diversità.

Nella seconda parte della mia relazione vi darò contezza delle proposte legislative che sono state discusse, di quelle attualmente in discussione e, infine, di quelle che saranno proposte in un prossimo futuro.

Per quanto concerne l'iter delle proposte legislative accenno solo brevemente che le proposte di direttiva vengono prima presentate al Consiglio dell'Unione Europea, in particolare al gruppo questioni fiscali e, una volta terminata la discussione, la proposta di direttiva giunge all'Ecofin per l'approvazione vera e propria.

Tra gli atti utilizzati per la gestione della Direttiva IVA possiamo annoverare direttive, regolamenti e decisioni.

Non si vuole qui certo trattare del diritto comunitario: ricordo solo che le direttive si rivolgono agli Stati membri ponendo loro dei risultati da raggiungere, i regolamenti si rivolgono ai cittadini e quindi sono di immediata applicazione, le decisioni si rivolgono nuovamente agli Stati ma su questioni specifiche anziché generali.

La base legale di ogni proposta fiscale promulgata dalla Commissione è l'articolo 93 del Trattato dell'Unione Europea. In un solo caso si è tentato di utilizzare l'articolo 95 ed era proprio quel regolamento sulla cooperazione amministrativa cui faceva riferimento il colonnello della Guardia di Finanza: il Regolamento 1798/2003. Proprio perché si trattava di un regolamento di cooperazione amministrativa la Commissione sosteneva si dovesse utilizzare l'articolo 95 del Trattato ma la Corte di Giustizia ha dato in quel caso torto alla Commissione.

Qual è la differenza principale tra i due articoli in termini di processo di approvazione?

Mentre gli atti basati sull'articolo 93 richiedono la procedura di approvazione all'unanimità, quelli basati sull'articolo 95 richiedono solo la maggioranza qualificata (anche se poi tali atti vanno presi in codecisione con il Parlamento). Proprio per questa sua particolarità, per questa sua differenza in termini di procedura di approvazione, il 95 non è stato ritenuto idoneo a costituire la base legale per un atto vertente su una materia fiscale. Ricordo infatti che per l'approvazione degli atti in materia fiscale è espressamente richiesta l'unanimità.

Questa procedura però ha delle ripercussioni dal punto di vista della capacità di reazione e approvazione di direttive.

Nel 2000 i tempi medi di approvazione di una Direttiva si attestavano sui 21 mesi. Stranamente questi tempi non sono cambiati da quando l'Italia ha presieduto l'Unione Europea, nel secondo semestre 2003, con quindici Stati membri. Tuttavia, pur se dal 2004 sono stati discussi ed approvati 24 atti, il contenuto degli atti è sensibilmente cambiato rispetto al periodo antecedente. Dal 2004 ci sono state quattro proroghe di direttive, che non necessitavano di una approfondita discussione tecnica nel merito e che quindi non hanno impegnato i lavori del Consiglio: tra queste ricordo la Direttiva sul commercio elettronico, quella sulla proroga dell'esperimento sui servizi ad alta intensità di manodopera e quella sulla proroga dell'aliquota standard (questa direttiva di proroga dell'aliquota standard nulla ha a che fare con la lunga e difficile discussione sulle aliquote ridotte le quali costituiscono molto spesso il retaggio di situazioni precedenti addirittura all'entrata in vigore della Sesta Direttiva).

Un grande numero di atti invece, per l'esattezza diciassette, sono rappresentati dalle decisioni. Le decisioni in materia fiscale vengono emesse soprattutto per concedere agli Stati di applicare l'IVA in modo diverso da quanto previsto nella Direttiva IVA. Ogni decisione, quindi, è diretta non a tutti ma solo a determinati Stati.

Perché le deroghe sono così numerose?

Per rispondere devo tornare all'inizio, al concetto di flessibilità. Quando l'applicazione o il rispetto di una norma generale si rivela difficile se non impossibile o quando, ad esempio, il mercato si evolve in un modo imprevisto o si scoprono delle sacche di frode o si rinvengono complicazioni del sistema, gli Stati possono ricorrere all'opportunità offerta dall'articolo 395 della Direttiva IVA n. 112/2006 e cioè richiedere alla Commissione di derogare al sistema previsto dalla Direttiva.

L'alto numero di decisioni relative a deroghe potrebbe far pensare ad una tendenza centrifuga, ad una tendenza alla disarmonizzazione invece che all'armonizzazione⁴.

Ma questa non è la mia sensazione.

Credo invece che le deroghe debbano essere lette, almeno in buona parte, come indizi di assestamento del sistema all'interno di variabili d'ambiente specifiche o come indizi di una necessità di modifica del sistema stesso.

D'altronde questo è anche ciò che la Commissione ha pensato nel momento in cui ha reagito a questa mole di deroghe inglobando il contenuto di alcune di esse nella norma primaria. La Commissione ha ritenuto che, se per alcune disposizioni della Direttiva veniva sistematicamente richiesta una deroga, forse occorreva considerare che il sistema necessitava, in quel punto, di una revisione perché non rispondeva più alle esigenze di un certo numero di Stati membri, o perché non copriva situazioni che si erano venute a creare in più di uno Stato.

La Direttiva di razionalizzazione delle deroghe è l'atto normativo (uno dei tre atti "sostanziali" approvati dal 2004) con cui la Commissione ha posto in essere questa modifica, questo riaggiornamento delle norme.

Oltre alle modifiche al sistema normativo però, è possibile risolvere alcune situazioni anche solo tramite il *modus gerendi*, l'applicazione delle norme.

⁴ Fra l'altro questo numero rappresenta solo le decisioni che sono state definitivamente accordate ma le richieste degli Stati erano ben più numerose: alcune di quest'ultime sono state ritirate dagli stessi Stati, altre invece sono state rigettate dalla Commissione con un atto formale.

Ad agevolare la Commissione in questo compito vi era stata l'approvazione, avvenuta durante la Presidenza italiana, e grazie anche al lavoro svolto da questa, dell'articolo 29bis ora 397. Questo articolo prevede che il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, adotti le misure necessarie per l'applicazione della direttiva. Il significato è forse un po' oscuro ma in sostanza significa che ora esiste una nuova base legale, diversa dall'articolo 93, per l'approvazione di regolamenti atti ad uniformare l'applicazione della direttiva. Non solo. Questo strumento è stato usato anche per trasformare le linee guida decise dal Comitato IVA⁵, in norme aventi forza di legge.

Utilizzando questo strumento la Commissione ha proposto il regolamento di applicazione delle norme della Direttiva (il secondo dei tre atti normativi sostanziali approvati dal 2004 ad oggi, insieme alla Direttiva di rifusione della Sesta Direttiva IVA (112/2006/EC).

Il disegno finale che esce dalle due direttive citate è quindi quello di un nuovo processo legislativo dove da un lato la Commissione segue la propria strategia ma dall'altro è attenta ai cambiamenti e propone regolamenti per l'applicazione delle norme o direttive di modifica della VI Direttiva leggendo i segnali che arrivano sia dal Comitato IVA che dagli stessi Stati tramite le richieste di deroga.

Anche questi nuovi strumenti mirano in definitiva all'aumento del livello di armonizzazione assicurando una maggiore rapidità e una maggiore rispondenza del processo legislativo alle esigenze concrete degli Stati. Ma non è tutto.

All'inizio parlavo di flessibilità che deve essere concessa agli Stati. La flessibilità però deve cedere il passo alla certezza del diritto laddove un'unica modalità di applicazione rappresenti una via obbligatoria per il raggiungimento dell'obiettivo comune. In questo modo va letta, a mio parere, la recente tendenza della Commissione ad approvare alcune direttive, pur con le immaginabili difficoltà legate all'approvazione all'unanimità, insieme al relativo regolamento di applicazione.

Inoltre questa tendenza riguarda norme future per le quali la valutazione circa l'impatto sull'ordinamento e sui mercati viene fatta già al momento della discussione della proposta e non norme già approvate per le quali gli Stati hanno già posto in essere le dovute misure di applicazione. Di conseguenza non mi sembra che tale tendenza possa creare difficoltà insormontabili mentre invece può assicurare una maggiore armonizzazione. Un esempio di questa tendenza potrebbe essere rinvenuto nella futura Direttiva sui servizi finanziari o in quella sulle carte prepagate (*voucher*): entrambe materie in cui le modalità con cui il risultato deve essere raggiunto sono altrettanto importanti quanto il raggiungimento del risultato stesso.

Un'ultima considerazione in tema di armonizzazione.

Io credo, ma questa è opinione personale, che l'armonizzazione a livello comunitario, anzi, negli scambi intracomunitari, sia già ad un buon livello.

⁵ Il Comitato IVA istituito con la Sesta Direttiva è costituito ad un comitato di esperti che discute questioni interpretative e applicative in materia IVA. Il Comitato emette pareri, linee guida non vincolanti i quali, però, rappresentando le *best practices* poste in essere dalle varie amministrazioni avevano una forza propulsiva nei confronti delle stesse amministrazioni statali e le spingevano ad uniformarsi ai pareri. Con l'articolo 397 i pareri approvati all'unanimità possono trasformarsi da *best practice* in norma cogente.

Quello che ancora non è stato raggiunto e non so fino a che punto potrà essere raggiunto è l'armonizzazione dell'applicazione delle norme a livello interno, domestico. Ad esempio in tema di aliquote.

Come è noto ogni Stato membro può decidere di applicare aliquote ridotte su una serie di beni e servizi tra quelli elencati nell'allegato III. La Commissione ha inteso promuovere una revisione di questo allegato al fine di ridurre l'elenco e ottenere così una più armonizzata applicazione delle aliquote. Le numerose riunioni su questo tema, però, anche se ormai durano da quattro anni, non sono riuscite a produrre un testo normativo. Per cercare di sbloccare questa impasse la Commissione ha persino istituito un *think tank* al fine di valutare l'impatto delle aliquote ridotte sui servizi forniti localmente e poter così offrire nuovo materiale per la discussione.

Il problema è che nessuno Stato intende rinunciare ad applicare le proprie aliquote ridotte dichiarando che ogni modifica creerebbe problemi insormontabili a livello interno. E c'è persino qualche Stato che ha caldeggiato l'idea di abbandonare la discussione sostenendo che il problema delle aliquote non esiste perché le aliquote sono applicate in modo ridotto solo all'interno dello Stato e quindi non influenzano gli scambi intracomunitari e, di conseguenza, non influenzano il livello più generale di armonizzazione. Sebbene il ragionamento non sia del tutto errato è però vero che la differenza di aliquote interne lascia aperto il problema delle interferenze tra le varie economie statali e quindi, ancora una volta, tale differenza è, almeno potenzialmente, in grado di minare il livello di armonizzazione generale. Evito, però, di addentrarmi ulteriormente su questo terreno perché esula dall'analisi tributaria che qui stiamo svolgendo.

Quanto sono venuto a dire fin qui riguarda gli sforzi fatti dalla Commissione a sostegno dell'armonizzazione ma vorrei che la dottrina qui autorevolmente rappresentata considerasse questi sforzi come stimolo per ulteriori riflessioni.

La Commissione è sempre aperta alle esigenze degli imprenditori e alle direzioni che intraprendono. È aperta alle esigenze degli Stati e al mondo accademico che può aiutare a fornire soluzioni attraverso la razionalizzazione delle idee in vista della creazione di un sistema più aderente alla realtà economica e più reattivo alle mutazioni del sistema economico.

Avevo promesso di affrontare, nella seconda parte della mia relazione, i progetti di modifica della Direttiva IVA ma ho purtroppo abbondantemente superato il tempo a mia disposizione, e me ne scuso.

Accenno solamente che le modifiche alla Direttiva IVA derivano dalla strategia di Lisbona in cui la strategia IVA si innesta. La strategia di Lisbona prevedeva un aumento della competitività del sistema europeo e minori oneri per le imprese; l'obiettivo della strategia IVA prevedeva in particolare modernizzazione, semplificazione, certezza di applicazione uniforme delle norme e incremento del livello di cooperazione amministrativa.

La strategia IVA attuale è stata emanata nel 2000 e poi rivisitata nel 2003; la prossima sarà probabilmente proposta nel 2008. Ad oggi, quindi la strategia in vigore è un po' datata quando invece dovrebbe essere rinnovata ogni tre o quattro anni. La mancata proposizione di una nuova strategia deriva dal fatto che gli obiettivi che ci si era proposti allora di raggiungere, attraverso gli strumenti legislativi, non sono ancora stati raggiunti. Se questo si concretizzi in un difetto della strategia, per aver inserito

dei contenuti troppo ambiziosi, o se invece dipenda dalla difficoltà di approvazione delle direttive e dei regolamenti è una riflessione che a mio parere dovrebbe essere affrontata non solamente sui tavoli europei.

Questo invito chiude la mia relazione la cui seconda parte lascerò tuttavia agli atti. Trattasi di un'appendice in cui potrete ritrovare un elenco ragionato delle proposte di modifica delle Direttive IVA, discusse e in discussione. Ogni proposta è corredata di una breve descrizione delle principali caratteristiche e riporta anche, laddove possibile, lo *status quo* del processo di approvazione.

Vi ringrazio per l'attenzione.

Appendice

Proposte di modifica delle Direttive IVA

Strategia IVA: proposte discusse

- Modifica dello statuto del comitato IVA [COM(1997) 325] *non approvata*
- Rafforzamento dell'assistenza reciproca in materia di recupero dei debiti [COM(1998) 364]
- Diritto a detrazione [COM(1998) 377] *non approvata*
- Determinazione del debitore d'imposta [COM(1998) 660]
- Servizi prestati per via elettronica [COM(2000) 349]
- Direttiva 2006/58/CE del 27 Giugno 2006 E-commerce
- Direttiva 2006/138/CE del 19 Dicembre 2006 E-commerce
- Determinazione dell'aliquota normale minima dell'IVA [COM(2000) 537]
- Fatturazione [COM(2000) 650]
- Cooperazione amministrativa nel settore dell'IVA [COM(2001) 294]
- Proroga della facoltà di autorizzare gli Stati membri ad applicare aliquote IVA ridotte per alcuni servizi a largo impiego di manodopera [COM(2002) 525] *prorogata*
- Luogo di fornitura del gas e dell'elettricità [COM(2002)688]
- Procedura di adozione di deroghe nonché attribuzione di competenze d'esecuzione [COM(2003) 335]
- Campo d'applicazione delle aliquote ridotte [COM(2003) 397] *discusso e in discussione*
- Disposizioni di applicazione della Sesta Direttiva [COM(2004) 641] Reg(CE) n.1777/2005 17 ottobre 2005
- Semplificazione della riscossione dell'IVA e contrasto alla frode [COM(2005) 89] Dir 2006/69/CE 24 luglio 2006
- Rifusione della Sesta Direttiva [COM(2004) 246]

Strategia IVA: proposte attualmente in discussione

- C.d. Pacchetto IVA
- Lotta alla Frode

Temi in sospensione

- Il regime speciale applicabile alle agenzie di viaggio [COM(2002) 64]
- I servizi postali [COM(2003) 234]

Strategia IVA: progetti di direttiva

- Aliquote ridotte
- Servizi Finanziari
- Vouchers (Carte prepagate)
- Meccanismo per l'eliminazione della doppia imposizione

The Tax Representative in Community law*

by Stefano Ducceschi**

Introduction

The mechanism of appointing a tax representative is still little known in the sector of small and medium enterprises, although its high potential for favouring trade relationships between Italian and foreign enterprises. In fact, the appointment of a tax representative in Italy enables foreign enterprises to acquire the full status of Italian traders for VAT purposes: they comply with VAT requirements (invoicing, registration, tax returns), thus being entitled to claim refunds without triggering the long refund procedure for non-residents.

Community law provisions

The provisions concerning non-resident persons liable to pay VAT and tax representatives are contained in Article 21 of the Sixth Directive¹, which originally provided: “When the taxable transaction is effected by a taxable person resident abroad Member States may adopt arrangements whereby tax is payable by someone other than the taxable person residing abroad. *Inter alia* a tax representative or other person for whom the taxable transaction is carried out may be designated as such other person”.

By Directive 2000/65/EC of 17 October 2000², the Council of the European Union – major legislative body of the European Community – substitutes the option for the obligation of appointing a tax representative, which was imposed on non-established persons wishing to carry out supply of goods and services in a country of the European Union other than that of residence.

Thus, in addition to the option of appointing a tax representative as granted by Member States, every Community trader can meet the tax obligations under the national system of the country where he made transactions for VAT purposes by way of identifying himself – the non-established person obtains the status of taxable person and can operate directly without the intervention of third parties –, or by way of the reverse charge procedure, under which the obligations of a non-established supplier of goods and services are imposed on the customer within his own country.

* This paper was presented at the VI Conference on International and Community Taxation “Spring in Naples” (VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria) held in Naples on 20 April 2007, “Lo stato di armonizzazione dell’IVA a trent’anni dall’emanazione della VI Direttiva (1977 – 2007)”. (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive). Translation by Claudia Calogero.

** Chartered Accountant, Accounting Auditor, President of the Commission on International Taxation of the Association of Chartered Accountants for the Tribunal in Naples.

¹ The Sixth Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 contains general provisions on VAT, which Member States’ legislations should conform with.

² On the basis of the European Commission’s proposal of 27 November 1998, Directive 2000/65/EC was adopted with a view to curbing the operational problems faced by small and medium enterprises in a wider market and with increasing prospects of development at international level.

Conversely, the appointment of a tax representative is required only when the trader is established in a non-EU Member country, which does not secure any tax or administrative assistance in the field of indirect taxation – similar to that provided under Community law – to the Member State where the supply of goods or services is made.

Let us continue to briefly examine Article 21 of the Sixth Directive, in its amended version. Paragraph 3 provides that Member States may provide that someone other than the person liable for payment of the tax shall be held jointly and severally liable for payment of the tax. Therefore, thanks to the appointment of a tax representative, the non-established taxpayer can comply with VAT requirements (invoicing, registration, tax returns), thus being entitled to claim refunds without triggering the long refund procedure for non-residents.

The tax representative in the recast of the Sixth Directive

Finally, I want to mention recent update: the Commission's proposal for a recast of the Sixth Directive was adopted by Directive 2006/112/EC of 28 November 2006, published in the Official Journal of the European Union L 347/78 of 11 December 2006. Directive 2006/112/EC entered into force in all Member States, including Bulgaria and Romania from 1 January 2007, and replaced the Sixth Directive with a view to presenting relevant provisions in a clear and rational manner. Article 204 concerning persons liable for the payment of VAT, in particular taxable persons who are not established in the country in which the VAT is due, shows that the amendments did not affect the corpus of the text examined, but enhanced its accessibility for users and beneficiaries.

The European Court of Justice's action

With reference to the concept of tax representative, on 15 June 2005 the Commission of the European Communities referred to the European Court of Justice – the jurisdictional control body of the Community, which implements the objectives of directives – for a preliminary ruling (case C-249/05). The Commission claimed that the Court should:

- declare that, by imposing an obligation to appoint a tax representative on taxable persons not established in the country who carry out taxable transactions in Finland and are established in another Member State or in the territory of a third country with which a convention has been concluded concerning mutual assistance, the Finnish Republic did not comply with Article 21(2) of the Sixth Directive;
- and order the Republic of Finland to pay the costs.

In fact, the European Commission pointed out that the mandatory obligation upon the non-established trader to appoint a tax representative in Finland is not in compliance with Community law, as it is contrary to Article 21(2) of the Sixth VAT Directive and in conflict with the principles of the free movement of goods and the freedom to provide services laid down in the EC Treaty.

By judgement of 15 June 2006 (OJ C-190/06 of 12 August 2006), the European Court of Justice, Second Chamber, upheld the action brought by the Commission against the Republic of Finland, as the Finnish provision did not comply with the requirements of the Sixth Directive and discriminated against non-established persons where it imposed other and unjustified obligations, although they were identified directly.

Some aspects of the Italian legislation on the tax representative

Let us examine now some aspects of the Italian legislation concerning the tax representative. Where the supply of goods and services is made in the territory of the State by, or intended for a non-established person, also through its permanent establishment, Article 17, second paragraph of Presidential Decree (D.P.R.) No. 633 of 26 October 1972, provides that a non-established person may not identify himself for VAT purposes and instead appoint a tax representative, who is held jointly and severally liable for payment of VAT and relevant requirements. By way of appointing a tax representative, which must be communicated to the other party before carrying out the supply concerned, a non-established person can comply with the obligations and exercise the rights relevant to input and output transactions carried out in the territory of the State – as distinct from those attributable to the permanent establishment –, such as registration, payment, refund and annual return. As regards the annual tax return, it is to be noted out that where a non-established person carries out transactions in the territory of the State through a tax representative or identified himself for VAT purposes, he must submit his annual return autonomously (namely, not by way of a unified tax return). Conversely, where a non-established person carried out transactions in the territory of the State through a permanent establishment or a tax representative (or identified himself for VAT purposes), that person has a double VAT status involving the obligation to submit two annual tax returns. The appointment of a tax representative is compulsory where a non-established person is not identified for VAT purposes in the State where he carries out supplies of goods or services to private users, or where it is required under specific rules on intra-Community trade.

Finally, a tax representative may be a natural or legal person resident in the territory of the State. Under Article 1, paragraph 4 of Presidential Decree (D.P.R.) No. 441 of 10 November 1997, a tax representative must be appointed by public deed, notarized private deed or annotated letter – before the carrying out of the first transaction – to be registered at the local revenue office, which is competent according to the fiscal domicile of the representative. A VAT registration number is attributed to the tax representative, which is of course different from that under which the represented non-established person carries on his business activity.

La normativa comunitaria in tema di Rappresentante Fiscale*

di Stefano Ducceschi**

Premessa

Il rappresentante fiscale è una figura ancora poco nota tra le piccole e medie imprese, nonostante la sua potenzialità di poter favorire i rapporti commerciali tra aziende italiane ed estere. La nomina di un rappresentante fiscale in Italia, infatti, consente alle imprese estere, ai soli fini IVA, di diventare operatori italiani a tutti gli effetti adempiendo agli obblighi dettati dalla legge IVA (fatturazione, registrazione, liquidazione e presentazione della dichiarazione), con la possibilità anche di esercitare il diritto a richiedere i rimborsi senza attivare la lunga procedura dei rimborsi ai non residenti.

Riferimenti normativi comunitari

Le disposizioni riguardanti il debitore d'imposta sul valore aggiunto non residente e la figura del rappresentante fiscale sono contenute nell'art. 21 della VI Direttiva comunitaria¹, che prescrive testualmente nella sua formulazione originaria: "Quando l'operazione imponibile è effettuata da un soggetto passivo residente all'estero gli Stati membri possono adottare disposizioni secondo cui l'imposta è dovuta da una persona diversa. A tale scopo possono in particolare essere designati un rappresentante fiscale o il destinatario dell'operazione imponibile".

Il Consiglio dell'Unione Europea, istituzione legislativa preminente della Comunità Europea, con la Direttiva 2000/65/CE del 17 ottobre 2000², ha sostituito nell'art. 21 l'obbligo, con la nomina facoltativa della figura di rappresentante fiscale, fino ad allora necessario per i soggetti non residenti che intendevano effettuare cessioni di beni e prestazioni di servizi in un paese dell'Unione Europea, diverso da quello di residenza.

L'operatore comunitario, dunque, per adempiere agli obblighi tributari previsti nel Paese in cui ha posto in essere operazioni rilevanti ai fini IVA, oltre a poter utilizzare

* Il presente articolo costituisce una versione integrale della relazione tenuta in occasione della VI Edizione del Meeting di Fiscalità Internazionale e Comunitaria "Spring in Naples", tenutosi il 20 aprile 2007 sul tema "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dalla emanazione della VI Direttiva (1977-2007)".

** Dottore Commercialista, Revisore Contabile, Presidente della Commissione di Fiscalità Internazionale dell'Ordine dei Dottori Commercialisti per la Circoscrizione del Tribunale di Napoli.

¹ La VI Direttiva comunitaria, numero 77/388/CEE del Consiglio del 17 maggio 1977, contiene i caratteri generali dell'IVA cui devono rapportarsi ed uniformarsi le singole legislazioni degli Stati membri.

² La Direttiva ha adottato con sostanziali modifiche la proposta della Commissione Europea risalente al 27 novembre 1998, nell'ottica di ridimensionare i problemi di operatività delle piccole e medie imprese in un mercato molto più ampio e con sempre maggiori prospettive di sviluppo sui mercati esteri.

la facoltà concessa dagli Stati membri di nominare un rappresentante fiscale, può alternativamente procedere mediante la figura giuridica della identificazione diretta, che consente al soggetto non residente di acquisire nel Paese in cui opera lo *status* di soggetto passivo e di poter operare direttamente senza l'intervento di terzi, oppure mediante il meccanismo del *reverse charge* o inversione contabile, in base al quale gli obblighi gravanti sul cedente/prestatore non residente sono addossati in capo ad un soggetto diverso, il cliente, soggetto passivo nel Paese.

L'obbligo di nomina del rappresentante fiscale rimane, invece, in vigore solo nel caso in cui l'operatore appartenga ad uno Stato extracomunitario che non garantisca una reciproca assistenza fiscale ed amministrativa in materia di imposte indirette, analoga a quella operante in ambito comunitario, allo Stato membro in cui la cessione o prestazione viene realizzata.

Proseguendo questa breve disamina dei punti salienti dell'art. 21 della VI Direttiva, nella sua formulazione modificata, gli Stati membri, come prescritto al suo paragrafo 3, possono stabilire che una persona diversa dal debitore dell'imposta sia responsabile in solido per il versamento dell'imposta e, pertanto, grazie alla figura giuridica del rappresentante fiscale, il contribuente non residente oltre ad adempiere agli obblighi tributari dettati dalla legge IVA (fatturazione, registrazione, liquidazione e presentazione della dichiarazione), può esercitare il diritto a richiedere direttamente ad esempio i rimborsi IVA, senza dover attivare quella procedura più complessa dei rimborsi d'imposta ai non residenti.

Il Rappresentante Fiscale alla luce della rielaborazione della VI Direttiva

Tra gli ultimi aggiornamenti segnalo, infine, che è stata recepita la proposta della Commissione sulla rielaborazione della VI Direttiva, con la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea dell'11/12/2006, n. L 347/78, della Direttiva 28 novembre 2006 n. 2006/112/CE. Dal 1° gennaio 2007, data di entrata in vigore in tutti i Paesi membri, compresa la Bulgaria e Romania, la Direttiva n. 2006/112/CE sostituisce, infatti, la Sesta Direttiva con l'obiettivo di codificarne il testo in modo più chiaro e razionale. Lo stesso articolo 204 riguardante i debitori dell'imposta verso l'Erario, con particolare attenzione al soggetto passivo non stabilito nello Stato membro in cui è dovuta l'IVA, evidenzia che le modifiche introdotte non hanno influito sul *corpus* del documento, oggetto della breve disamina sin qui effettuata, ma ne hanno migliorato il carattere di fruibilità per gli utilizzatori e per gli stessi destinatari.

L'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità Europee

Con riferimento alla figura del rappresentante fiscale, anche la Corte di Giustizia delle Comunità Europee, istituzione deputata al controllo giurisdizionale comunitario, che con i suoi interventi consente di rendere sempre più concrete le finalità delle Direttive stesse, è stata chiamata recentemente a pronunciarsi sul ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee il 15 giugno 2005 (Cau-

sa C-249/05), contro la Repubblica di Finlandia. La Commissione ha espressamente chiesto ai giudici:

- di voler dichiarare la violazione da parte della Repubblica di Finlandia del disposto ai sensi dell'art. 21 paragrafo 2 della VI direttiva, nel momento in cui ha imposto l'obbligo di designare un rappresentante fiscale, ai soggetti passivi non residenti nel paese, i quali svolgono in Finlandia attività commerciali imponibili che sono residenti in un altro Stato membro o sul territorio di un Paese terzo con cui si è concluso un accordo in materia di assistenza reciproca;

- nonché di voler condannare alle spese la Repubblica di Finlandia.

La Commissione Europea ha, infatti, evidenziato che l'obbligo imposto dalla normativa finlandese all'operatore economico non residente, che intenda registrarsi nello Stato quale debitore di imposta, di nominare un proprio rappresentante fiscale in Finlandia, non è conforme al diritto comunitario, in quanto in contrasto con l'articolo 21 paragrafo 2 della VI Direttiva sull'IVA, nonché con i principi della libera circolazione delle merci e della libera prestazione di servizi sanciti dal Trattato istitutivo.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Seconda Sezione, con la sentenza del 15 giugno 2006 pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. C-190/6 del 12 agosto 2006, ha accolto *in toto* il ricorso proposto dalla Commissione contro la Repubblica di Finlandia, sia per il mancato adempimento degli obblighi sanciti dall'applicazione della VI Direttiva, sia per il carattere discriminatorio della disciplina finlandese verso i soggetti non residenti rispetto ai contribuenti nazionali, nel momento in cui, anche in presenza di una loro identificazione diretta, li carica di ulteriori ed ingiustificati adempimenti.

Cenni sulla disciplina italiana in tema di Rappresentante fiscale

Verifichiamo, a questo punto, brevemente alcuni aspetti di quanto previsto dalla disciplina italiana, in tema di rappresentante fiscale. Quando le operazioni sono effettuate nel territorio dello Stato da o nei confronti di soggetti non residenti, ovvero anche in presenza di una stabile organizzazione dello stesso soggetto non residente operante nel territorio dello Stato, è prevista, ai sensi dell'art.17, secondo comma del D.P.R. n.633 del 26 ottobre 1972, in alternativa alla identificazione diretta, la nomina di un rappresentante fiscale, il quale risponde in solido con il rappresentato degli obblighi derivanti dall'applicazione delle norme in materia di IVA. Tramite il rappresentante fiscale, la cui nomina deve essere comunicata all'altro contraente prima dell'effettuazione dell'operazione, vengono assolti gli obblighi ed esercitati i diritti afferenti le varie operazioni attive e passive effettuate nel territorio dello Stato dal soggetto non residente, distintamente da quelle imputabili alla stabile organizzazione, quali la fatturazione, la registrazione, la liquidazione, il rimborso e la dichiarazione annuale. In merito proprio all'adempimento che consiste nella presentazione della dichiarazione annuale IVA, vale la pena brevemente precisare che la dichiarazione relativa al soggetto estero non residente, che abbia operato nel territorio dello Stato, mediante rappresentante fiscale o identificazione diretta andrà trasmessa in via autonoma (cioè in forma non unificata); nell'ipotesi, invece, in cui abbia operato nel territorio dello Stato sia mediante stabile organizzazione, che mediante rappresen-

te fiscale (o identificazione diretta), il soggetto non residente assumerà una duplice posizione IVA da cui deriverà l'obbligo di presentare due dichiarazioni annuali per esporre distintamente le operazioni imputabili a ciascuna di esse. La nomina di un rappresentante fiscale è, invece, obbligatoria qualora il soggetto non residente, che non si sia identificato direttamente, ponga in essere nel territorio dello Stato, cessioni di beni o prestazioni di servizi nei confronti di soggetti che agiscono in qualità di privati consumatori, ovvero quando lo impongano specifiche esigenze della disciplina sugli scambi intracomunitari.

Per concludere con alcuni aspetti procedurali, la figura del rappresentante fiscale può essere una persona fisica o una persona giuridica residente nel territorio dello Stato, ma, come prescritto dall'art.1, comma 4, del D.P.R. 10 novembre 1997, n. 441, la nomina deve risultare da atto pubblico, da scrittura privata registrata o da lettera annotata, in data anteriore alla prima operazione, in apposito registro presso l'Ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate, competente in relazione al domicilio fiscale del rappresentante stesso; al rappresentante fiscale viene, infine, attribuito un numero di partita IVA, per tale sua qualità di rappresentante di soggetto non residente, distinto naturalmente da quello attribuito per lo svolgimento della propria attività.

VAT and E-commerce*

Giancarlo Cervino**

During an interview in 2000, as regards the development of Internet, Renato Soru, the then sole director of Tiscali, prophetically said: "I believe that Internet and e-commerce will shortly revolutionize traditional distribution systems and I believe that all this will happen in ways and times that are hard to imagine No forecasts can be made on Internet.. by anybody ...".

Actually, shortly afterwards, the collapse of new economy stocks neither stopped nor even affected the rocketing development of E-commerce and Internet services supplied by governmental and private providers. To cite but one example, according to the IFPI, representing the recording industry worldwide, the sale of digital music via Internet tripled in 2005.

The question was how to tax this new kind of commerce that did not rely on traditional channels. In fact, typical of this exchange of information and products was that the seller or provider were not requested to be physically present in the same territory where the purchaser or recipient were resident and that the product could be delivered virtually, that is without physically sending, by mail or other means, a product container (in paper or other material).

Distance E-commerce of "virtual products", that is totally dematerialized, such as software, music, books, may take two forms:

- a) B2B (business-to-business), when it runs between business entities, or
- b) B2C (business-to-consumer), when it runs from a business entity directly to the final consumer.

The increasing international trade via E-commerce, mainly of direct kind, has led supra-national and national lawmakers to re-think of tax systems in order to adjust them to the new reality and avoid the erosion of revenues. The issue concerns direct (which I will not deal with today) and indirect taxation, specifically the VAT in the EU.

The ECOFIN Council of 25 November 2006 agreed on renewal of Directive 2002/38/EC of 7 May 2003 until 31 December 2006. The Directive provided for a temporary system (until 30 June 2006) of taxation on radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services. It served the purpose of filling the gap in the Sixth Directive concerning this kind of trade.

The previous provision was devised for "traditional" commerce implying a physical movement of goods; also the rules on intra-Community commerce preceding the development of E-commerce provided that VAT applied to intra-Community supplies of services, but not to extra-Community supplies.

This rule penalized EU providers of virtual products and Internet services in respect of extra-Community competitors, which could sell their products to EU private

* This paper was presented at the VI Conference on International and Community Taxation (VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria) held in Napoli on 20 April 2007, "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva" (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive).

** Translation by Claudia Calogero.

individuals (not liable to VAT) free of any indirect taxation. In the preamble, Directive 2002/38/EC acknowledged that the rules applicable to VAT on radio and television broadcasting services and certain electronically supplied services, under Article 9 of the Sixth VAT Directive, were inadequate for taxing such services and for preventing distortions of competition in this area, and also altered the proper functioning of the internal market. The Directive proposed the following treatment for website supplies of music, software and other virtual products, as well as radio and television broadcasting services as from 1 July 2003:

- the place of taxation should be the place where the consumer is resident or established;
- the applicable rate should be the standard rate in force in the State of consumption, regardless of the kind of services provided and of the State of identification;
- the recipient of the supply should issue a self-billed invoice in case of B2B transactions;
- VAT should be charged to the supplier in the State of consumption in case of B2C transactions;
- non-established taxable persons supplying services to private consumers (B2C) should identify themselves in a EU Member State by way of an electronic statement of commencement of activity and the State of identification should allocate a VAT identification number to them.

This special “simplified” procedure for applying a single VAT identification number has been worked out to prevent the World Trade Organization from accusing the EU of violating arrangements in respect of non-EU traders: actually, they would have suffered greater damage, if they had to apply for a VAT identification number in each EU Member State where they wanted to operate.

Even if the system could appear simple at first sight, it actually burdened non-EU traders with additional expenses for verifying the tax status (VAT taxable persons or private users) and the tax residence of final customers. Actually, these verifications could not be avoided, as the tax administration of a Member State could have re-characterized relevant supplies and consequently apply penalties in case of non-compliance.

Without considering that at that time and still today, in the 27 Member States of the European Union, VAT rates range from 13% in Madera to 25% in Sweden, and that – above all for low-cost products – non-EU suppliers would be forced to adjust the prices according to the different rates applied in each Member State.

Then, a Swedish or Italian trader could be tempted to purchase the same product on a Portuguese or Luxembourgish website owned by the same supplier at a lower price, of course, by providing false identification data, which the non-EU supplier should verify. This may not be practicable to do, as suggested by the famous cartoon of two dogs using the Internet where one dog types to the other “On the Internet nobody knows you are a dog”.

Another disadvantage was that this “special scheme” does not allow a direct VAT refund on purchases made by the supplier: it is necessary to claim separately for a refund under the procedure as laid down in the Thirteenth VAT Directive.

In the commentary to the proposal for extending Directive 2002/38/EC presented by the European Commission to the Council on 15 May 2006, the Commission points

out that the Directive worked in a successful manner and achieved its objective, even if it recognizes that the extent of this success cannot be found in published statistics on VAT receipts relevant to electronically supplied services. In fact, in addition to the VAT collected and paid out by non-EU operators that are registered in the special scheme, it is not possible to evaluate the increase in VAT receipts stemming from all non-EU operators that opted for an invoicing centre within the EU, in order to avoid the difficulties of the scheme, and from EU traders that opted not to move outside the EU to carry out E-commerce.

What actually happened?

Simple in theory but difficult in practice, Directive 2002/38/EC has led most important non-EU E-commerce “portals” (mainly resident in the USA) to setting up branches or permanent establishments in EU countries for VAT purposes, which benefit from “standard” intra-Community VAT system, in addition to direct refund of input VAT.

Of course, the attention focused on countries with low VAT rates to exploit tax arbitrages, streamlined and rapid procedures and administrative formalities and, the cherry on the cake, a competitive direct taxation system applicable to branches or permanent establishments, as well as double taxation conventions enabling to repatriate proceeds from the supplies without any further tax burden. In practice, they have managed to create within the EU a formally fair tax competition with other EU operators.

The two favourite Member States are the Grand Duchy of Luxembourg, where the main VAT rates are amongst the lowest in the EU (respectively at 12% and 15%) and tax arrangements may be negotiated on direct taxation (America On Line established its operational centre here), and the Autonomous Region of Madeira, where a 13% rate and a preferential regime has mainly attracted the smallest operators.

In fact, where relevant authorization was obtained before 31.12.2000, enterprises that are established in the International Service Centre (ISC) and carry out financial and commercial activities not involving a physical movement of goods can benefit from a total exemption from income taxation for all activities carried out within the free zone or with Portuguese residents until 31.12.2011. Then after 31.12.2011 the following will apply:

- a 1% rate for enterprises established between 1.1.2001 and 31.12.2002,
- a 2% rate for enterprises established between 1.1.2003 and 31.12.2004,
- a 3% rate for enterprises established between 1.1.2005 and 31.12.2006.

To conclude, Directive 2002/38/EC has not been implemented and big operators (increasingly concentrated on multinationals) opted for investments and direct presence within the territory of the Union, even if physically and technically modest, given that local servers may operate at a distance with centralized servers outside the EU.

Small operators have increasingly been tempted to infringe the rules and have sold directly without complying with new obligations, even through countries and territories for which controls or sanctions are hard to apply. The high risk is that final (aware or unaware) consumers may suffer one day direct or indirect consequences of their purchases, both in quality and in taxation.

IVA e commercio elettronico*

Giancarlo Cervino

Nel corso di un'intervista rilasciata nel 2000, Renato Soru, all'epoca amministratore unico di Tiscali, a proposito dello sviluppo di internet, profeticamente dichiarava: "Credo che internet, con il commercio elettronico, porterà presto ad una rivoluzione dei tradizionali sistemi di distribuzione e penso che tutto questo accadrà con scenari e ad una velocità difficili da immaginare Su internet non è il caso di fare previsioni, da parte di nessuno...".

Il crollo in Borsa delle società della new economy, che sarebbe intervenuto da lì a poco non ha, in realtà, non solo arrestato ma neanche minimamente intaccato il vertiginoso processo di crescita del fenomeno del commercio elettronico e dell'erogazione di servizi via internet sia da parte di operatori istituzionali che privati. Solo per citare un esempio, l'IFPI, l'organizzazione commerciale globale dell'industria musicale ha recentemente stimato che le vendite di musica digitale distribuita via internet sono triplicate nel corso del 2005.

Si poneva quindi il problema dell'imposizione fiscale, sia diretta che indiretta, di questa nuova forma di commercio che non seguiva le regole tradizionali. Infatti, caratteristica peculiare di questa forma di interscambio di informazioni e prodotti è, da un lato, la non richiesta presenza fisica del venditore o dell'erogatore sul territorio in cui si trova l'acquirente o il fruitore e, dall'altro, la possibilità di recapitare virtualmente il prodotto. In breve, senza bisogno di inviare, per posta o altri mezzi simili, un supporto fisico (cartaceo o di altra natura) contenente il prodotto acquistato.

Questa forma di commercio elettronico diretto a distanza di "prodotti virtuali", cioè totalmente dematerializzati quali appunto programmi per elaboratori elettronici, brani musicali, ma anche interi libri, può essere di due tipologie:

- a) B2B (acronimo per Business to Business) cioè da un operatore commerciale organizzato in forma imprenditoriale ad un suo pari, oppure,
- b) B2C (Business to Consumer) cioè direttamente all'utilizzatore finale.

L'aumento degli scambi internazionali di commercio elettronico, soprattutto diretto, hanno portato gli organismi sopranazionali ed i singoli legislatori nazionali a ripensare i propri sistemi fiscali al fine di adattarli a questa nuova realtà per evitare l'erosione di importanti masse di gettito erariale. La problematica riguarda sia il versante delle imposte dirette (che non tratterò oggi), come quello delle imposte indirette ed in special modo nella UE dell'Imposta sul Valore Aggiunto.

Il Consiglio ECOFIN del 25 novembre 2006, ha deliberato l'estensione fino al 31 dicembre 2008 della validità della Direttiva 2002/38/CE del 7.5.2003, che doveva modificare temporaneamente (fino al 30.6.2006) il regime di imposta sul valore aggiunto applicabile ai servizi di radiodiffusione e di televisione e a determinati servizi

* Testo della relazione svolta al VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria organizzato a Napoli il 20 aprile 2007, "Lo stato di armonizzazione dell' IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva".

prestati tramite mezzi elettronici. Questa Direttiva doveva colmare il vuoto normativo presente nella Sesta Direttiva che all'epoca della sua redazione non poteva prevedere una simile forma di commercio.

La norma precedente era pensata per un commercio di tipo "tradizionale" che implicava un passaggio fisico di beni, ed anche la normativa intracomunitaria precedente allo sviluppo del commercio elettronico, prevedeva che le forniture di servizi all'interno della CEE fossero soggette ad IVA, mentre quelle con Paesi extracomunitari non lo fossero.

Questa regola creava per i fornitori di prodotti virtuali e di servizi via internet residenti fiscalmente nella UE, una penalizzazione nei confronti dei concorrenti extracomunitari che potevano invece vendere liberamente a privati residenti UE (non soggetti IVA) senza alcun prelievo fiscale indiretto.

Nel preambolo della Direttiva 2002/38/CE, il legislatore europeo riconosceva l'inadeguatezza della tassazione della totalità dei servizi di radiodiffusione e di televisione, come pure i servizi prestati tramite mezzi elettronici ai sensi dell'art. 9 della VI Direttiva IVA, che provocavano delle distorsioni della concorrenza nel settore ed alteravano il corretto funzionamento del mercato interno, e proponeva che, dal 1.7.2003, per le cessioni via internet di brani musicali, software ed altri prodotti virtuali illustrati, nonché per i servizi di diffusione radio-televisiva, il trattamento fosse il seguente:

- il luogo di applicazione dell'imposta sul valore aggiunto sarebbe stato quello di residenza o stabilimento del fruitore del servizio;
- l'aliquota applicabile sarebbe stata quella ordinaria in vigore nello Stato UE di consumo, a prescindere dal tipo di servizio reso e dallo stato di identificazione;
- per la vendita fra soggetti passivi IVA (B2B) si sarebbe applicata l'autofattura da parte del committente;
- per la vendita al consumatore finale privato (B2C) la tassazione IVA sarebbe scattata in capo al cedente nello Stato di consumo;
- gli operatori extracomunitari che prestano servizi elettronici a privati consumatori (B2C) avrebbero dovuto identificarsi presso uno Stato membro della UE, mediante presentazione in via elettronica a tale Stato di una dichiarazione di inizio attività e lo Stato di identificazione avrebbe attribuito all'impresa un numero individuale identificativo IVA.

Questa procedura speciale "semplificata" di richiesta di una singola partita IVA è stata prevista per evitare un'accusa in seno all'Organizzazione Mondiale del Commercio di violazione degli accordi nei confronti degli operatori extracomunitari che sarebbero stati ancor più danneggiati se avessero dovuto richiedere un diverso numero di partita IVA per ogni singolo Stato membro UE in cui avessero voluto operare.

Anche se il sistema poteva a prima vista sembrare di semplice attuazione, in realtà, il problema pratico per i fornitori extracomunitari di verificare lo status fiscale (soggetti IVA o privati), come pure l'effettiva residenza sempre ai fini impostivi dei clienti finali, avrebbe imposto dei costi aggiuntivi di controllo a cui non si sarebbero potuti sottrarre a causa del rischio che una verifica fiscale da parte dell'autorità fiscale di un singolo Stato membro avrebbe potuto provocare delle riqualizzazioni delle cessioni e quindi delle multe o sanzioni.

Senza contare che, all'epoca ed ancora oggi, nei 27 Paesi membri dell'Unione sono in vigore delle aliquote diverse IVA che vanno dal 13% di Madera al 25% della Svezia e che, soprattutto per i prodotti a basso costo, il fornitore extracomunitario sarebbe stato costretto a dover adattare il prezzo dei prodotti venduti a seconda dell'aliquota presente nei singoli Paesi.

Altrimenti, uno svedese o un italiano potrebbero essere tentati di acquistare lo stesso prodotto sul sito portoghese o lussemburghese dello stesso fornitore ad un prezzo inferiore, naturalmente fornendo delle false generalità, la cui verifica sarebbe a carico dell'erogatore extracomunitario. Compito tutt'altro che facile, come pure suggerisce la famosa barzelletta su internet, in cui due cani sono davanti ad un computer e navigano tranquilli tanto "nessuno saprà mai che sono dei cani".

Altro svantaggio era dato dal fatto che questo "schema speciale" non consente un rimborso diretto dell'IVA sugli eventuali acquisti da parte del fornitore, ma per ottenerlo deve essere introdotta una domanda separata di rimborso seguendo la procedura prevista dalla XIII Direttiva IVA.

Nel commentario alla proposta di proroga presentata dalla Commissione al Consiglio il 15 maggio 2006, si precisa che la Direttiva 2002/38/CE, ha operato in maniera soddisfacente ed ha raggiunto il suo obiettivo, anche se la stessa Commissione riconosce che la misura di tale successo non è rilevabile dalle statistiche ufficiali sul gettito IVA relative a questi specifici servizi anche perché in aggiunta all'imposta raccolta e versata dagli operatori extra UE registrati con lo schema speciale, non è possibile stimare l'aumento del gettito proveniente da tutti quegli operatori extra UE che per evitare le possibili difficoltà di questo schema hanno deciso di creare un centro di fatturazione all'interno della UE e di quelli UE che hanno soprasseduto all'idea di spostarsi all'esterno della UE per le operazioni di commercio elettronico.

Cosa è quindi successo in realtà?

Di fronte alla semplicità teorica di applicazione della Direttiva 2002/38/CE, ma alle notevoli difficoltà pratiche, si è sviluppata la tendenza presso i più importanti "portali" di commercio elettronico residenti al di fuori della UE (prevalentemente statunitensi) di creare filiali o stabili organizzazioni che siano soggetti IVA residenti in Paesi della UE e che beneficino del regime impositivo "normale" intra UE oltre alla possibilità dei rimborsi diretti dell'IVA sugli acquisti.

L'attenzione si è naturalmente concentrata verso quei Paesi che hanno sia l'aliquota IVA più bassa, per sfruttare eventuali arbitraggi fiscali, sia procedure e formalità amministrative più snelle e rapide e, ciliegina sulla torta, un regime di imposizione diretta sulle stesse filiali o stabili organizzazioni competitivo e delle convenzioni contro la doppia imposizione che permettano di rimpatriare i proventi nei Paesi d'origine dei fornitori, senza ulteriori carichi fiscali. In pratica, una concorrenza fiscale perpetrata dall'interno della UE agli altri operatori comunitari formalmente su un piano di eguaglianza.

I due principali Stati membri che sono stati preferiti dagli operatori sono il Granducato del Lussemburgo, dove le aliquote IVA principali sono fra le più basse (essendo rispettivamente al 12% ed al 15%) ed esiste la possibilità di negoziare degli accordi

fiscali con l'amministrazione fiscale circa l'imposizione diretta (America On Line, vi stabilì il centro operativo nella UE), e la Regione Autonoma di Madera dove la combinazione dell'aliquota del 13% insieme con il regime fiscale favorevole, ha attirato soprattutto gli operatori più piccoli.

Infatti, ricordiamo, che le società stabilite nel Centro Servizi Internazionali (CSI) con attività finanziarie e commerciali che non richiedono movimento fisico di merci, se hanno ottenuto la licenza prima del 31.12.2000, possono beneficiare di una totale esenzione dell'imposta sul reddito da tutte le attività effettuate all'interno della Zona Franca oppure con non residenti in Portogallo, fino al 31.12.2011. Altrimenti si applica, sempre fino al 31.12.2011, un'aliquota del:

- 1% per le società costituite fra 1.1.2001 ed il 31.12.2002,
- 2% per le società costituite fra 1.1.2003 ed il 31.12.2004,
- 3% per le società costituite fra 1.1.2005 ed il 31.12.2006.

In conclusione il regime previsto dalla Direttiva 2002/38/CE è stato in pratica disatteso ed i grandi operatori del mercato (sempre più concentrati in grandi colossi multinazionali) hanno preferito la via summenzionata dell'investimento e della presenza diretta nel territorio dell'Unione, anche se fisicamente e tecnicamente modesta vista la possibilità di operare a distanza dei server locali con quelli centralizzati basati all'esterno della UE.

I piccoli operatori sono stati sempre più tentati di infrangere la normativa continuando a vendere direttamente senza ottemperare ai nuovi obblighi, magari a partire da Paesi e territori difficilmente controllabili o sanzionabili, con un altissimo rischio che il consumatore finale che, consapevolmente o inconsapevolmente, facendo degli acquisti, potrà un giorno subirne le conseguenze dirette o indirette, sia in termini di qualità dei prodotti che di carattere fiscale.

The interpretation of the Sixth VAT Directive and the state-of-the-art harmonization of intra-Community VAT*

Fabrizio Amatucci

The Sixth VAT Directive was introduced on 17 May 1977 and served the prime purpose of further harmonizing VAT legislations in Member States – which were governed by the First and Second Directive – with a view to equally distributing the VAT burden as own resource across EU Member States.

To achieve this goal, it was necessary to work out some legal concepts and categories and fundamentals of the European VAT, such as territoriality, exemptions and the status of taxable person.

Notwithstanding these improvements on the structural elements of the tax, thirty years after the Sixth Directive entered into force, the European Court of Justice's interpretation still plays a crucial role. This can be inferred from a number of judgments, which set up an autonomous VAT system, thus guaranteeing the uniform application of Community law in Member countries. The common system of VAT in the Sixth Directive has led to a greater certainty and to a lower limitation of national tax sovereignty, if compared to the negative integration that the European Court of Justice is carrying on indirect taxation, which actually has an overarching effect where the economic and commercial interests of non-residents are involved, although it has no direct effects on the structure of taxation.

The Sixth Directive has been amended 24 times, ultimately by Directive 2006/112/EC of 28 November 2006, which has arranged the rules of the common system of VAT in a consolidated text, by reviewing, rationalizing and coordinating all the amendments made over the years. The Sixth Directive enabled to reach a sufficient level of harmonization of Community VAT¹, along with the many Commission's decisions granting derogations. All amendments and derogations to the Sixth Directive aimed at harmonizing the common system of VAT through the approximation of rates, as well as through the improvement and simplification of formal compliance by taxable persons, while combating tax fraud and avoidance. Moreover, they aim at establishing special or preferential regimes or tax measures

* This paper contains the conclusions of the Conference of International and Community taxation “*Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della sesta direttiva*” (The state-of-the-art harmonization of VAT thirty years after the Sixth Directive), held on 20 April 2007, and organized by the Second University of Naples and by the Professional Association of Chartered Accountants of Nola and Naples.

Translation by Claudia Calogero.

¹ Directive 112/2006/EC is a systematic restyling of previous provisions. However, the actual value added to the Sixth Directive is to be found first in a re-wording of the provisions in line with simplification and consistency of the text with the service paradigm. Moreover, the arrangement of the text in titles, chapters, sections and subsections enables a better understanding of the matter.

The Italian Financial Law for the year 2007 (Law No 296/2006, Article 1, paragraph 325) has transposed – in a prompt and timing manner –, the new provisions concerning the territorial scope of services supplied by intermediaries for VAT purposes, as contained in Directive 112/2006/EC.

necessary to guarantee some differences among different VAT systems in the Member States of the European Union².

Moreover, the Sixth Directive enabled to qualify VAT as a Community tax by way of provisions having direct effect³. Actually, Article 33 affirms that the matter falls within the exclusive competence of the EU on the exclusive basis of Community principles, in that it prohibits double taxation by way of taxes having the same features and the same nature of VAT. Differently from other taxes, the interpretation of VAT should start from its legal basis, namely Article 93 of the Treaty, while taking into consideration that the rationale of all secondary Community provisions is the approximation or harmonization of legislations on turnover taxes and other national indirect taxes to the extent it is necessary to the functioning of the internal market.

The European Court of Justice's interpretation of the Sixth Directive is on an inverse proportion to the level of VAT harmonization in the Community. The more a legal category or a VAT principle is harmonized by way of a correct transposition of Community law by EU Member countries, the less the European Court of Justice will be consulted for relevant interpretation. The Court will be consulted more where national legislations do not conform with the principles of Community law underlying the Directive or where the definition of some concepts or categories contained in the Sixth Directive is intentionally broad or vague (commercial activity, exemptions and rates). Although the interpretation of the Court is fundamental in order to guide Member States⁴ and fill the gap of specific reference provisions, it cannot replace the lawmaker's activity.

² Under Article 27 of the Sixth Directive, the Council, acting on a proposal from the Commission, may authorize any Member State to introduce special measures for derogation from the provisions of this Directive, in order to simplify the procedure for charging the tax or to prevent tax evasion. Considering that this opportunity has been used very often (currently there are **more than 150 derogations**), Directive 2004/07/EC abolished the procedure of silent approval for derogations, and established that the EU Council must adopt a decision to authorize any derogation.

As observed by Michieletto in his presentation "VAT harmonization in Europe and new proposals for amendments to Directive 112/06/EC", harmonization must guarantee a consistency of differences within a shared framework of objectives, where the same outcome is achieved through different ways. The majority of scholars exclude that harmonization may lead to a perfect equality among tax systems, harmonization does not mean being identical, but consistency of different systems with each other and elimination of those differences that may hinder the achievement of Community objectives (see SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nelle Comunità europee*, in Enc giur. Roma, 1988, 1, RUSSO – CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Rass. Trib.*, 1990. 641).

³ COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale* Padova, 2000, 183- 185, points out that the direct effects of some provisions contained in VAT directives play a significant role in the relationship between Community law and national tax legislations. He also observes that the European Court of Justice recognizes that Member States have discretionary powers when implementing some VAT provisions. Moreover, he foresees that there will be an increase of the Court of Justice's interventions to give direct effects to the provisions contained in VAT directives.

⁴ BORJA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005, 102 observes that in the last 25 years the European Court of Justice judgements given on VAT significantly amount to 42 % of all decisions and this shows the importance gained by this tax within the Community system. VANISTENDAEL, *Le nuovi fonti del diritto ed il ruolo dei principi comuni nel diritto tributario* in *Per una costituzione fiscale europea*, edited by Di Pietro, Padova, 2008, 96, considers that the European Court of Justice showed to be absolutely able to interpret regulations and directives on VAT, like a traditional continental court. The only difference is that the European Court was less inclined to the literal interpretation and favoured a teleologic interpretation, which is more in line with the scope of the provision. In the field of value added tax, substantial questions are referred to the Court: the qualification of taxable persons, the right to deduct, procedure and rates.

There are still major difficulties in interpreting fundamental concepts of the Sixth Directive, such as the concept of economic or commercial activity, which is the basis for identifying taxable persons for the purposes of VAT. Article 4 of the Sixth Directive (now Article 9(1) of Directive 2006/112/EC) says that *taxable persons shall mean any person who independently carries out any economic activity*. It does not refer to the purposes or results⁵, but to the nature of that activity and includes *activities involving the exploitation of tangible or intangible property for the purpose of obtaining income therefrom on a continuing basis* (Article 4(2))⁶. As observed previously (see Professor Comelli's presentation), in order to identify whether an economic activity confers the status of taxable person for VAT purposes, there is no reference to the legal form chosen by the taxpayers (actually, it makes no difference if they are individuals or companies). Moreover, the European Court of Justice has held that the acts preparatory to commencing a business activity must themselves be treated as constituting a business activity. This means better guarantees for the principle of neutrality of VAT, whose scope of application depends on the type of activity actually performed⁷, more than on the legal form and the purpose of the activity.

This very broad concept favours an objective factor (which underlies some legal systems, such as in Germany and France) with a view to a broader consideration of the status of taxable persons. It could seem to be overarching and to result in extending the scope of VAT. Instead, it makes the value added tax more neutral and significantly simplifies the procedure for identifying the status of taxable person for VAT purposes. Actually, some national provisions concerning the definition of commercial activity, such as the Italian provisions as laid down in Article 4 of Presidential Decree 633/72, are too complicated, in that they refer to civil law. In addition to habitual activity, sometimes they provide that the activity should be organized as an enterprise, or contain irrefutable presumptions (for example, activities engaged by partnerships and corporations are to be regarded as economic activities for VAT purposes). This excessive discretion may lead to doubts about the correct implementation of the Directive within the national system.

It is to point out that the Italian case law is instead more consistent with Community guidelines. In order to identify an economic activity for VAT purposes, our courts overcame formal limitations, in that they held that an activity shall be regarded as exclusively or mainly economic not on the basis of the name and formal status, but in

⁵ On the point, see judgement of 26 March 1987, case C-235/85, *Commission versus Netherlands*, ECR I-1471, paragraph 8, as well as, in particular, judgements 14 February 1985, case C-268/83, *Rompelman*, ECR I-655, paragraph 19, and 27 November 2003, case C-497/01, *Zita Modes*, ECR I-14393, paragraph 3.

⁶ The concept of «economic activities» as laid down in Article 4(2) of the Sixth Directive include «all» activities of producers, traders and persons supplying services. According to case law, it comprises all stages of production, distribution or the provision of services (see, in particular, judgements of 4 December 1990, case C-186/89, *Van Tiem* [1990] ECR I-4363, paragraph 7, and *MGK-Kraftfahrzeuge-Factoring*, cit., paragraph 42).

⁷ In judgement of 20 June 1991, *Polysar*, case C-60/90, the European Court of Justice held that that the mere acquisition and holding of shares in a company is not to be regarded as an economic activity, unless there is an involvement in the management of the company in which the holding has been acquired. Moreover, in judgement of 21 October, case C-8/03 *Banque Bruxelles Lambert*, the Court pointed out that the activity, which consists in drawing revenue on a continuing basis from activities which go beyond the compass of the simple acquisition and sale of securities, confers the status of taxable person for VAT purposes. Finally, see judgement of 26 June 2003, case C-305/01 *MKG-Kraftfahrzeuge-Factory GmbH*, where a factoring company purchases debts and assumes the risk of the debtors' default.

line with the substantial interpretation of relevant articles of association, taking into account the actual nature of the activity and how it is carried out⁸. An activity shall be regarded as economic for VAT purposes where it is *actually* carried out to achieve relevant planned purposes (see, Italian Supreme Court, Judgements No. 5555/2000, 10919/1992).

However, there are particularly complicated situations that are not regulated by our legislations, such as where the taxable person is a national, regional or local body governed by public law engaging in an economic activity. In respect of bodies governed by public law, including local bodies, the European Court of Justice ruled that when they engage in these activities acting as public authorities, relevant activity is not economic for VAT purposes. From some judgements⁹ it infers that it is necessary to analyze “all the conditions”, in order to determine whether the activity engaged in by the body is not to be regarded as economic for VAT purposes, as the body acted as a public authority.

Member States’ legislations on VAT are however inconsistent and disharmonized in respect of the activities engaged in by bodies governed by public law. While in some legal systems (France, Spain¹⁰ and United Kingdom), relevant provisions are more specific and detailed, other systems (Germany) refer to the general principles of taxation, which are valid also for direct taxes.

Moreover, Community law gives a broad scope to the concepts of deduction and the passing on of VAT, which are strictly connected to the concept of taxable person for VAT purposes. The common system of VAT is actually based on the deduction mechanism, which realizes the “neutrality” of the tax at each stage preceding the final use¹¹.

Article 17(2) of the Sixth Directive (now, Article 168 of Directive 112/2006/EC) sets out “in express and specific terms” that the taxable person is entitled to deduct the value added tax due or paid in respect of goods and services supplied or to be supplied to him, in so far as the goods and services are used for the purposes of his taxable transactions.

It is settled case law that, in principle, the right of deduction provided for in Article 17 et seq. of the Sixth Directive may not be limited and must be exercised immediately, in compliance with relevant requirements¹². When one considers that

⁸ Italian Supreme Court (Cassazione), Judgements No. 10409 of 4 October 1991, No. 5839 of 16 May 1992, No. 7061 of 28 July 1994.

⁹ See cases C-231/87, C-129/88 and C-446-98 of 14 December 2000. In the last judgement, in order to distinguish between public law activities and private law activities, the European Court of Justice refers to the fact that the entity concerned acted as a public authority, whose powers involve some limits on the use of public goods and the application of penalties. From another point of view, where *other competitors are on the market* (which supply the same goods or services to the same group of persons as the public body does), that activity is subject to VAT, in compliance with the Italian provisions on VAT implementing relevant Community legislation.

¹⁰ For example, Article 7 of the Spanish *Código* provides that VAT is not applied to public bodies governed by public law where they engage in business activities through a public, private or mixed enterprise, in general a commercial enterprise.

¹¹ For this reason, of particular interest is the judgement of the European Court of Justice of 8 January 2002, case C-409/99, *Metropol Treuhand*, which clarifies the meaning of Article 17 of the Sixth Directive “Origin and scope of the right to deduct”.

¹² Input transactions and output transactions must be connected in the sense that input VAT can be deducted only where the inputs are component parts of the price of the outputs. See, judgement of 8 June 2000 in case

the ECJ recognizes that a trader is entitled to deduct VAT due or paid in respect of investment expenses incurred before the carrying out of taxable transactions¹³, it is easy to understand why this mechanism must be consistent with the principle of neutrality of VAT. Consequently, restrictions are allowed only in specific cases as provided for in the Directive¹⁴ and are to be applied in all Member States in a similar manner.

As Professor Fazzini observed, the right to deduct VAT involves also unavoidable repercussions on burden of proof. I could add that this is a fundamental limitation on its incorrect use. While it is on the tax administration to substantiate a higher claim for VAT, it remains for the taxpayer to furnish the proof that he is entitled to deduct the tax paid, namely to a tax credit.

The right to deduct is absolute and it can be excluded only in some cases as indicated by the Court, such as the absence of frauds or abusive practices¹⁵, and in others, such as that indicated in Article 17(6), according to which *Member States may retain all the exclusions provided for under their national laws when this Directive comes into force*¹⁶.

C-98/98, judgement of 22 February 2001 in case C-408/98, judgement of 26 May 2005 in case C-465/03. Recently, the Italian Supreme Court (Cass. sez. trib., judgement of 27 July 2007 No. 1673) held that the fact that the goods purchased are merely subservient to the business activity is not sufficient to confer the right to deduct; it is actually necessary that those goods are inherent to the activity. It is on the taxpayer to furnish relevant proof.

¹³ In his presentation *The right to deduct and passing on of VAT within the EU context*, as published in this *Rivista*, Fazzini refers to the judgements of the European Court of Justice of 29 February 1996, case C-110/94 and of 29 April 2004, case C-137/02 and points out that the Italian Supreme Court followed the same line of reasoning in its judgement No. 2448 of 7 February 2007.

¹⁴ See, in particular, judgement of 19 September 2000, joined cases C-177/99 and C-181/99, *Ampafrance and Sanofi*, paragraph 34, and the case law here referred to.

¹⁵ Judgement of the European Court of Justice of 21 February 2006, case C-255/02 *Halifax*, where the Court identifies – for the first time – an anti-abuse provision within the common system of VAT. It held that the Sixth Directive must be interpreted as meaning that a taxable person has no right to deduct input VAT where the transactions on which that right is based constitute an abusive practice. An abusive practice can be found to exist only if, first, the transactions concerned, notwithstanding formal application of the conditions laid down by the relevant provisions of the Sixth Directive and the national legislation transposing it, result in the accrual of a tax advantage the grant of which would be contrary to the purpose of those provisions. It must also be apparent from a number of objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage. On the point, see comments by POGGIOLI in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, 123 “*La corte di Giust elabora il concetto di comportamento abusivo in materia d’IVA*” and by PISTONE, “*L’elusione fiscale come abuso dei diritti*” in *Riv. dir. trib.*, 2007 IV, 6.

The effects of this judgement on the Italian legal system can be inferred from reading the Ministerial Circular C.M. No 67/E of 13 December 2007. It provides that the tax administration and the courts shall take into account the principle of neutrality of VAT, which is the core of the Sixth Directive and its transposing provisions: to allow taxable persons to deduct all input VAT even though, in the context of their normal commercial operations, no transaction conforming with the deduction rules of the Sixth Directive or of the national legislation transposing it would have enabled them to deduct such VAT would be contrary to the principle of fiscal neutrality and, therefore, constitutes an abusive practice. It is evident that, in line with the European Court’s case law, the tax administration shall not evaluate the economic purposes underlying the abusive practice, but shall focus in on the economic conditions, which made the taxpayer follow “that” specific and tortuous path, instead of the simple one.

¹⁶ See, judgement of 14 June 2001, case C-345/99, *Commission v France*, ECR I-4493, paragraph 19. Actually, it is for the Community legislature to establish a Community system of exclusions from the right to deduct VAT and thereby to bring about the progressive harmonization of national VAT legislation (see judgement of 5 October 1999, case C-305/97, *Royscot Leasing and Others*, ECR I-6671, paragraph 31).

It is a freezing (or *standstill*) clause, which provides for the retention of national exclusions¹⁷: it authorizes narrower changes to the Community provision, but prohibits derogations extending the scope of those exclusions¹⁸.

In this connection, the European Court of Justice held that where in a Member State deduction of the input VAT paid in respect of certain goods was allowed at the date of entry into force of the Sixth Directive in accordance with a consistent practice of the public authorities of that State on the basis of a ministerial circular, the subsequent adoption of national legislation excluding those goods from the right to deduct VAT has the effect of extending, after the entry into force of the Sixth Directive, the scope of existing exclusions, and thus violates the second subparagraph of Article 17(6).

Actually, the Court considered that the term national laws within the meaning of the second subparagraph of Article 17(6) of the Sixth Directive does not refer only to legislative acts in the strict sense, but also to administrative measures and practices of the public authorities of the Member State concerned.

Once more, the extensive interpretation of the term “national laws” seems to be justified by the absolute nature of the right to deduct, which can be derogated only exceptionally.

The absolute nature of the right to deduct VAT was confirmed in case C- 228/05 *Stradasfalti* of 14 September 2006. In this case, the ECJ upheld an Italian company’s complaint, which had not been allowed to deduct VAT paid on the purchase and maintenance of motor vehicles that were not intrinsic to its activity as such¹⁹. The European Court held that the temporal effects of the decision should not be limited: there would be no violation of the certainty of law²⁰, as the VAT Committee had repeatedly pointed out to the Italian Government that the derogation was not justified.

The Italian Government, however, limited the temporal effects of the decision, which would have the effect of infinitely extending the right to deduct. It established

¹⁷ On the point, see case *Ampafrance and Sanofi*, cit., paragraph 5.

¹⁸ See judgement of 8 January 2002, case C-409/99, *Metropol Treuhand and Stadler*. It is first to point out that the Sixth Directive entered into force in Austria at the date of its accession to the European Union, on 1 January 1995. The Court should verify whether Austria had introduced derogations whose effect was to increase, after the entry into force of the Sixth Directive, the extent of existing exclusions, thus diverging from the objective of the second subparagraph of Article 17(6).

¹⁹ It is clear that the right to deduct can be excluded only in the cases indicated in the Sixth Directive (Article 17) and that relevant provisions must be interpreted strictly.

²⁰ The European Court of Justice pointed out that it might only exceptionally, in application of the general principle of legal certainty inherent in the Community legal order, be moved to restrict for any person concerned the opportunity of relying upon a provision that it has interpreted with a view to calling in question legal relationships established in good faith. In determining whether or not to limit the temporal effect of a decision it is necessary to bear in mind that although the practical consequences of any judicial decision must be weighed carefully, the Court cannot go so far as to diminish the objectivity of the law and compromise its future application on the ground of the possible repercussions which might result, as regards the past, from a judicial decision. In the case in point, the Italian authorities could not be unaware that the systematic renewal, since 1979, of a derogating measure which was supposed to be temporary and which could only be justified, under the very wording of Article 17(7) of the Sixth Directive, by ‘cyclical economic reasons’, was not compatible with that article. The Italian authorities could not therefore invoke the existence of legal relationships established in good faith in order to ask the Court to limit the temporal effects of its judgment.

As regards the limits on the temporal effects of the European Court’s judgements, see F. AMATUCCI *Caso IRAP e sovranità tributaria della Corte di Giustizia nell’individuazione dei limiti temporali delle sentenze in Dialoghi di diritto tributario*, 2005, no. 5.

some conditions and allowed the right to deduct VAT on the purchases made as from the year 2003, for which the right to deduct had not expired yet²¹ in 2006 (date of the decision).

Provisions on exemptions are contained in Title X (Article 13) of the Sixth Directive (see Article 131 et seq. of Directive 2006/112/EC). They imply some interpretation problems as well, in that they refer to a high number of cases that are difficult to standardize²². Furthermore, the matter is confused by the fact that Community law does not categorize exempted transactions. VAT provisions on exemptions are analytical and detailed, as well as specific and overtechnical. Differently from the other examined provisions, the European Court of Justice gives them a restrictive interpretation. Exemptions are considered to have their own independent meaning, on which national legislature has no discretion (see, ECJ judgement of 3 March 2005, case C-428/2003). For example, medical services are exempted, where they are supplied by persons who possess the necessary professional qualifications in the framework of recognized welfare organizations Judgement of 10 September 2002, case C-141/00. Similarly, in Judgement of 14 December 2006, case C-401/05, the European Court held that exemptions cannot be applied to an intermediary who supplies dental prostheses, without having the status of dentist.²³ Therefore, the concept of medical care is to be interpreted strictly (since it constitutes an exception)²⁴ and cover only the supply of preventive, diagnostic and therapeutic services, excluding general care, assistance, housekeeping, which do not have a therapeutic purpose. Also in this case, the direct effects of Article 13 of the Sixth Directive is particularly important for the harmonization of domestic legislations on VAT: Member States cannot actually claim that it was not transposed.

Recently, in the case of investment funds (ECJ judgement of 4 May 2006, case 169/04), the United Kingdom deemed that Member States were free to determine the scope of VAT exemptions. Actually, the English version of the directive concerned seemed to leave open the concept of investment fund.

Finally, the Court's interpretation is restrictive in the field of VAT reimbursements. In Judgement of 15 March 2007, case C-35/05 *Reemtsma*)²⁵, a German company had claimed for reimbursement of VAT unduly paid to the Italian tax authorities on the grounds that the Italian company had invoiced it in error. The Italian authorities had refused that reimbursement, as the German company was a non-resident without a

²¹ In Italy, to conform to the Court's decision, the Council of Ministers approved a decree-law, which extended the time limits to 15 December 2006, and again to 20 September 2007, in respect of claims for reimbursement of VAT paid in the period 2003-2006.

²² On exemptions, see in particular FEDELE, *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'IVA*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1973, 152, GIORGI, *Le condizioni soggettive delle prestazioni di ricovero e cura*, *Rass trib.*, 1995 II, 1581, *ibidem*, *Sull'oggettività dell'esenzione delle operazioni di assicurazione*, in *Rass. trib.*, 1999, 650

²³ The Italian courts took a different position, see judgement of the Provincial Tax Court of Pordenone No. 183 of 22.5.1997. See note by MANZON, *Anche le prestazioni sanitarie rese da soggetti non iscritti all'albo sono esenti IVA*, in *Riv dir. Trib.*, 1998, II, 579.

²⁴ See, in particular, case *Stichting Uitvoering Financiële Acties*, cit., paragraph 13.

²⁵ In case C-35/05, paragraph 40, the Court clarifies that a system in which the supplier who has paid the VAT to the tax authorities in error may seek to be reimbursed and the recipient of the services may bring a civil law action against that supplier for recovery of the sums paid but not due observes the principles of neutrality and effectiveness. See, GREGGI, *Il rimborso dell'IVA indebitamente applicata in via di rivalsa*, in *Riv dir trib.*, 2007 II, 639.

permanent establishment. In this regard, the Court held that the recipient of goods or services is the person liable for payment of tax to the revenue authorities.

Notwithstanding a massive clarifying case law and legislative adjustments at Community level, it is a long way to go for full harmonization. The preamble to Directive 112/2006/EC (35, 39 and 45) indicates all the possible amendments to be made to the common system of VAT. In addition to a common rate not lower than 15% (nowadays, it ranges from 12% in Luxembourg to 25% in Sweden), it is established that it is appropriate to draw up a common list of exemptions with a view to the collection of Communities' own resources in all Member States and that rules governing deductions and obligations of taxable persons should be harmonized as far as possible so as to ensure the necessary safeguards for the collection of VAT in a uniform manner. Furthermore, at point 56 there is a proposal for a special regime to simplify the compliance with fiscal obligations by operators providing electronically supplied services.

There are still some hindrances to move on to the definitive regime of intra-Community VAT, which was expected in 1997. A major problem is the fact that there is not a VAT compensation system that reassigns VAT revenue to ensure that each Member State gets the appropriate revenue²⁶. The current system (Directive 91/680/EC) implies high risk of evasion and fraud. In his presentation, Mr Spera pointed out that it is necessary to simplify fiscal obligations, to rationalize the derogation system and to introduce the one-stop shop mechanism (these are the priorities as identified by the so-called VAT package), in order to facilitate the compliance of taxable persons paying VAT in the country of origin, as well as to strengthen cooperation between Member States to curb tax frauds²⁷.

With regard to this last point, it has to be pointed out that evasion within the EU is an alarming phenomenon (the shortfall in tax revenues amounts to about 200-250 billion EURO in EU Member States – the higher figures are for VAT frauds). In the VAT field, most common frauds involve the so-called missing trader, who supplies the goods or services and then goes missing with the VAT. In these carousel frauds, the purchaser purchases and re-sells the goods without paying VAT but claiming for a relevant deduction²⁸. However, in judgement of 12 January 2006, joined cases C-354/03,

²⁶ Council Directive No. 91/680 of 6 December 1991 defines the transitional regime of intra-Community trade in force from 1 January 1993, which was to expire on 31 December 1996. MARÈ, *A new VAT for EU, taxing consumption and financing the budget* University of Pavia, 2005.

²⁷ With reference to the definitive system, in his presentation *Intra-Community VAT*, SPERA referred to the Commission's Communication (2003) 614 of 29 October 2003, where it was pointed out "IT SEEMED UNLIKELY THAT SIGNIFICANT PROGRESS TOWARDS A COMMON SYSTEM OF VAT BASED ON TAXATION IN THE MEMBER STATE OF ORIGIN WOULD BE MADE IN THE NEAR FUTURE".

²⁸ CARACCIOLI, *Frodi carosello e altre tipologie di frodi*, which is a summary of the presentation made during the Congress, held in Siracusa on 16 December 2006, "*Frodi IVA e frodi esattoriali: metodi di contrasto e strumenti di difesa*" (VAT frauds and tax collection frauds: how to combat and to cope with them). It describes the mechanism of carousel frauds, where the goods are supplied via an intermediary called "buffer" companies (or letterbox companies, front companies, etc.). The director of the latter does not commit the crime as laid down in Article 2 of Legislative Decree No. 74/00, as he actually has purchased the goods; moreover, the first supplier and the director of the buffer company himself do not commit the crime as laid down in Article 8 of the above said Legislative Decree, as the goods were actually supplied. The damage to the Revenue consists in the sharing of VAT between the persons involved in the transaction.

In Italy, the legislature aimed at limiting carousel frauds by way of Article 60-bis of Presidential Decree No. 633/72, which provides that the supplier and purchaser are jointly and severally liable to pay the tax where the price of supplies is lower than the arm's length price, unless the person severally liable to pay the tax shows

C-355/03 and C-484/03 *Optigen and others*, the European Court of Justice held that the right to deduct input VAT cannot be affected by the fact that the taxable person purchased the goods involved in a carousel fraud, where he is in good faith²⁹. In other frauds, buffer companies can use VAT warehouses benefiting from tax suspension. Recently, as pointed out by Colonel De Gregori of the *Guardia di Finanza*, the Italian lawmaker has introduced stricter anti-evasion rules concerning buffer companies, new penalties for VAT fraud (Legislative Decree No. 74/2000) and recent ministerial circular letters, such as C.M. No. 3-3-2007 against carousel frauds.

An attempt to reduce VAT frauds is the reverse charge procedure, as laid down in Directive 2006/69/EC, under which the purchaser or recipient of the goods issues the invoice (self-billing) and is liable to account for VAT. In Italy, Article 44 of Law No. 296/2006³⁰ has partially transposed this procedure in some sectors, such as building. The reverse charge procedure³¹ leads to new burdens for taxpayers (additional declaration requirements to enable the tax administration to carry out cross-checks, as well as the obligation to verify if the purchaser or recipient meets the requirements for the reverse charge procedure). This actually does not satisfy the need for simplification that is necessary to the free movement of goods.

In any case, the strengthening of administrative cooperation is of absolute importance. As VAT is an “own” resource, Member States’ tax administrations should guarantee relevant revenue in the EU, as evasion in one State is a disadvantage for all States, being a shortfall in the Community’s budget.

that a lower price applies because of special circumstances and facts, which are objectively demonstrable, or under specific provisions of law: in any case, that price is not linked to the failure to pay tax.

²⁹ GIORGI, *Frodi carosello e detrazione Iva*, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2006.

³⁰ The rationale underlying the reverse charge procedure derogates to the general principle of the right to deduct and of the passing on of VAT. However, as pointed out in the Circular Letter No. 28/E of 4 August 2006 of the Italian Revenue Agency (*Agenzia delle Entrate*), that procedure will enable to curb frauds in the building sector, where the subcontractor often does not pay VAT charged by the contractor, does not register the transaction and, sometimes, discontinues his activity and goes missing.

³¹ In the presentation made during the Conference *Riflessi sistematici delle operazioni antifrode con particolare riferimento al reverse charge* (Systematic effects of frauds and the reverse charge procedure), LUPI doubted that the supplier could perform a control function in the reverse charge procedure.

Problemi interpretativi della Sesta Direttiva e stato di armonizzazione dell'IVA in ambito comunitario*

Fabrizio Amatucci

La funzione della Sesta Direttiva introdotta il 17 maggio 1977 è stata principalmente quella di armonizzare ulteriormente in ambito europeo i sistemi nazionali che regolavano l'IVA e che erano disciplinati dalla prima e dalla seconda direttiva per poter introdurre un'equa distribuzione del carico fiscale IVA quale risorsa propria tra i Paesi membri dell'UE.

Ciò veniva realizzato intervenendo su alcuni concetti e categorie giuridiche o elementi fondamentali della disciplina IVA europea come la territorialità, le esenzioni ed i soggetti passivi.

Nonostante tali interventi migliorativi su elementi strutturali dell'imposta, determinante resta, a trent'anni dall'emanazione della Sesta Direttiva, l'attività interpretativa della Corte di Giustizia e ciò si evince dalle numerose pronunce che hanno consentito di configurare un autonomo sistema IVA, garantendo l'uniforme applicazione della disciplina comunitaria nei sistemi fiscali nazionali. La base giuridica comune in materia di IVA che si definiva con la Sesta Direttiva, ha determinato una maggiore certezza giuridica e una minore limitazione di sovranità fiscale nazionale rispetto all'integrazione negativa di tipo meramente giurisprudenziale attualmente in atto nel settore delle imposte dirette che, anche se non incide direttamente sugli elementi strutturali, opera a tutto campo qualora siano coinvolti interessi economici e commerciali di non residenti.

La Sesta Direttiva, pur essendo stata modificata ben 24 volte, ultimamente con la direttiva 2006/112 del 28 novembre 2006 che ha predisposto un testo unico delle norme sul sistema comune IVA, rielaborando, razionalizzando e coordinando le numerose modifiche intervenute, ha consentito un sufficiente livello di armonizzazione dell'imposta sul valore aggiunto in ambito comunitario¹. Altrettanto numerose sono le decisioni della Commissione UE volte alla concessione di deroghe agli Stati membri. Tutti gli interventi correttivi e derogatori della Sesta Direttiva sono stati effettuati al fine di armonizzare il regime comune dell'IVA, sia attraverso il ravvicinamento delle aliquote, il miglioramento e la semplificazione degli adempimenti formali da parte dei

* Testo rielaborato delle conclusioni svolte al VI Convegno di fiscalità internazionale e comunitaria organizzato dalla Seconda Università di Napoli e dall'Ordine dei Dottori commercialisti di Napoli e di Nola il 20 aprile 2007 sul tema: "Lo stato di armonizzazione dell'IVA a trent'anni dall'emanazione della VI Direttiva".

¹ Il testo della direttiva 112 del 2006 costituisce una ricapitolazione sistematica delle precedenti disposizioni. Tuttavia il valore aggiunto reale della nuova direttiva deve rinvenirsi in primo luogo nella riscrittura delle disposizioni sotto il duplice profilo della semplificazione e dell'aderenza al testo tradotto al paradigma 'di servizio'; infine la collocazione delle disposizioni in titoli, capi, sezioni e sottosezioni permette una più agile comprensione del tema trattato.

Con tempismo e sollecitudine, il nostro legislatore, con il comma 325 dell'unico articolo che compone la legge finanziaria per l'anno 2007 (L. 296/2006), ha recepito le nuove disposizioni in tema di rilevanza territoriale, ai fini dell'imposta sul valore aggiunto, delle prestazioni di servizi di intermediazione, dettate dalla Direttiva comunitaria n. 2006/112/CE.

soggetti passivi evitando allo stesso tempo le frodi ed i comportamenti elusivi, che allo scopo di stabilire e definire regimi speciali o agevolativi o per introdurre misure fiscali necessarie a garantire alcune differenze tra i diversi sistemi IVA degli Stati membri dell'UE².

La Sesta Direttiva ha consentito inoltre di qualificare definitivamente, attraverso disposizioni aventi efficacia diretta³, l'IVA un tributo comunitario. L'art. 33, nel vietare la doppia imposizione attraverso l'istituzione di tributi con analoghe caratteristiche ed aventi stessa natura dell'IVA, afferma infatti che la materia è di esclusiva competenza dell'UE, basandosi esclusivamente su principi comunitari. L'analisi interpretativa dell'IVA, diversamente dagli altri tributi, deve essere dunque effettuata partendo dalla sua base giuridica che è rappresentata dall'art. 93 del Trattato, tenendo presente che la *ratio* di tutte le disposizioni comunitarie derivate è quella del ravvicinamento o armonizzazione delle legislazioni relative all'imposta sulla cifra d'affari ed alle altre imposte indirette nazionali nella misura in cui essa sia necessaria al funzionamento del mercato interno.

La necessità di interventi interpretativi delle norme della Sesta Direttiva da parte della Corte di Giustizia è inversamente proporzionale al livello di armonizzazione dell'IVA raggiunto in ambito comunitario. Più vi è armonizzazione di una categoria giuridica o di un istituto IVA, attraverso il corretto recepimento delle norme comunitarie da parte dei Paesi membri UE, minore è infatti il ricorso all'interpretazione da parte del giudice sopranazionale di disposizioni comunitarie. Si interviene maggiormente laddove le normative nazionali non sono conformi ai principi comunitari che hanno ispirato la direttiva o laddove la definizione di alcuni concetti o categorie contenuti nella Sesta Direttiva è volutamente ampia o non ben definita (attività commerciale, esenzioni e aliquote). L'attività giurisprudenziale, pur essendo fondamentale al fine dell'identificazione di linee guida per gli Stati membri⁴ e di supplire alla carenza

² Ai sensi dell'articolo 27 della Sesta Direttiva IVA, il Consiglio, su proposta della Commissione, può autorizzare ogni Stato membro ad introdurre misure speciali di deroga alla direttiva, allo scopo di semplificare la riscossione dell'imposta o di evitare l'evasione fiscale. Dato che questa possibilità è stata utilizzata molto spesso, attualmente esistono più di 150 deroghe, la Direttiva 2004/07 ha eliminato il sistema di approvazione *tacita* delle deroghe, stabilendo che ogni deroga deve formare oggetto di decisione esplicita adottata dal Consiglio UE.

Come osservato da MICHIELETTO nella relazione al presente convegno dal titolo *Armonizzazione IVA in Europa e nuovi progetti di modifica della direttiva 112/2006 EC*, l'armonizzazione ha il compito di garantire la compatibilità delle diversità all'interno di un quadro operativo condiviso in cui vengono raggiunti i medesimi obiettivi pur con modalità differenti. La dottrina maggioritaria esclude che il processo di armonizzazione possa determinare un'eguaglianza di tutti i sistemi fiscali. Armonizzazione non significa identificazione, ma compatibilità tra i sistemi ed eliminazione delle differenze che possono costituire barriere al perseguimento degli obiettivi comunitari. (Cfr. SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nelle Comunità europee*, in Enc. Giur., Roma., 1988, 1, Russo – CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in Rass. Trib., 1990. 641).

³ COMELLI, *IVA comunitaria e IVA nazionale* Padova, 2000, 183- 185, evidenzia l'importanza nei rapporti tra ordinamenti nazionali tributari e sistema comunitario, dell'efficacia diretta di alcune disposizioni contenute nella direttiva in materia di IVA ed osserva come la Corte di Giustizia con riguardo alla Sesta Direttiva, abbia riconosciuto a favore degli Stati membri, un margine di discrezionalità più o meno ampio sul piano di attuazione di alcune disposizioni. Si intravede inoltre una impostazione in chiave evolutiva del problema che dovrebbe, secondo l'A., far aumentare gli interventi della Corte di Giustizia volti a riconoscere efficacia diretta alle disposizioni contenute nelle direttive IVA.

⁴ BORJA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005, 102 osserva come nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, in materia fiscale degli ultimi 25 anni un peso rilevante occupano le sentenze riguardanti l'IVA che raggiungono il 42 % di tutte le decisioni e ciò dimostra il rilievo che ha assunto tale tributo nel sistema comunitario. VANISTENDAELE, *Le nuovi fonti del diritto ed il ruolo dei principi comuni nel diritto tributario* in *Per una costituzione fiscale*

di nome specifiche di riferimento, tuttavia non può essere considerata sostitutiva rispetto a quella normativa.

Le maggiori difficoltà di interpretazione della Sesta Direttiva riguardano ancora concetti fondamentali come **l'attività economica o commerciale** quale presupposto soggettivo dell'IVA. L'art. 4 della Sesta Direttiva (il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 9 par 1 della direttiva 2006/112) considera *soggetti passivi tutti coloro che svolgono attività economica in modo indipendente* e non fa riferimento allo scopo perseguito, né ai risultati conseguiti⁵, ma all'attività in senso oggettivo, considerando il tipo di attività svolta includendovi le *attività che implicano lo sfruttamento di un bene materiale o immateriale per ottenerne introiti con una certa stabilità* (par. 2)⁶. Come osservato precedentemente (vedi relazione del Prof. Comelli al presente Convegno, pubblicata in questo stesso fascicolo), l'attività commerciale che determina la soggettività passiva IVA secondo quanto disposto dalle norme comunitarie, prescinde dalla forma giuridica prescelta (sono poste infatti sullo stesso piano persone fisiche e società) ed anche gli atti preparatori all'esercizio di impresa sono ritenuti dalla Corte di Giustizia parte integrante di quest'ultima. Ciò garantisce maggiormente la neutralità dell'IVA la cui sfera di applicazione dipende dal tipo di attività effettivamente espletata⁷ più che dalle scelte soggettive compiute e dalle finalità perseguite.

Tale concetto molto ampio che privilegia l'elemento oggettivo e che viene recepito da ordinamenti come quello francese e tedesco, volto ad un più esteso riconoscimento della soggettività passiva, può sembrare in grado di risultare onnicomprensivo ampliando il presupposto IVA, ma consente una maggiore neutralità del tributo comunitario ed una notevole semplificazione ai fini dell'identificazione della soggettività passiva. Alcune normative nazionali riguardanti la definizione di attività commerciale come la nostra disciplina nazionale (art. 4 del d.p.r. 633/72), risultano infatti eccessivamente articolate in quanto operano rinvii alla disciplina civilistica, richiedendo, oltre all'abitudine, in alcuni casi, l'organizzazione dell'attività svolta in forma imprenditoriale ed il ricorso a presunzioni assolute come quella di commercialità per le atti-

europa, a cura di Di Pietro, Padova, 2008, 96, considera che in materia doganale e di IVA la Corte di Giustizia si è dimostrata perfettamente capace di interpretare regolamenti e direttive come una tradizionale Corte dell'Europa continentale. L'unica differenza rispetto alle corti nazionali è che è stata meno propensa all'interpretazione letterale a favore di quella teleologica più fedele allo scopo della norma. In materia di IVA i problemi sottoposti alla Corte sono questioni di diritto sostanziale che vertono sulla qualificazione dei contribuenti, sulla detraibilità, sulle norme procedurali e sulle aliquote.

⁵ Sull'irrelevanza degli scopi perseguiti vedi sentenza 26 marzo 1987, causa 235/85, *Commissione/Paesi Bassi*, Racc. pag. 1471, punto 8, nonché, in questo senso, in particolare, sentenze 14 febbraio 1985, causa 268/83, *Rompelman*, Racc. pag. 655, punto 19, e 27 novembre 2003, causa C-497/01, *Zita Modes*, Racc. pag. I-14393, punto 38).

⁶ La nozione di «attività economiche» è definita all'art. 4, n. 2, della Sesta Direttiva è comprensiva di «tutte» le attività di produttore, di commerciante o di prestatore di servizi e, secondo la giurisprudenza, essa include tutte le fasi produttive, distributive e della prestazione dei servizi (v., in particolare, sentenze 4 dicembre 1990, causa C-186/89, *Van Tiem*, Racc. pag. I-4363, punto 17, e *MGK-Kraftfahrzeuge-Factoring*, cit., punto 42).

⁷ Nella sentenza del 20 giugno 1991, *Polysar*, causa C-60/90 la Corte di Giustizia afferma che il mero acquisto o detenzione di quote sociale non determina attività economica e che l'attività di indirizzo e di coordinamento di un soggetto che detiene quote sociali, è requisito per stabilire l'esistenza di attività commerciale. Come precisato inoltre nella sentenza *Banque Bruxelles Lambert*, C 8/03 del 21 ottobre 2004, se l'attività consiste nel trarre redditi a carattere stabile da attività che esulano dall'ambito del mero acquisto e della vendita di titoli, si acquisisce la soggettività passiva ai fini IVA. Cfr. inoltre sent. *MKG-Kraftfahrzeuge-Factory GmbH* del 26.6.2003 C-305/01 riguardante il caso di un operatore che acquista crediti assumendo il rischio d'insolvenza dei debitori.

vità poste in essere da società di persona e di capitali. Tale eccessiva discrezionalità da parte del legislatore nazionale può far sorgere perplessità circa la corretta attuazione della Direttiva nel sistema fiscale nazionale.

Va in proposito precisato che la nostra giurisprudenza, come è noto, appare più conforme agli orientamenti comunitari e consente di superare i limiti di tipo formale all'identificazione dell'attività commerciale, ritenendo che la determinazione del carattere esclusivamente o principalmente commerciale dell'attività esercitata, non va fatta in base alle mere enunciazioni, denominazioni e qualificazioni dello statuto dell'ente, bensì sulla scorta dell'interpretazione delle disposizioni statutarie, con riguardo alla reale natura dell'attività che l'ente si prefigge di esercitare e alle concrete modalità di svolgimento⁸. In materia di IVA si considera l'esercizio vero e proprio dell'impresa, qualora è *effettivamente* destinato alla realizzazione degli scopi produttivi programmati (fra le molte sentenze cfr. Cass. nn. 5555/2000, 10919/1992).

Vi sono tuttavia situazioni particolarmente complicate, non disciplinate dalla nostra normativa interna, come quelle in cui il soggetto passivo IVA è un ente pubblico anche territoriale che non ha per oggetto esclusivo attività commerciale. Per gli enti pubblici compresi gli enti locali, in particolare, la giurisprudenza comunitaria si è soffermata sul requisito della pubblica autorità che rende istituzionale l'attività resa e non commerciale. In alcune sentenze della Corte di Giustizia⁹ si evince che, per poter verificare se l'Ente pubblico esercita un'attività non assoggettabile ad IVA in quanto pubblica autorità, occorre operare un'attenta analisi "dell'insieme delle modalità di svolgimento" che non devono essere concorrenziali con quelle che devono seguire altri soggetti.

Le legislazioni IVA dei diversi Paesi UE che regolano le attività rese dagli enti pubblici risultano tuttavia ancora disomogenee e poco armonizzate. Mentre in alcuni ordinamenti nazionali come quello francese, spagnolo¹⁰ e inglese le discipline appaiono più restrittive e dettagliate, in altri come quello tedesco si fa ricorso ai principi generali valevoli anche per le imposte dirette.

Analoga portata ampia viene riconosciuta a livello comunitario ai concetti della detrazione e rivalsa i quali risultano strettamente collegati alla nozione di soggettività passiva IVA. Il sistema dell'IVA è basato infatti sul meccanismo della detrazione, grazie al quale è possibile realizzare la "neutralità" dell'imposta nei passaggi intermedi che conducono il bene fino al consumo finale¹¹.

⁸ Cass. n. 10409 del 4. 10.1991, 5839 del 16.5.1992, 7061 del 28.7.1994

⁹ Cfr. sent. 231/87, 129/88 e C/446-98 del 14 dicembre 2000. In tale ultima sentenza è affermato che il vero *discrimine* tra attività pubblica e privata, secondo la giurisprudenza comunitaria, è dato, dunque, dall'esistenza di autoritatività dell'ente nell'esercizio dell'attività stessa, inteso come potere limitativo dell'utilizzo di beni pubblici e dal potere sanzionatorio del Comune. Sotto altro aspetto, sempre alla stregua del regime IVA vigente nel nostro ordinamento, attraverso la sovraordinata disciplina comunitaria, *l'esistenza sul mercato di altri concorrenti* (soggetti che offrono alla medesima collettività di riferimento i medesimi beni o servizi offerti dall'Ente pubblico) determina in ogni caso l'imponibilità ai fini IVA dell'attività esercitata.

¹⁰ Il *Codice IVA* spagnolo ad es. all'art. 7, stabilisce che l'esclusione IVA non opera nei confronti degli enti pubblici che svolgano attività per mezzo di un'impresa pubblica, privata o mista e in generale per mezzo di un'impresa commerciale.

¹¹ Per questo motivo la sentenza della Corte, 8 gennaio 2002, causa C-409/99, *Metropol Treuhand*, che fornisce chiarimenti in merito all'interpretazione dell'articolo 17 della Sesta Direttiva, intitolato «Origine e portata del diritto a deduzione», è meritevole di particolare interesse.

L'art. 17 (trasfuso nell'art. 168 Direttiva 112/2006) enuncia, al n. 2, "in termini espressi e precisi" il diritto del soggetto passivo a detrarre l'imposta che gli viene fatturata per l'acquisto di beni e servizi che egli utilizza ai fini di proprie operazioni imponibili.

Secondo costante giurisprudenza comunitaria, il diritto alla detrazione, di cui agli artt. 17 e seguenti, è, per il soggetto passivo, in linea di principio e nel rispetto delle condizioni ivi previste¹², immediato ed illimitato. Se si pensa al riconoscimento da parte della CGCE della detraibilità dell'IVA relativa alle spese di investimento sostenute prima che venissero effettuate operazioni imponibili da parte di un operatore economico¹³, si comprende la rilevanza della compatibilità di tale meccanismo con il principio di neutralità dell'IVA. Di conseguenza, eventuali restrizioni, sono consentite nei soli casi espressamente contemplati dalla direttiva¹⁴ e devono applicarsi in modo analogo in tutti gli Stati membri.

Come osservato nella relazione del Prof. Fazzini la detrazione IVA determina inevitabili ripercussioni sull'onere della prova e ciò potremmo aggiungere, costituisce un limite fondamentale al suo utilizzo improprio. Mentre compete all'Amministrazione finanziaria dimostrare la maggiore pretesa, è il soggetto passivo IVA che fornisce la prova della detraibilità dell'IVA versata e quindi di un credito d'imposta.

Deroghe all'enunciato principio di pienezza e assolutezza della detrazione riguardano alcuni casi individuati dalla giurisprudenza come l'assenza di circostanze fraudolente e abusive¹⁵ ed altri in cui le operazioni sono preordinate ad ottenere vantaggi fi-

¹² È richiesta la sussistenza di un nesso diretto tra specifica operazione a monte e specifica operazione a valle nel senso che è possibile detrarre l'IVA sugli acquisiti se le spese per acquistare questi ultimi facciano parte di elementi del prezzo delle operazioni realizzate dal soggetto d'imposta. Cfr. sent. CGCE 8.6.2000 causa 22.2.2001, C 98/98, C/408/98, 26.5.2005, causa 465/03. In proposito la nostra recente giurisprudenza (sentenza Cass. sez. trib., 27.7.2007 n. 1673) ha affermato che, con riferimento al diritto alla detrazione IVA, la mera strumentalità del bene acquistato non è sufficiente a legittimare l'esercizio di tale diritto essendo richiesto un *quid pluris* rappresentato dall'inerenza dello stesso all'attività svolta. Tale requisito dovrà essere dimostrato dal contribuente.

¹³ FAZZINI, nella sua relazione dal titolo *I meccanismi della detrazione e della rivalsa in ambito UE* pubblicata nello stesso fascicolo di questa Rivista, rileva come tale orientamento comunitario espresso nelle Sentenze CGCE 29.2.1996 causa C-110/94, C-137/02 del 29.4.2004 sia stato seguito anche dalla giurisprudenza della nostra Cassazione nella sent. 2448 del 7.2.2007.

¹⁴ V., in particolare, sentenza 19 settembre 2000, cause riunite C-177/99 e C-181/99, *Ampafrance e Sanofi*, punto 34 e giurisprudenza ivi citata.

¹⁵ Sentenza Corte di Giust. *Halifax* C-255/02 del 21.2.2006. Con tale ultima sentenza per la prima volta il giudice comunitario individua nel sistema IVA un immanente regola antiabuso. Viene affermato infatti che la Sesta Direttiva dev'essere interpretata come contraria al diritto del soggetto passivo di detrarre l'IVA assolta a monte allorché le operazioni che fondano tale diritto integrano un comportamento abusivo. Perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della Sesta Direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni. Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale. Cfr. in proposito i commenti a tale sentenza di POGGIOLI in Riv. dir. trib., 2006, III, 123 dal titolo *La corte di Giustizia elabora il concetto di comportamento abusivo in materia d'IVA* e di PISTONE, *L'evasione fiscale come abuso del diritto* in Riv. dir. trib., 2007, IV, 6.

Gli effetti di tale sentenza nel nostro ordinamento si evincono dalla lettura della C.M. 67/E del 13.12.2007, la quale riprendendo un passo della sentenza *Halifax*, ha affermato che *l'amministrazione ed il Giudice dovranno tenere conto della circostanza che costituisce principio fondamentale della Sesta Direttiva e della normativa nazionale che la trasfonde, quello della "neutralità fiscale": consentire la detrazione al soggetto quando, nell'ambito delle sue "normali" operazioni commerciali, ciò non gli sarebbe stato consentito, costituisce una espressa violazione di tale principio e costituisce quindi un comportamento abusivo*. È evidente che l'Amministrazione finanziaria, uniformandosi all'orientamento della Corte di Giustizia, lungi dal valutare finalisticamente le ragioni economiche perseguite dal contribuente

scali come quello previsto dallo stesso art. 17, al n. 6, il quale, autorizza *gli Stati membri a mantenere in vigore le norme interne che escludono il diritto a detrazione, purché si tratti di disposizioni esistenti alla data di entrata in vigore della Sesta Direttiva*¹⁶.

Si tratta di una clausola di blocco (o di «standstill»), che, in materia di esclusioni dal diritto a detrazione, consente all'interno di uno Stato membro il mantenimento di norme esistenti¹⁷, autorizzando modifiche in senso restrittivo, ma vieta interventi normativi che mirino ad estendere l'ambito di applicazione di dette esclusioni¹⁸.

Al riguardo, la Corte di Giustizia ha statuito che, se in uno Stato membro la detrazione dell'IVA versata a monte per taluni beni era ammessa al momento dell'entrata in vigore della Sesta Direttiva in virtù di una prassi costante delle autorità pubbliche basata su un decreto ministeriale, l'adozione di una normativa nazionale che esclude per i medesimi beni il diritto alla detrazione, estende di fatto, successivamente all'entrata in vigore della Sesta Direttiva, l'ambito delle esclusioni esistenti, e, quindi viola il disposto dell'art. 17, n. 6, secondo comma.

La Corte fa, dunque, rientrare nella nozione di «legislazione nazionale», ai sensi dell'art. 17, n. 6, secondo comma, della Sesta Direttiva, non unicamente gli atti legislativi veri e propri, ma anche gli atti amministrativi, nonché le prassi amministrative delle autorità pubbliche dello Stato membro considerato.

L'interpretazione estensiva della nozione di legislazione appare anche in tale caso giustificata dal carattere assoluto del diritto a detrazione e dalla conseguente eccezionalità di previsioni che tendano a limitarlo.

La pienezza e absolutezza della detrazione IVA è stata confermata nel recente caso *Stradasfalti* del 14.9.2006 C- 228/05 con il quale, la CGCE ha accolto il ricorso di una società italiana che si era vista negare il diritto alla detrazione dell'IVA senza limiti relativamente ai costi di acquisti e di gestione di auto che non formavano oggetto proprio dell'attività di impresa ritenendo spettante il rimborso dell'imposta indebitamente versata¹⁹. È stato ritenuto dai giudici comunitari che non vanno limitati nel tempo gli effetti della sentenza e che non sarebbe violata la certezza del diritto²⁰ in quanto

che ha posto in essere comportamenti elusivi ai fini IVA, dovrà concentrarsi sulla valutazione delle valide ragioni economiche che hanno imposto al contribuente di seguire "quel" preciso e tortuoso percorso, anziché quello più lineare.

¹⁶ V. sentenza 14 giugno 2001, causa C-345/99, *Commissione/Francia*, Racc. pag. I-4493, punto 19. Spetta infatti al legislatore comunitario stabilire il regime comunitario delle esclusioni del diritto alla detrazione dell'IVA e realizzare così l'armonizzazione progressiva delle legislazioni nazionali in materia di IVA (v. sentenza 5 ottobre 1999, causa C-305/97, *Royscot e a.*, Racc. pag. I-6671, punto 31).

¹⁷ Cfr. precitata sentenza *Ampafrance e Sanofi*, punto 5.

¹⁸ vedi caso austriaco Sentenza della Corte, 8 gennaio 2002, procedimento C-409/99, *Metropol Treuhand e Stadler*. Cfr.. Con riferimento particolare alla normativa austriaca, occorre, in primo luogo, rilevare che la Sesta Direttiva è entrata in vigore in quel paese alla data della sua adesione all'Unione Europea, vale a dire il 1° gennaio 1995. Rispetto a questa data, dunque, la Corte è stata chiamata ad accertare se vi fossero state modifiche successive che abbiano ampliato il novero delle esclusioni dalla detrazione IVA in modo contrario al disposto dell'art. 17, n. 6, secondo comma.

¹⁹ Viene chiarito in tale sentenza che la possibilità di derogare alle regole che prevedono il diritto alla detrazione sussiste solo nei casi previsto dalla Sesta Direttiva (art. 17) e che le disposizioni normative vanno interpretate in modo restrittivo.

²⁰ La Corte di Giustizia rileva infatti che solo in via eccezionale, applicando il principio generale della certezza del diritto inerente all'ordinamento giuridico comunitario, può essere indotta a limitare la possibilità per gli interessati di far valere una disposizione da essa interpretata onde rimettere in discussione rapporti giuridici costituiti in buona fede. Per stabilire se si debba limitare la portata di una sentenza nel tempo, è necessario

il Comitato IVA aveva costantemente informato il Governo italiano della mancata giustificazione dell'indetraibilità.

Il Governo italiano ha tuttavia limitato tali effetti temporali che potevano estendere illimitatamente il diritto al rimborso, fissando alcune condizioni e riconoscendo la detraibilità sugli acquisti effettuati dal 2003 per i quali al 2006 (data di emanazione della sentenza) il diritto alla detrazione non si era prescritto²¹.

Anche la disciplina delle **esenzioni** di cui al capo X (art. 13) della Sesta Direttiva (cfr. art. 131 e ss. della direttiva 2006/112) presenta problemi interpretativi in quanto è articolata su un numero di fattispecie elevato e difficilmente riconducibili ad unità²². Inoltre vi è confusione rispetto alle esclusioni in quanto la normativa comunitaria non contiene un'espressa disciplina relativa alle operazioni escluse. La disciplina delle esenzioni IVA prevista dalla Sesta Direttiva è analitica e dettagliata e caratterizzata da specificità e tecnicismo, ma, diversamente dalle altre disposizioni precedentemente esaminate, vi è un consolidato orientamento giurisprudenziale restrittivo. Le esenzioni sono considerate come nozioni autonome di diritto comunitario svincolate dalla discrezionalità del legislatore nazionale (cfr. sent. CGCE 3.3.2005 C-428/2005). Si pensi alle prestazioni mediche ove, perché ricorra l'ipotesi di esenzione è sufficiente, infatti, che si tratti di prestazioni fornite da persone in possesso delle qualifiche professionali richieste e per le quali è previsto il riconoscimento di organismo avente carattere sociale (Sent. CGCE 10 settembre 2002, causa C-141/00). Allo stesso modo, con sentenza della Corte di Giustizia causa C-401/05 del 14.12.2006, è stato ritenuto che l'intermediario che fornisce protesi dentarie e non ha la qualità di dentista, non può beneficiare dell'esenzione²³. La nozione di cure deve, pertanto, interpretarsi in senso stretto (per la natura di esenzione propria della fattispecie)²⁴ e comprendere le sole prestazioni rese a fini preventivi, diagnostici o terapeutici, con esclusione delle cure generiche e dei servizi di assistenza ed economia domestica, che non perseguono uno scopo terapeutico. Inoltre particolare rilevanza assume anche in tale caso, ai fini dell'armonizzazione del sistema IVA nazionali, l'applicabilità diretta dell'art. 13 della Sesta Direttiva che determina che lo Stato non può invocare il suo mancato recepimento.

tener conto del fatto che, benché le conseguenze pratiche di qualsiasi pronuncia del giudice vadano vagliate accuratamente, non ci si può tuttavia spingere fino a sminuire l'obiettività del diritto e compromettere la sua applicazione futura a motivo delle ripercussioni che la pronuncia può avere per il passato. Ne caso di specie le Autorità italiane non potevano ignorare che una proroga sistematica, a partire dal 1979, di una misura derogatoria che doveva essere temporanea e che, in virtù della lettera stessa dell'art. 17, n. 7, della Sesta Direttiva, poteva essere giustificata solo da «motivi congiunturali», non era compatibile con tale articolo. Pertanto non può essere fatta valere l'esistenza di rapporti giuridici costituiti in buona fede per chiedere alla Corte di limitare nel tempo gli effetti della sua sentenza.

Sulla limitazione dell'efficacia temporale delle sentenze Corte di Giust vedi F. AMATUCCI *Caso IRAP e sovranità tributaria della Corte di Giustizia nell'individuazione dei limiti temporali delle sentenze* in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, n. 5.

²¹ Il Consiglio dei Ministri ha infatti approvato un decreto legge per adeguarsi alla sentenza di Lussemburgo dando tempo ai contribuenti, dapprima fino al 15 dicembre 2006 poi, a seguito di proroga, fino al 20 settembre 2007 per presentare le domande di rimborso dell'IVA versata in esubero in relazione agli anni dal 2003 al 2006.

²² Sull'esenzione IVA vedi in particolare FEDELE *Esclusioni ed esenzioni nella disciplina dell'IVA*, Riv dir fin e sc fin., 1973, 152, GIORGI *Le condizioni soggettive delle prestazioni di ricovero e cura*, Rass trib., 1995 II, 1581, Idem, *Sull'oggettività dell'esenzione delle operazioni di assicurazione*, Rass trib., 1999, 650.

²³ Un diverso orientamento è stato seguito da parte della nostra giurisprudenza cfr CTP Pordenone 22.5.1997 n. 183. Cfr nota di MANZON, *Anche le prestazioni sanitarie rese da soggetti non iscritti all'albo sono esenti IVA* Riv dir. Trib., 1998, II, 579.

²⁴ V. in particolare, sentenza *Stichting Uitvoering Financiële Acties*, citata, punto 13.

Nel caso della gestione dei fondi di investimento (sentenza CGCE del 4.5.2006 causa 169/04) di recente il Regno Unito ha ritenuto che la portata delle esenzioni IVA fosse rimessa ai Paesi membri. Ciò derivava dalla versione inglese della direttiva che sembrava lasciare spazio alla nozione di gestione di un fondo comune di investimento.

Restrittivo infine è l'orientamento della Corte di Giustizia in materia di **rimborsi** IVA. Con sentenza C-35/05 del 15-3-2007 (caso *Reemtsma*)²⁵, con riferimento ad un IVA non dovuta versata da una società tedesca al Fisco italiano in quanto erroneamente fatturata da una società italiana, ed al relativo diniego da parte della nostra Amministrazione finanziaria del rimborso all'operatore economico non residente privo di stabile organizzazione in quanto soggetto non legittimato, si è affermato che solo il prestatore del servizio può chiedere il rimborso nei confronti delle autorità tributarie dello Stato membro del luogo delle prestazioni.

Nonostante i molteplici chiarimenti giurisprudenziali e gli interventi normativi correttivi comunitari, la strada verso la completa armonizzazione è ancora lunga. Nella direttiva n. 112 del 28.11.2006, ai punti 35 e 39 e 45 del preambolo, sono indicate tutte le possibili modifiche che devono ancora essere apportate al regime comune IVA. Oltre all'identificazione di un'aliquota comune che non sia inferiore al 15% (oggi si va dal 12% Lussemburgo al 25% in Svezia), è stabilito che è opportuno redigere un elenco comune di esenzioni per una percezione delle risorse proprie in tutti Paesi membri e che il regime delle detrazioni e gli obblighi dei soggetti passivi dovrebbero essere armonizzati per quanto possibile per assicurare una riscossione equivalente in tutti i Paesi membri. Al punto 56 si propone inoltre un regime speciale per semplificare gli obblighi formali degli operatori che forniscono servizi per via elettronica.

I dati esaminati rendono ancora oggi difficile il passaggio al regime definitivo previsto per le operazioni IVA intracomunitarie che sarebbe dovuto avvenire nel 1997. Uno dei problemi maggiori è la mancanza di un meccanismo di compensazione per la riallocazione del gettito IVA tra i diversi Paesi che assicuri che ciascuno Stato riceva le entrate IVA spettanti²⁶. L'attuale regime comunitario (Direttiva 91/680) comporta tuttavia forti rischi di frode ed evasione. È emersa in proposito dalla relazione del Dott. Spera, la necessità di una maggiore semplificazione degli obblighi formali, la razionalizzazione delle deroghe esistenti e l'introduzione di un sportello unico (priorità individuate dalla nel c.d. pacchetto IVA) per facilitare i soggetti passivi che versano l'Iva nel Paese di origine del bene ed un potenziamento della collaborazione tra gli Stati membri per contenere frodi fiscali²⁷.

²⁵ In tale sentenza, al punto 40, è chiarito che, un sistema in cui il prestatore che ha versato erroneamente IVA alle autorità tributarie è legittimato a chiedere il rimborso ed il destinatario dei servizi può esercitare azione civilistica di ripetizione dell'indebito nei confronti del prestatore, rispetta i principi di neutralità ed effettività. Cfr. GREGGI, *Il rimborso dell'IVA indebitamente applicata in via di rivalsa*, in Riv dir trib., 2007 II, 639.

²⁶ La Direttiva del Consiglio Cee n. 91/680 del 16 dicembre 1991 ha definito e disciplinato il regime transitorio delle operazioni intracomunitarie in vigore dal 1° gennaio 1993 che doveva concludersi il 31.12.1996. MARÈ *A new VAT for EU, taxing consumption and financing the budget* Università Pavia, 2005.

²⁷ Nella relazione dal titolo *IVA intracomunitaria* presentata al presente convegno, con riferimento alle problematiche connesse al passaggio al regime definitivo, è stato evidenziato che nella Comunicazione (2003) 614 del 29.10.2003 è stato rilevato che appare alquanto improbabile ottenere in un futuro immediato progressi significativi per quanto riguarda l'introduzione di un sistema comune di IVA basato sulla tassazione nel Paese di origine.

Proprio con riguardo a tale ultimo aspetto va infatti evidenziato che il fenomeno evasivo in ambito UE in generale è allarmante (si parla di mancate entrate fiscali in generale per 200-250 miliardi di euro nei vari Paesi UE – grossa parte è costituita da frodi IVA). In materia di IVA, le frodi più diffuse si realizzano attraverso l'interposizione fittizia di società c.d. *missing traders* le quali cedono il bene o prestano il servizio per poi scomparire senza versare IVA. Tra queste le più diffuse sono le frodi carosello che si caratterizzano per il fatto che il cessionario acquista e rivende la merce ed ove si realizza indebita detrazione e mancato versamento IVA²⁸. La Corte di Giustizia, nella sentenza 12 gennaio 2006, cause riunite C-354/03, C-355/03 e C-484/03, *Optigen e Altri*, ha affermato tuttavia che la detrazione dell'IVA a monte non può essere negata ad un soggetto che acquista beni nell'ambito di una cosiddetta frode carosello, se tale soggetto è in buona fede²⁹. Accanto a tali tipi di frodi vi sono quelle che si realizzano sempre mediante la creazione di società fantasma attraverso depositi IVA che determinano una sospensione di imposta. Recenti strumenti legislativi nel nostro ordinamento evidenziati nella relazione del Colonnello della Guardia di Finanza De Gregori, sono rappresentati dall'inasprimento della disciplina antievasiva delle società di comodo, l'introduzione di nuove fattispecie penali che contemplano le frodi IVA (D.Lgs. 74/2000) e le recenti circolari ministeriali tra cui la C.M n. 3-3-2007 per contrastare le frodi carosello.

Si è cercato inoltre di ridurre il fenomeno frodi IVA attraverso il reverse charge o inversione contabile previsto dalla direttiva 2006/69 che comporta l'obbligo dell'autofattura e versamento IVA da parte del cessionario o committente. Tale meccanismo è stato recepito parzialmente in alcuni settori come quello edile in Italia dall'art. 44 L. 296/2006³⁰. L'appesantimento degli oneri a carico dei soggetti passivi (obblighi di dichiarazione supplementari per garantire all'A.F. di effettuare i controlli incrociati e obbligo amministrativo di verificare la posizione del cliente in ordine alla possibilità di applicare l'inversione contabile) che deriva dal *reverse charge*³¹, si pone in contrasto con l'obiettivo della semplificazione posto a garanzia della libera circolazione delle merci.

²⁸ CARACCIOLI *Frodi carosello e altre tipologie di frodi* Sintesi della relazione tenuta al Convegno (Siracusa 16 dicembre 2006) su "Frodi IVA e frodi esattoriali: metodi di contrasto e strumenti di difesa", descrive il sistema fraudolento delle frodi carosello il quale presuppone l'inserimento tra il cedente ed il cessionario effettivo di una "società interposta" (variamente denominata nella prassi: "sfinge", "filtro", "schermo", ecc.), di talché l'amministratore della stessa non commette il reato di cui all'art. 2 D.Lgs. 74/00, in quanto ha effettivamente sostenuto i costi dell'acquisto dei beni; a sua volta il primo cedente e lo stesso amministratore della società interposta non realizzano il reato di cui all'art. 8 stesso D.Lgs., in quanto le cessioni sono state reali. Il danno all'Eriario deriva dalla spartizione dell'IVA non versata tra i vari soggetti dell'operazione.

In Italia il Legislatore ha inteso porre rimedio alla diffusione delle c.d. "frodi carosello" introducendo l'art. 60-bis D.p.r. 633/72, che ha previsto la "solidarietà nel pagamento dell'imposta" tra cessionario e cedente nel caso di "cessioni effettuate a prezzi inferiori al valore normale", salvo che l'obbligato solidale "dimostri che il prezzo inferiore dei beni è stato determinato in ragione di eventi o situazioni di fatto oggettivamente rilevabili o sulla base di specifiche disposizioni di legge e che comunque non è connesso con il mancato pagamento dell'imposta".

²⁹ GIORGI, *Frodi carosello e detrazione Iva*, *Dialoghi di dir. trib.*, 2006.

³⁰ La ratio del sistema del "reverse charge", pur derogando al principio generale della rivalsa e detrazione, secondo il legislatore, consentirà di porre un freno alle frodi nell'edilizia, come precisato dalla circolare dell'Agenzia delle Entrate del 4 agosto 2006, n. 28/E, settore in cui non di rado avviene che il subappaltatore non versi l'IVA addebitata all'appaltatore, non registra l'operazione, o a volte, cessa l'attività senza lasciare traccia di sé.

³¹ LUPU, nella relazione al presente convegno dal titolo *Riflessi sistematici delle operazioni antofrode con particolare riferimento al reverse charge*, esprime dubbi sulla funzione di controllo che dovrebbe essere effettuata nel *reverse charge* dal fornitore o venditore del bene.

Resta in ogni caso di assoluta importanza il rafforzamento della cooperazione tra le diverse A. F. che comunque, considerata la natura di risorsa propria dell'IVA, dovrebbe garantire il gettito in tutti i Paesi appartenenti all'UE, perché l'evasione in uno Stato va a svantaggio di tutti gli altri in quanto rappresenta una mancata entrata del bilancio comunitario.

SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI
Commented documents

European Court of Justice – Great Chamber – Judgement of 14 November 2006 - Case C-513/04 – Skouris, President – Rosas, Rapporteur

Income tax – Dividends – Tax burden on dividends from shareholdings in companies established in another Member State – No possibility in the State of residence to set off income tax levied at source in another Member State

Article 73b(1) of the EC Treaty (now Article 56(1) EC) does not preclude legislation of a Member State, such as Belgian tax legislation, which, in the context of tax on income, makes dividends from shares in companies established in the territory of that State and dividends from shares in companies established in another Member State subject to the same uniform rate of taxation, without providing for the possibility of setting off tax levied by deduction at source in that other Member State.

Double taxation of dividends: it is possible to disallow deduction of withholding taxes

Olimpia Esposito De Falco*

CONTENTS: 1. The case 2. The Belgian taxation on dividends within the four fundamental freedoms 3 The Italian taxation on dividends. Conclusions.

1. The case

The case under examination might lead to significant changes in the national tax systems of EU Member States. The European Court of Justice actually held that Article 56(1) of the EC Treaty (former 73b(1) EC)¹ does not entitle a tax credit cor-

* Translation by Claudia Calogero

¹ In Chapter 4, Capital and Payment, Article 56 of the EC Treaty (former Article 73b EC) says:

1. Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on the movement of capital between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.

2. Within the framework of the provisions set out in this Chapter, all restrictions on payments between Member States and between Member States and third countries shall be prohibited.

responding to the foreign tax paid by individuals on dividends from companies established in other EU Member States.

In particular, the Court held that the Belgian tax legislation is lawful, where it makes dividends from companies established in the territory of that State and dividends from companies established in another Member State subject to the same uniform rate of income taxation.

As will be observed later, this tax treatment actually leads to double taxation, although it is the same for both dividends from companies established in Belgium and dividends from companies established in other Member States, in that it does not provide for the possibility of setting off the tax levied at source in the State of residence.

In the case in point, during the years 1995 and 1996, Mr and Mrs Kerckhaert-Morres, who are resident in Belgium, received dividends from Eurofers SARL, a company established in France, subject to a levy of 15%, deducted at source by way of tax on income.

In their tax return, Mr and Mrs Kerckhaert-Morres applied to take advantage of the tax benefit provided for in Article 19.A(1), second paragraph² of the France-Belgium Double Taxation Convention³.

The application was rejected by the Belgian tax administration, as following legislative amendments, natural persons were no longer entitled to benefit “from that tax credit when they receive dividends from undertakings established in another State arising from income which has already been taxed in that State by way of tax on income, with the result that that income is subject to taxation at source in that State and to tax at the rate of 25% as laid down in Article 171(3) of the Tax Code⁴”.

Taking the view that this rejection resulted in applying to French-sourced dividends a heavier tax burden than that imposed on dividends from companies established in Belgium, in that infringing Article 73b(1) of the EC Treaty (now, Article 56(1)), Mr and Mrs Kerckhaert-Morres appealed to the *Rechtbank van eerste aanleg te Gent* (Court of First Instance, Ghent), which decided to stay the proceedings and to refer to the Court for a preliminary ruling on the question of whether the Community principles of freedom and equality were infringed.

Thus, the European Court of Justice gave judgement on whether Article 56(1) of the EC Treaty was infringed, so to clarify whether a provision in the income tax legislation of a Member State does not conform to the principles of free circulation of

² It is stipulated in Article 19.A(1) of France-Belgium convention that when dividends are paid by a French-resident company to a Belgian resident other than a company subject to corporation tax, and when these dividends have been taxed at source in France, the Belgian tax due on the amount net of this French tax at source is to be reduced by, first, the withholding tax imposed at the normal rate, and, second, a fixed percentage of foreign tax that is deductible under conditions fixed by Belgian law, provided that such percentage may not be lower than 15% of that net amount.

³ Convention between France and Belgium for the avoidance of double taxation and the establishment of rules of reciprocal administrative and legal assistance with respect to taxes on income, signed at Brussels on 10 March 1964, as amended by additional protocol signed on 15 February 1971.

⁴ Under Article 171(3) of the Income Tax Code, dividends are taxable at a rate of 25%. Article 187 of the Income Tax Code originally provided that, as regards income from shares and invested capital which had been made subject, in another country, to income tax, corporation tax or tax on non-residents, the tax was to be reduced beforehand by a fixed percentage of that foreign tax.

capital and thus of tax freedom and non-discrimination, where it subjects dividends from resident companies and dividends from companies resident in another Member State to the same uniform tax rate, without in the latter case providing for the setting off of tax levied at source in that other Member State.

According to the European Court of Justice, there is no tax discrimination in the treatment of the different sources of dividends, as a uniform rate is applied. Therefore, the position of a shareholder receiving dividends is not altered by the fact that another Member State, in exercising its fiscal sovereignty, applies its own rules.

Indirect effects of double taxation may depend on the fact that the coordination between competing Member States is inexistent or partial, as currently there is not a binding regulation or harmonization measure, apart from specific cases⁵.

Conversely, situations such as those of the spouses can be avoided by way of relevant double taxation convention, which however is not at issue in the preliminary reference at hand. The conclusion is as follows: “Article 73b(1) of the EC Treaty (now Article 56(1) EC) does not preclude legislation of a Member State, such as Belgian tax legislation, which, in the context of tax on income, makes dividends from shares in companies established in the territory of that State and dividends from shares in companies established in another Member State subject to the same uniform rate of taxation, without providing for the possibility of setting off tax levied by deduction at source in that other Member State”.

2. The Belgian taxation on dividends within the four fundamental freedoms

The case in point deals with a delicate issue concerning an objective that Europe has pursued from the outset: a single and competitive market without tax distortions.

It is well known that the free movement of capital, as laid down in Article 56 of the EC Treaty (former Article 73b EC) is one of the four fundamental freedoms (along with the free movement of persons, goods and services) underlying the Single Market⁶. Furthermore, the progressive abolition of restrictions on the movement of capital between Member States is one of the historic objectives of the Treaty of Rome, in that it serves the purpose of securing a good operation of the Single Market.

The free movement of capital, however, may have limited effects in the tax field, as Article 58 of the EC Treaty (former Article 73d EC) enables Member States to *apply the relevant provisions of their tax law which distinguish between taxpayers who are not in the same situation with regard to their place of residence or with regard to the place where their capital is invested*.

⁵ See Directive 90/434/EEC on cross-border mergers and divisions and Directive 90/435/EEC on parent companies and subsidiaries.

⁶ The free movement of persons, goods and services must be carried on along with the free movement of capital and payments concerning intra-Community trade. In this sense, see F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino 2006, p. 91 foll.

Differences in tax regimes are, therefore, allowed with regard to the place of residence of investors and to the place where their capital is invested.

In other words, in capital income taxation, it is possible to distinguish between residents and non-residents, as well as between capital invested in resident companies and capital invested in non-resident companies. This different treatment, however, should not constitute *a means of arbitrary discrimination or a disguised restriction on the free movement of capital and payments*⁷.

The latter principle, as will be observed later, can be found in various judgements of the European Court of Justice, but it is “codified” – in the field of direct taxation – in case *Schumacker*⁸, which prohibits any direct or indirect residence-based discrimination, even though it recognizes the distinction between residents and non-residents⁹.

Therefore, of particular interest is the European Court’s case law concerning taxation on dividends from foreign companies, which is the topic of this case.

In *Verkooijen*¹⁰, *Lenz*¹¹ and *Manninen*¹², the Court found that the laws of the

⁷ Article 58(3) of the EC Treaty.

⁸ Judgement of the European Court of Justice of 14 February 1995, case C-279/93, *Finanzamt Köln-Astadt v Roland Schumacker*. Mr Schumacker lived in Belgium with his family and was employed in Germany. His wages were the household’s sole income and were thus subject in Germany to a deduction at source, as provided for in the double taxation convention between Belgium and Germany. As Mr Schumacker and his family were not resident in Germany for tax purposes, the deduction is applied on the aggregate income without taking into account relevant family circumstance, according to the German tax law. Consequently, Mr Schumacker appealed to the German tax court for a new tax settlement. Considering this treatment discriminatory and unjustified, as it was applied to residents only, and in contrast with Article 48 of the EC Treaty, the national tax court referred the question to the European Court of Justice for a preliminary ruling. See comments by MUGURUZA A. J., ROCCATAGLIATA F., *Discriminatorio il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, II, 1996, p. 3 foll.; AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell’ambito dell’Unione Europea*, in *Dir e Prat Trib*, II, no. 1, 1996, p. 227; PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell’imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir. e Prat. Trib.*, I, 1995, p. 1470 foll.; ACCILI B., *L’art. 48 del trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, II, p. 227.

⁹ It is a historic judgement: a starting point for the harmonization of direct taxation within the European Single Market and, at the same time, a destination for the four fundamental freedoms of the Treaty of Rome. In fact, more than twenty years ago, the European Court of Justice started to build its position on the right of movement and non-discrimination of Member States’ citizens on grounds of nationality in its judgement of 12 February 1974, case C-152/73 *Sotgiu*, ECR [1974] 153. By way of this judgement concerning the fundamental freedoms of the Treaty of Rome, the European Court of Justice moved on from a case law focusing on the prohibition of discrimination on grounds of nationality to a more general prohibition of measures that adversely affect the free movement within the Community. In this sense, WOUTERS, *The case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, p. 185 foll. This position has been developed in the tax field only in the last years in cases *Avoir fiscal*, *Biehl*, *Bachmann*, *Commerzbank* and *Halliburton Services*.

¹⁰ Judgement of 06 June 2000, case C-35/98, *Verkooijen* ECR [2000] I-4071). “Article 1(1) of Directive 88/361 for the implementation of Article 67 of the Treaty precludes a legislative provision of a Member State which makes the grant of an exemption from the income tax payable on dividends paid to natural persons who are shareholders subject to the condition that those dividends are paid by a company whose seat is in that Member State. Such a provision has the effect of dissuading Community nationals residing in the Member State concerned from investing their capital in companies which have their seat in another Member State and also has a restrictive effect as regards such companies in that it constitutes an obstacle to the raising of capital in the Member State concerned; the restriction cannot be justified by any overriding reason in the general interest such as the need to preserve the cohesion of the tax system. The position is not in any way changed by the fact that the taxpayer applying for such a tax exemption is an ordinary shareholder or an employee who holds shares giving rise to the payment of dividends under an employees’ savings plan”. See in *Rass. Trib.*, 2000, p. 1347, annotated by GIORGI M. *La libera circolazione dei capitali nella Comunità europea ed il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*.

¹¹ Judgements of 15 July 2004, case C-315/02, *Lenz*, and case C-242/03, *Weidert-Paulus*. Here, Articles 56 and 58 EC seems in contrast with two national laws, namely Austrian and Luxembourg laws, which treat foreign capital income less favourably than domestic capital. Already in judgement of 21 November 2001, case C-436/00, *X and Y* [2001] ECR I-10829, the European Court of Justice ruled out a less favourable treatment applied to capital gains from companies established abroad.

¹² Judgement of 7 September 2004, case C-319/02, *Manninen*. It deals with Member States’ legislations on

Member States at issue did not treat in the same way dividend income from companies established in another Member State, as they denied recipients of the latter dividends the tax benefits granted to the others. Having concluded that the situation of taxpayers receiving dividends from companies established in another Member State is not objectively different from that of taxpayers receiving dividends from companies established in the Member State in which they are resident, the Court held that the laws at issue amounted to restrictions of the fundamental freedoms guaranteed by the Treaty.

However, the Court held that the case in point differs from those which gave rise to the above judgments in as much as the Belgian tax legislation does not make any distinction between dividends from companies established in Belgium and dividends from companies established in another Member State. Under Belgian law both are taxed at an identical rate of 25% by way of income tax.

Actually, even though the Belgian tax legislation does not lead to tax discrimination, it does lead to double taxation¹³. Double taxation hugely affects international trade by effect of the double tax burden on the taxpayer¹⁴. Under certain circumstances, the taxpayer shall not carry out cross-border transactions, which are hit by double taxation, and opt for domestic transactions, which are subject to national taxation only, thus being burdened with a lower levy. In the case in point, the fact that the tax credit is not granted in respect of the tax levied at source in the foreign State does not facilitate the free movement of capital. In fact, income deriving from direct investment made by individuals in a company resident in another Member State is subject to a higher taxation than income deriving from shares in a Belgian company, namely 15% in France and 25% in Belgium on net dividends.

The European Court of Justice, however, pointed out that the adverse consequences which might arise from the application of an income tax system such as the Belgian system at issue in the main proceedings result from the exercise in parallel by two Member States of their fiscal sovereignty.

It also held that Community law, in its current state and in a situation such as that in the main proceedings, does not lay down any general criteria for the attribution of areas of competence between the Member States in relation to the elimination of double taxation within the Community.

capital taxation in a definitive way. Differently from what provided for the free movement of persons and services, the EC Treaty forbids any restrictions on the free movement of capital in Article 56 and then distinguishes taxpayers depending on their residence or place of investment (Article 58(1)(a) of the EC Treaty).

¹³ International tax scholars usually draw a distinction between juridical and economic double taxation. The first one is typical of cross-border situations and is taxation of the same income and for the same period twice in the hands of the same person; the second one is more common in domestic situations and is taxation of the same income – which is qualified differently – in the hands of different taxpayers. An example of economic double taxation is where dividends are taxed as profits in the hands of the distributing person and then as dividends in the hands of the receiving person, who owns relevant qualifying shares. See GIANNETTO G., *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposizione diretta*, in *Il fisco*, no. 45, 1999, p. 253.

On double taxation, see also: ADONNINO, *Doppia imposizione (dir. Trib.)* in *Enc. Dir.*, XIII, p. 1015; MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990; VITALE, *Doppia imposizione (Dir. Internaz.)*, in *Enc., Dir.*, XIII, p. 1007 foll.; FANTOZZI - VOGEL, *Doppia imposizione internazionale* in *Dig.*, IV, disc. Priv., sez. comm., p. 182 foll.; MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, 1965, in *Dir. Prat. Trib.*, I, p. 225 foll.

¹⁴ According to Udina, double taxation is where the same fact leads to tax obligations in more than one State for the same or similar reason and for the same period or event. See UDINA M., *Diritto tributario internazionale*, in FEDOZZI P. - ROMANO S., *Trattato di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1949, p. 253.

The Court recalled that it is necessary to sign double taxation conventions¹⁵ to govern relationships between Member States, as laid down in Article 293¹⁶ of the EC Treaty; then, it merely stated that the preliminary reference does not cover the 1964 Double Taxation Convention between Belgium and France, which was actually violated by the Belgian legislation.

It is to emphasize that conventions against double taxation were signed with a view at preventing tax conflicts and, above all, distortions of competition¹⁷. Once more, the Court of Justice underlined that it is up to Community bodies to define how and when to achieve the necessary level of harmonization, in order to prevent direct taxation interfering with the Single Market.

Therefore, tax harmonization, as laid down in Article 93 of the EC Treaty (former Article 99 EC)¹⁸, governs indirect taxation. Conversely, direct taxation¹⁹ seems to be alien to harmonization and is governed by approximation, as laid down in Article 94 of the EC Treaty (former Article 100 EC)²⁰.

However, it cannot be overlooked that the main objective of various Community directives is to harmonize direct taxes against double taxation, in order to favour the free movement of capital within the European Union.

¹⁵ On the issue of double taxation convention on income and capital, see VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Deventer Boston, 1997; UCKMAR V., *Le motivazioni economiche e i presupposti giuridici delle convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Quaderni del Ministero delle Finanze*, 2, 1995.

¹⁶ Article 293 of the EC Treaty (former Article 220 EC) says: "Member States shall, so far as is necessary, enter into negotiations with each other with a view to securing for the benefit of their nationals:

— the protection of persons and the enjoyment and protection of rights under the same conditions as those accorded by each State to its own nationals,

— the abolition of double taxation within the Community,

— the mutual recognition of companies or firms within the meaning of the second paragraph of Article 48, the retention of legal personality in the event of transfer of their seat from one country to another, and the possibility of mergers between companies or firms governed by the laws of different countries,

— the simplification of formalities governing the reciprocal recognition and enforcement of judgments of courts or tribunals and of arbitration awards.

¹⁷ During a discussion on the scope of double taxation conventions, the US Supreme Court stated that the prime scope of the convention is not to guarantee a perfect equality in treatment, but rather, as inferred from the preamble to the convention, to facilitate trade by way of eliminating double taxation that derives from the application of taxes on the same transaction or income by two Member States. In this sense, see UCKMAR V., *Diritto tributario internazionale* (edited by Uckmar V.), Cedam, 2005, p. 112.

¹⁸ Article 93 of the EC Treaty (former Article 99 EC) says "The Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, adopt provisions for the harmonization of legislation concerning turnover taxes, excise duties and other forms of indirect taxation to the extent that such harmonization is necessary to ensure the establishment and the functioning of the internal market within the time limit laid down in Article 14."

¹⁹ In 1992, the Ruding Committee submitted a report on the state of harmonization in direct taxation across Member States of the European Union, where it noted the existence of significant differences in Member States' corporation tax legislations. The main differences concern the definition of the tax base, exemptions, withholding taxes on foreign income and the methods for mitigating double taxation on cross-border income. See RUSSO-CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, op. cit. p. 631; COSCIANI, *L'armonizzazione fiscale nella CEE*, Milano, 1986.

²⁰ ROCCATAGLIATA F., *Diritto tributario internazionale* (edited by Uckmar V.), Cedam, 2005, p. 681. Article 94 of the EC Treaty (former 100 EC) provides expressly: "The Council shall, acting unanimously on a proposal from the Commission and after consulting the European Parliament and the Economic and Social Committee, issue directives for the approximation of such laws, regulations or administrative provisions of the Member States as directly affect the establishment or functioning of the common market."

In particular, these directives are Directive 90/435/EEC, as amended by Directive 2003/123/EEC, on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States²¹; Directive 2003/48/EC of 3 June 2003 on taxation of savings income in the form of interest payments and Directive 2003/49/EEC on a common system of taxation applicable to interest and royalty payments made between associated companies of different Member States²².

The EU intervention is limited in the field of direct taxation: in fact, it represents the main revenue source for Member States' tax autonomy, in that it directly affects personal ability to pay. In this context, harmonization aims at preventing serious distortions of competition in the Single Market and, in any case, at curbing harmful tax competition so to eliminate significant distortions²³.

This brings about the problem of tax sovereignty that Member States invoke every time Community law puts constraints on national taxing powers²⁴.

3. The Italian taxation on dividends. Conclusions

The case gives the opportunity to analyze (even briefly) the Italian taxation on dividends and to verify whether relevant current provisions might lead to similar distortions.

Legislative Decree No 344 of 12 December 2003 amended the Italian Consolidated Text on Income Taxes (Presidential Decree D.P.R. No 917/1986) in respect of domestic and foreign dividends distributed to individuals.

Delegation Law No 80 of 7 April 2003 abolished the tax credit system and introduced an exemption mechanism. Currently, the Italian Consolidated Text on Income Tax (*T.U.I.R.*) provides that the company is taxed on its profits, and its distributed dividends are tax exempt, even partially, also where the company is established abroad, except for in the case where it is established in a country with a preferential tax regime²⁵.

In Circular No 26/E of 2004, the Italian Revenue Agency (*Agenzia delle entrate*) clarified that the dividends are tax exempt also where profits are not taxed in the hands of the distributing company.

Furthermore, according to Article 109, fifth paragraph of *T.U.I.R.*, receiving companies are allowed to deduct expenses incurred relating to the management of shareholdings: expenses and other negative values other than interest paid are deductible

²¹ In this sense, see also Directive 90/434/EEC on cross-border mergers and divisions.

²² On these directives, see DIBOUT - CASERTANO, *L'armonizzazione fiscale all'apertura del Mercato Unico*, in *Fisco*, 1993, p. 1137; DI TANO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, I, p. 181; MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi di Società figlie alla luce della direttiva CEE*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 519; MANZITTI - LUDOVICI, *Regime tributario dei dividendi comunitari*, in *Le società*, 1993, p. 1331.

²³ AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Cedam, 2003, p. 121. See also AMATUCCI F., *L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1999 p. 184.

²⁴ AMATUCCI A., *Responsabilità fiscale limitata e libertà di stabilimento*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, no. 2, 2001.

²⁵ In particular, Article 89 of TUIR provides that dividends are included as income of the receiving company only to the extent of 5% in the year when they are received, as the amount of 95% is excluded.

where and to the extent that they are relevant to activities or goods whose revenues or other proceeds are included as income or are not included as income.

Therefore, the dividend receiving company benefits from an almost full exemption from tax on dividends received and is allowed to deduct expenses incurred relating to the management of relevant shareholdings²⁶. As mentioned, this favourable regime is applicable also to dividends distributed by non-resident companies and other entities²⁷, provided that the distributing company is not established in a country with a preferential tax regime, as listed in Ministerial Decree of 21 November 2001²⁸.

After these short observations on how companies are taxed in respect of dividends, it is proper to consider the Court's conclusions in the case in point.

To tell the truth, the solution is not innovative: the Court does not urge the Community lawmaker to pursue broader objectives, but merely states that the reference does not concern the Convention between France and Belgium, which is infringed by the Belgian law.

Moreover, the judgement of the European Court of Justice takes into account the opinion of Advocate General L.A. Geelhoed²⁹. He held that the Belgian dividend taxation is compatible with Articles 43 and 56 of the EC Treaty and pointed out that the assessment of the compatibility of the Belgian provisions with the French-Belgian Convention is purely a matter for the national court. He also pointed out that, as in previous cases³⁰, measures were introduced to prevent "quasi-restrictions", namely distortions resulting from the coexistence of separate tax systems leading inevitably to double taxation.

Advocate General L.A. Geelhoed considered that these quasi-restrictions may only be eliminated through the intervention of the Community lawmaker, in the absence of which intervention they should be held to fall outside the scope of the Treaty free movement provisions.

In conclusion, despite some scholars' censures and reservations, a Community law should be introduced to abolish these quasi-restrictions, so to facilitate an effective integration of domestic tax regimes and the free circulation of capital within the European Union.

²⁶ BELLUZZO L. - LO PRESTI VENTURA E., *La tassazione di dividendi e plusvalenze da partecipazione tra norme in vigore, recenti interpretazioni ministeriali e schema di "correttivo": società di capitali ed enti commerciali residenti*, in *Il Fisco*, no. 22, 2005, p. 3410 foll.

²⁷ With reference to dividends received by individuals resident in Italy who hold non-qualifying shareholdings in foreign companies, it is to point out that the tax credit is not granted in respect of foreign source income that is already taxed at source. This could lead to infringe Article 23B of the OECD Model Tax Convention, where deduction is allowed in respect of taxes paid in the source country. See also Communication of the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee *Dividend taxation of individuals in the Internal Market*, COM (2003) 810 final.

²⁸ The list of countries covered by CFC rules is contained in Ministerial Decree of 21 November 2001. The list considers three different types of countries with preferential tax regime: absolute, exceptional and under certain circumstances.

²⁹ See the Opinion of Advocate General L. A. Geelhoed delivered on 6 April 2006, case C-513/04 *Mark Kerckhaert, Bernadette Morres v Belgische Staat*.

³⁰ See Opinion of Advocate General L. A. Geelhoed delivered on 23 February 2006, case C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, ECR I-0000.

Corte di Giustizia delle Comunità europee – Grande Sezione – Sentenza 14 novembre 2006 - Causa C-513/04 - Pres. Skouris - Rel. Rosas

Imposta sul reddito – Dividendi – Onere d'imposta sui dividendi derivanti dalle azioni detenute in società stabilite in un altro Stato membro – Mancata imputazione nello Stato di residenza dell'imposta sul reddito prelevata alla fonte in un altro Stato membro

L'art. 73 B, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 56, n. 1, CE) non osta alla normativa di uno Stato membro, quale la legislazione fiscale belga, che, nell'ambito dell'imposta sul reddito, assoggetta alla stessa aliquota d'imposta uniforme i dividendi di azioni di società stabilite sul territorio del detto Stato e i dividendi di azioni di società stabilite in un altro Stato membro, senza prevedere la possibilità di imputare l'imposta prelevata mediante ritenuta alla fonte in quest'altro Stato membro.

Doppia tassazione dei dividendi: ammessa la mancata deduzione delle ritenute pagate

Olimpia Esposito De Falco

SOMMARIO: 1. Il Caso; 2. Il regime di tassazione dei dividendi nell'ordinamento belga e le libertà fondamentali; 3 La tassazione dei dividendi percepiti in Italia e considerazioni conclusive.

1. Il Caso

La Corte di Giustizia Europea, nella sentenza che si annota, ha assunto un orientamento che potrebbe causare significativi cambiamenti negli ordinamenti tributari dei Paesi membri dell'Unione Europea. Ha affermato, infatti, che l'art. 56, n. 1 del Trattato CE (ex art. 73 B, n. 1 CE)¹, non prevede il riconoscimento di un credito

¹ L'articolo 56 (ex articolo 73 B) del Trattato CE, del capo 4 rubricato capitali e pagamenti, dispone:

1. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi.

2. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e Paesi terzi.

d'imposta corrispondente al tributo versato all'estero da parte di persone fisiche che percepiscono dividendi da società residenti in altri Stati membri dell'UE.

In particolare, applicando, in materia di imposte sui redditi, la stessa aliquota di imposta uniforme sia ai dividendi distribuiti da società stabilite in territorio belga, sia a quelli distribuiti da società stabilite in un altro Stato membro, ha affermato la legittimità delle disposizioni contenute nella legislazione belga.

Come si avrà modo di osservare, tale trattamento impositivo - pur essendo il medesimo per i dividendi provenienti da società residenti nel territorio belga ed imprese stabilite in altri Paesi membri - di fatto genera una doppia tassazione, non prevedendo la facoltà di imputare l'imposta, prelevata mediante ritenuta alla fonte, nello Stato membro in cui la medesima risulta domiciliata.

Il caso di specie riguarda i coniugi Kerckhaert-Morres, residenti in Belgio, i quali, nel corso degli anni 1995 e 1996, hanno percepito dividendi della società Eurofers SARL, stabilita in Francia, pagando una ritenuta alla fonte del 15% a titolo di imposta sui redditi.

La richiesta dei coniugi Kerckhaert-Morres, in sede di dichiarazione dei redditi, era tesa a beneficiare di un vantaggio fiscale corrispondente all'imposta francese alla fonte, in applicazione dell'art. 19 A, n. 1 II comma² della Convenzione franco-belga³, diretta ad evitare fenomeni di doppia imposizione.

Invero, la domanda veniva respinta dall'Amministrazione finanziaria belga poiché, a seguito di modifiche legislative, era venuto meno il beneficio, per le persone fisiche, "del credito d'imposta per imputazione qualora avessero percepito dividendi di imprese stabilite in un altro Stato, provenienti da redditi che sono già stati assoggettati ad imposta in tale Stato a titolo di imposta sul reddito, di modo che tali redditi sono assoggettati all'imposta trattenuta alla fonte nel detto Stato, nonché all'imposta all'aliquota del 25% prevista all'art. 171, n. 3 del codice delle imposte⁴".

I coniugi Kerckhaert-Morres, ritenendo che tale rigetto aveva l'effetto di sottoporre i dividendi di origine francese ad una pressione fiscale maggiore di quella esercitata sui dividendi di società stabilite in Belgio, in violazione dell'art. 73 B, n. 1 del Trattato CE (attualmente art. 56, n. 1 del Trattato CE), hanno adito il Tribunale di primo grado di Gent, Belgio (*Rechtbank van eerste aanleg te Gent*). Quest'ultimo ha deciso di sottoporre alla Corte di Giustizia delle Comunità europee una questione pregiudiziale, in merito alla lamentata lesione dei principi comunitari di libertà ed uguaglianza.

² L'art. 19 A, n. 1 della Convenzione franco-belga stabilisce che, quando i dividendi vengono pagati da una società stabilita in Francia ad un residente in Belgio che non sia una società soggetta all'imposta sulle società, e quando questi dividendi sono stati effettivamente assoggettati alla ritenuta alla fonte in Francia, l'imposta dovuta in Belgio sul loro ammontare, al netto della ritenuta francese, sia ridotta, da un lato, di qualsiasi ritenuta alla fonte riscossa al tasso normale e, dall'altro, della quota forfettaria di imposta straniera deducibile alle condizioni fissate dalla legge belga, e tale quota non dev'essere inferiore al 15% dell'importo netto.

³ Si tratta della Convenzione stipulata il 10 marzo 1964 tra il Belgio e la Francia, diretta ad evitare le doppie imposizioni ed a stabilire norme di reciproca assistenza giuridica ed amministrativa in materia di imposte sul reddito, come modificata dal protocollo aggiuntivo firmato il 15 febbraio 1971.

⁴ Il codice delle imposte sul reddito, all'art. 171, n. 3, dispone che: i dividendi sono imponibili all'aliquota del 25%. L'art. 187 del predetto codice prevedeva inizialmente che, per quanto riguardava i redditi provenienti da azioni o quote e da capitali investiti che erano stati assoggettati all'estero ad un'imposta sul reddito, ad un'imposta sulle società o ad un'imposta per i non residenti, l'imposta venisse previamente diminuita di una quota forfettaria di tale imposizione fiscale straniera.

Così, la Suprema Corte si è pronunciata in relazione alla possibile violazione delle norme comunitarie previste dall'art. 56, n. 1 del Trattato CE, al fine di chiarire se la legislazione di uno Stato membro in materia di imposte sul reddito - che prevede, come si è avuto modo di osservare, la tassazione ad una medesima aliquota dei dividendi distribuiti da società stabilite nel medesimo Stato o da imprese stabilite in altro Stato membro, senza ammettere, tuttavia, nei confronti dei dividendi distribuiti dalla società estera, la detrazione dell'imposta alla fonte applicata nell'altro Stato membro - non contrasti con il principio generale di libera circolazione dei capitali e, quindi, con i principi comunitari di libertà e non discriminazione fiscale.

Secondo la Suprema Corte non sussiste discriminazione impositiva tra le fonti dei dividendi, in quanto viene applicata un'aliquota uniforme. Così, la situazione del percettore non si configura diversa per la circostanza che un altro Stato membro, nell'esercizio della sua competenza, esercita la potestà impositiva con proprie modalità.

Gli effetti indiretti di doppia imposizione che possono manifestarsi dipendono dal mancato o imperfetto coordinamento tra potestà statali concorrenti che, attualmente, non subiscono regolamentazioni o armonizzazioni vincolanti, tranne in casi specifici⁵.

È, invece, possibile prevenire situazioni come quella dei coniugi Kerckhaert-Morres attraverso lo strumento delle Convenzioni contro le doppie imposizioni. Osservando però che non costituisce domanda di pronuncia pregiudiziale la citata Convenzione, si perviene alla seguente conclusione: *“l'art. 73 B, n. 1, del Trattato CE (divenuto art. 56, n. 1, CE) non osta alla normativa di uno Stato membro, quale la legislazione fiscale belga, che, nell'ambito dell'imposta sul reddito, assoggetta alla stessa aliquota d'imposta uniforme i dividendi di azioni di società stabilite sul territorio del detto Stato e i dividendi di azioni di società stabilite in un altro Stato membro, senza prevedere la possibilità di imputare l'imposta prelevata mediante ritenuta alla fonte in quest'altro Stato membro”*.

2. Il regime di tassazione dei dividendi nell'ordinamento belga e le libertà fondamentali

La pronuncia annotata affronta una tematica delicata, volta a realizzare l'obiettivo, da sempre perseguito in ambito europeo, di un mercato unico e concorrenziale, non alterato da distorsioni fiscali.

Come è noto, la libera circolazione dei capitali, di cui all'art. 56 del Trattato CE (ex art. 73 B), costituisce una delle quattro libertà fondamentali (insieme alle persone, le merci ed i servizi) alla base dello stesso Mercato Unico⁶. Inoltre, la graduale soppressione delle restrizioni ai movimenti di capitali di persone residenti negli Stati membri rappresenta uno degli obiettivi storici del Trattato di Roma, in quanto perseguita la finalità di assicurare il buon funzionamento del Mercato Unico.

⁵ Si tratta delle Direttive 90/434/CEE sulle fusioni e scissioni transfrontaliere e 90/435/CEE sulle società madri e figlie.

⁶ La libera circolazione delle persone, delle merci e dei servizi non risulta esercitata se non è accompagnata dalla libertà di trasferire i capitali necessari e di effettuare i pagamenti concessi agli scambi comunitari. In tal senso F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino 2006, p. 91 ss.

La libertà di circolazione di capitali può avere però effetti limitati in materia tributaria, in quanto l'art. 58 (ex art. 73 D) del Trattato CE consente agli Stati membri di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria, in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del loro capitale.

Sono, quindi, ammesse differenze di regime fiscale in base alla residenza degli investitori ed al luogo in cui i capitali sono investiti.

In altre parole, è possibile differenziare il trattamento fiscale dei redditi di capitale dei non residenti rispetto a quello dei residenti, nonché quello dei redditi dei capitali investiti all'estero rispetto ai redditi degli investimenti domestici. La diversificazione di trattamento tra residenti e non residenti non deve costituire, però, *un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti*⁷.

Quest'ultimo principio, come si avrà modo di osservare, è riscontrabile in diverse pronunce della Corte di Giustizia, sebbene "codificato", in materia di imposte dirette, nella nota sentenza *Schumacker*⁸ che, pur ammettendo la distinzione tra residenti e non residenti, vieta discriminazioni dirette o indirette a causa della cittadinanza⁹.

Pertanto, di particolare interesse appaiono le pronunce della Suprema Corte in tema di tassazione di dividendi distribuiti da società non nazionali, oggetto di studio della sentenza in esame.

⁷ Art. 58, III comma del Trattato CE.

⁸ *Schumacker* Corte di Giustizia CE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Finanzamt Köln-Astadt v. Roland Schumacker*. Il sig. Schumacker, cittadino Belga, residente con la sua famiglia in Belgio, svolgeva un lavoro subordinato in Germania. Il suo stipendio di fonte tedesca rappresentava la totalità del suo reddito familiare, ed era assoggettato all'imposta tedesca mediante ritenuta alla fonte, come stabilito dalla convenzione bilaterale belgo-tedesca contro le doppie imposizioni. Poiché il sig. Schumacker e la sua famiglia non erano residenti, ai fini fiscali, in Germania, in base al codice fiscale tedesco tale ritenuta era applicata integralmente, senza tenere conto della situazione familiare. Pertanto, il sig. Schumacker ricorse alla Commissione tributaria tedesca per ottenere una riliquidazione dell'imposta dovuta. Ritenendo tale trattamento, riservato esclusivamente ai lavoratori non residenti, discriminatorio ed ingiustificato, il tribunale amministrativo, rilevando un possibile contrasto con l'art. 48 del Trattato CE, rinviava alla Corte di Giustizia della Comunità Europea. Si vedano i commenti di MUGURUZA A. J., ROCCATAGLIATA F., *Discriminatorio Il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni fiscali nazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, II, 1996, p. 3 ss.; AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir e Prat Trib*, II, n. 1, 1996, p. 227; PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir. e Prat. Trib.*, I, 1995, p. 1470 ss; ACCILI B., *L'art. 48 del trattato di Roma e la fiscalità diretta: il caso Schumacker*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1996, II, p. 227.

⁹ Si tratta di una pronuncia di rilievo storico, considerata come punto di partenza nel settore dell'armonizzazione delle imposte dirette all'interno del Mercato Unico Europeo e, allo stesso tempo, come punto di arrivo a favore delle libertà fondamentali del Trattato di Roma. Infatti, l'indirizzo della Corte in relazione al diritto di circolazione e di non discriminazione dei cittadini degli Stati membri in ragione della loro nazionalità ebbe inizio più di vent'anni fa, nella sentenza relativa al caso *Sotgiu*, CGE, 12 febbraio 1974, C-152/73, in *Raccolta*, 1974, p. 153. Tale sentenza, in materia di libertà fondamentali del Trattato di Roma, segna, nell'operato della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, il passaggio da una casistica incentrata sul divieto della discriminazione sulla base della nazionalità ad un più generale divieto delle misure che determinano effetti restrittivi alla libera circolazione all'interno della Comunità. In tal senso WOUTERS, *The case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, p. 185 ss. Tale filone ha poi trovato articolazione in materia fiscale solo negli ultimi anni, con le sentenze relative ai casi *Avoir fiscal*, *Biehl*, *Bachmann*, *Commerzbank ed Halliburton Services*.

Nelle sentenze *Verkooijen*¹⁰, *Lenz*¹¹ e *Manninen*¹², la Suprema Corte ha ritenuto che la normativa degli Stati membri provocasse un trattamento differente tra i redditi derivanti dai dividendi di società con sede in un altro Stato membro, in quanto negava ai beneficiari di quest'ultimi dividendi i vantaggi fiscali concessi agli altri. La Corte, avendo riscontrato che la situazione dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite in un altro Stato membro non era diversa da quella dei contribuenti che percepivano dividendi di società stabilite nello Stato in cui erano residenti, ha ritenuto che tali normative costituivano un ostacolo alle libertà sancite dal Trattato.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte di Giustizia è dell'avviso che la causa principale appare diversa dalle predette sentenze, in quanto la legislazione fiscale belga non effettua alcuna distinzione tra i dividendi di società stabilite in Belgio e i dividendi di società stabilite in un altro Paese dell'UE, che sono sottoposti ad un'identica aliquota del 25% a titolo di imposta sul reddito.

In realtà, anche se la legislazione fiscale belga non genera discriminazione fiscale, inevitabilmente crea una doppia imposizione¹³. Quest'ultima incide sensibilmente sul commercio internazionale, per effetto del doppio onere fiscale gravante sul contri-

¹⁰ Sentenza del 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen* (Racc. 2000, I-4071). "L'art. 1, n. 1 della Direttiva 88/361, per l'attuazione dell'art. 67 del Trattato, osta ad una disposizione di legge di uno Stato membro che subordini la concessione di un'esenzione dall'imposta sul reddito alla quale sono soggetti i dividendi versati a persone fisiche in possesso di azioni alla condizione che tali dividendi siano versati da società aventi sede nel detto Stato membro. Infatti, una siffatta disposizione ha l'effetto di dissuadere i cittadini comunitari residenti nello Stato membro interessato dall'investire i loro capitali nelle società aventi sede in un altro Stato membro e produce anche un effetto restrittivo nei riguardi di tali società in quanto costituisce, nei loro confronti, un ostacolo alla raccolta di capitali nello Stato membro interessato, senza che la restrizione sia giustificata da un motivo imperativo di interesse generale quale la necessità di garantire la coerenza del regime fiscale. È influente su quanto precede il fatto che il contribuente che chiede di fruire dell'esenzione fiscale sia un normale azionista o un dipendente che detiene le azioni in base alle quali sono stati riscossi dividendi nel contesto di un piano aziendale di risparmio". Si veda in *Rass. Trib.*, 2000, p. 1347 con nota di GIORGI M. *La libera circolazione dei capitali nella Comunità europea ed il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*.

¹¹ Sentenze 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*, e causa C-242/03, *Weidert-Paulus*. In quest'ultime, gli art. 56 e 58 CE appaiono in contrasto con alcune normative nazionali, rispettivamente austriache e lussemburghesi, che sottopongono i redditi da capitale, provenienti da altri Stati membri, a condizioni più sfavorevoli di quelle applicate ai capitali originari dei propri territori. La censura di un peggior trattamento per i plus valori collegati con società stabilite all'estero era stata pronunciata già in precedenza, nella sentenza 21 novembre 2001, *X e Y*, causa C-436/00, *X e Y* (Racc. pag. I10829).

¹² Sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*. Quest'ultima affronta, in forma decisiva, le disposizioni degli Stati membri relative alla tassazione dei capitali. A differenza di quanto stabilito per la libera circolazione delle persone e la libera prestazione dei servizi, il Trattato CE, nel disciplinare la libera circolazione dei capitali, dopo aver proibito ogni restrizione all'art. 56, ammette una distinzione tra i contribuenti, in funzione della loro residenza o del luogo in cui investono i capitali (art. 58, n. 1, lett. a).

¹³ La dottrina tributaria internazionale solitamente distingue tra doppia imposizione giuridica ed economica. La prima, tipica degli ordinamenti internazionali, si verifica con la percezione dell'imposta in diversi Stati sullo stesso soggetto passivo, su una stessa materia imponibile e per un identico periodo di tempo; la seconda, prevalente negli ordinamenti interni, avviene quando lo stesso reddito, qualificato in maniera diversa, è tassato più volte, anche in capo a soggetti diversi. Esempio di doppia imposizione economica è quello dei dividendi, tassati una prima volta come utili in capo al soggetto che li produce ed una seconda volta come dividendi in capo al soggetto percettore, proprietario delle azioni che danno diritto alla riscossione dei medesimi. Cfr. GIANNETTO G., *La stabile organizzazione nel sistema dell'imposizione diretta*, in *Il fisco*, n. 45, 1999, p. 253.

Per ulteriori approfondimenti in tema di doppia imposizione si veda: ADONNINO, *Doppia imposizione* (dir. Trib.) in *Enc. Dir.*, XIII, p. 1015; MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990; VITALE, *Doppia imposizione* (Dir. Internaz.), in *Enc. Dir.*, XIII, p. 1007 ss.; FANTOZZI - VOGEL, *Doppia imposizione internazionale* in *Dig.*, IV, disc. Priv., sez. comm., p. 182 ss.; MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, p. 225 ss.

buente¹⁴. Questi dovrà, in determinate circostanze, rinunciare alle transazioni internazionali colpite da tale incidenza, per preferire quelle interne che, sopportando il solo onere fiscale nazionale, hanno un gravame ridotto rispetto alle prime. Nel caso in esame, la mancata attribuzione del credito d'imposta - pari al tributo versato alla fonte nello Stato estero - non favorisce la libera circolazione di capitali. Infatti, le rendite derivanti dall'investimento diretto effettuato dalle persone fisiche in una società residente in un altro Stato membro subiscono una tassazione maggiore rispetto ai redditi derivanti dalla partecipazione in una società belga, e cioè 15% in Francia e 25% in Belgio applicato al dividendo netto.

La Corte di Giustizia ha evidenziato, però, che le conseguenze svantaggiose generate dal sistema tributario belga scaturiscono dall'esercizio parallelo, da parte di due Paesi membri, delle loro competenze fiscali, ossia della loro sovranità impositiva. Ha altresì affermato che le disposizioni comunitarie non stabiliscono criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri, con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità.

La Corte, ricordando la necessità di regolare i rapporti tra gli Stati membri stipulando convenzioni¹⁵ che prevengono la doppia imposizione, come indicato dall'art. 293¹⁶ del Trattato CE, si è limitata ad affermare che la domanda di pronuncia pregiudiziale non ha ad oggetto il contenuto della convenzione franco-belga del 1964, di fatto violata dalla legislazione belga.

Va evidenziato che, proprio per evitare i conflitti positivi di tassazione e soprattutto gli effetti distorsivi degli stessi sulla concorrenza, furono stipulati i trattati internazionali contro la doppia imposizione¹⁷. La Corte di Giustizia sottolinea, ancora una volta, che è preciso compito delle Istituzioni Comunitarie definire i modi ed i tempi per raggiungere il livello di armonizzazione necessario per limitare le interferenze dell'imposizione diretta nel Mercato Unico.

¹⁴ Secondo Udina si può parlare di doppia imposizione quando "l'identico presupposto di fatto dà luogo ad obbligazioni tributarie, in più Stati, allo stesso o analogo titolo e per il medesimo periodo o evento" Cfr. UDINA M., *Diritto tributario internazionale*, in FEDOZZI P. - ROMANO S., *Trattato di diritto internazionale*, Padova, CEDAM, 1949, p. 253.

¹⁵ In tema di convenzioni internazionali contro la doppia imposizione sul reddito e sul patrimonio, si veda VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Deventer Boston, 1997; UCKMAR V., *Le motivazioni economiche e i presupposti giuridici delle convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Quaderni del Ministero delle Finanze*, 2, 1995.

¹⁶ L'art. 293 (ex art. 220) del Trattato CE prevede: "Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini:

- L'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità;
- Il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma II, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un Paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazione nazionale diverse;
- La semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali".

¹⁷ La Corte Suprema degli Stati Uniti, nel corso di una discussione circa lo scopo dei Trattati internazionali contro la doppia imposizione, affermò che "lo scopo principale della convenzione non è quello di garantire una perfetta parità di trattamento, ma, piuttosto, come si desume dal preambolo della convenzione stessa, quello di facilitare gli scambi commerciali, attraverso l'eliminazione della doppia imposizione risultante dall'imposizione da parte di entrambi gli Stati sulla stessa transazione o sullo stesso reddito". In tal senso UCKMAR V., *Diritto tributario internazionale* (a cura di Uckmar V.), Cedam, 2005, p. 112.

Pertanto, l'armonizzazione fiscale, prevista dall'art. 93 (ex art. 99)¹⁸, disciplina le imposte indirette. Al contrario, le imposte dirette¹⁹ appaiono estranee al processo di armonizzazione, trovando una regolamentazione eventuale soltanto nell'ambito del ravvicinamento previsto dall'art. 94 (ex art. 100)²⁰.

Non si può negare, tuttavia, l'obiettivo principale di una serie di direttive comunitarie, tese a disciplinare l'azione armonizzatrice delle imposte dirette per eliminare fenomeni di doppia imposizione, al fine di favorire la libera circolazione dei capitali in ambito comunitario.

Si tratta, in particolare, della Direttiva del 90/435/CEE, modificata dalla Direttiva 2003/123/CEE, riguardante il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi²¹; della Direttiva 2003/48/CE sulla tassazione dei redditi da risparmio sottoforma di pagamenti di interessi e della Direttiva 2003/49/CEE recante il regime fiscale comune applicabile ai redditi derivanti dalla corresponsione di *royalties*²².

L'intervento dell'Unione Europea nell'imposizione diretta risulta limitato in quanto, investendo direttamente la sfera della capacità contributiva personale, rappresenta la maggior fonte impositiva degli Stati, a fondamento della rispettiva autonomia fiscale e tributaria. In tale ambito, l'armonizzazione svolge il ruolo di evitare che si determinino gravi distorsioni nel mercato interno e nella concorrenza, in ogni caso contenendole entro limiti indispensabili per eliminare le distorsioni più rilevanti²³.

Si pone, quindi, il problema della limitazione della sovranità fiscale, rivendicata dai singoli Paesi membri ogni volta che il diritto comunitario ostacola la potestà tributaria nazionale²⁴.

¹⁸ L'art. 93 (ex art. 99) del Trattato CE dispone "Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno entro il termine previsto dall'articolo 14."

¹⁹ Il Comitato *Ruding*, nell'aprile 1992, ha presentato un rapporto sullo stato di armonizzazione in materia di imposte dirette tra i Paesi membri dell'Unione Europea, rilevando l'esistenza di differenze significative nelle discipline fiscali delle società dei singoli Stati membri. Le differenze principali tra i sistemi tributari riguardano la definizione della base imponibile, le esenzioni, le ritenute alla fonte sui redditi verso l'estero ed i diversi metodi di attenuazione della doppia imposizione dei redditi di attività transfrontaliere. Cfr. RUSSO-CORDEIRO GUERRA, *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, cit. p. 631; COSCIANI, *L'armonizzazione fiscale nella CEE*, Milano, 1986.

²⁰ ROCCATAGLIATA F., *Diritto tributario internazionale* (a cura di Uckmar V.), Cedam, 2005, p. 681. L'art. 94 (ex 100) del Trattato CE prevede testualmente "il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune".

²¹ In tal senso si veda anche la Direttiva 90/434/CEE sulle fusioni e scissioni transfrontaliere.

²² Su tali direttive, si veda DIBOUT - CASERTANO, *L'armonizzazione fiscale all'apertura del Mercato Unico*, in *Fisco*, 1993, p. 1137; DI TANO, *Le direttive comunitarie sulla fiscalità delle imprese: stato di emanazione e di attuazione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1993, I, p. 181; MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi di Società figlie alla luce della Direttiva CEE*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 519; MANZITTI - LUDOVICI, *Regime tributario dei dividendi comunitari*, in *Le società*, 1993, p. 1331.

²³ AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Cedam, 2003, p. 121. Vd. anche AMATUCCI F., "L'interpretazione e l'applicazione del principio di non discriminazione nell'ordinamento tributario italiano", in *Riv. Dir. Trib.*, 1999 p. 184.

²⁴ AMATUCCI A., *Responsabilità fiscale limitata e libertà di stabilimento*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, n. 2, 2001.

3. La tassazione dei dividendi percepiti in Italia e considerazioni conclusive

Il caso esaminato richiama l'approfondimento, sebbene sintetico, del regime di tassazione dei dividendi percepiti in Italia, anche al fine di verificare se le disposizioni contenute nel T.U.I.R. vigente possono generare effetti distorsivi simili a quelli esaminati nel caso della causa pendente.

La riforma del T.U.I.R. 1986, n. 917, per effetto del D.Lgs 12 dicembre 2003, n. 344, ha comportato una rivisitazione della tassazione dei dividendi di fonte nazionale ed estera in capo alle persone fisiche.

Con la legge delega 7 aprile 2003, n. 80, il legislatore ha inteso eliminare il riconoscimento del credito d'imposta e prevedere un meccanismo di esenzione. Il T.U.I.R. attualmente operante prevede la tassazione degli utili in capo alla società e l'esenzione, anche parziale, dei dividendi da questa distribuiti, anche nelle ipotesi in cui l'impresa risulti residente all'estero, tranne nel caso in cui sia domiciliata in un Paese a fiscalità privilegiata²⁵.

Con la circolare n. 26/E del 2004, l'Agenzia delle entrate ha chiarito che l'esenzione si applica anche quando gli utili prodotti dalla società distributrice non siano stati tassati in capo a quest'ultima.

Inoltre, in base all'art. 109, V comma, del T.U.I.R., è stata confermata la deducibilità, in capo alle imprese percipienti delle spese sostenute per la gestione delle partecipazioni, laddove è previsto che "le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi (...) sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi".

Quindi, per le imprese che percepiscono dividendi, a fronte dell'esenzione quasi totale prevista a loro vantaggio, è ammessa la piena deducibilità dei costi connessi alla gestione della partecipazione²⁶. Tale vantaggioso regime, come accennato, risulta applicabile anche ai dividendi distribuiti da società ed enti non residenti²⁷, a condizione che il soggetto distributore non abbia il domicilio in uno dei Paesi a fiscalità privilegiata indicati nel D.M. 21 novembre 2001²⁸.

²⁵ In particolare, l'art. 89 del TUIR prevede che i dividendi distribuiti ad imprese non concorrono a formare il reddito dell'esercizio in cui sono percepiti, in quanto esclusi dalla formazione del reddito per il 95% del loro ammontare. Pertanto, concorre alla formazione del reddito di impresa un importo pari al 5% dei dividendi percepiti.

²⁶ BELLUZZO L. - LO PRESTI VENTURA E., *La tassazione di dividendi e plusvalenze da partecipazione tra norme in vigore, recenti interpretazioni ministeriali e schema di "correttivo": società di capitali ed enti commerciali residenti*, in *Il Fisco*, n. 22, 2005, p. 3410 ss.

²⁷ Con riferimento alla tassazione dei dividendi percepiti da persone fisiche residenti in Italia che detengono partecipazioni non qualificate in imprese estere, va evidenziato che non è riconosciuto il credito d'imposta in relazione ai redditi di fonte estera già assoggettati a ritenuta nel Paese della fonte, con possibile violazione delle disposizioni contenute nell'art. 23b del Modello di Convenzione OCSE, che prevede la detrazione per le imposte assolute nel Paese della fonte. Si veda, inoltre, la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo *Tassazione dei dividendi delle persone fisiche nel mercato interno*, COM (2003) 810 def.

²⁸ L'elenco dei Paesi territori che rilevano ai fini dell'applicazione della disciplina CFC è stato emanato con decreto ministeriale del 21.11.2001. Tale decreto distingue tra Paesi a fiscalità privilegiata: puri; con eccezioni e limitati ad alcune fattispecie.

Dopo brevi considerazioni in tema di tassazione dei dividendi in capo alle società, è opportuno soffermarsi sulle conclusioni della Corte.

Invero, la soluzione prospettata non presenta caratteri innovativi, non sollecitando il legislatore comunitario a perseguire obiettivi di più ampie dimensioni, ma, anzi, limitandosi ad affermare che la domanda di pronuncia pregiudiziale non ha ad oggetto il contenuto della Convenzione franco-belga, che di fatto risulta violata dalla legislazione belga.

Sul giudizio finale della Corte Europea hanno inciso, oltretutto, le conclusioni dell'Avvocato generale L.A. Geelhoed²⁹, il quale, nel ritenere il regime di tassazione dei dividendi esteri in Belgio non in contrasto con gli artt 43 e 56 CE, ha rilevato che la valutazione della compatibilità della normativa belga con le norme pattizie contenute nella Convenzione franco-belga costituiva esclusiva competenza del giudice nazionale. Ha rilevato, altresì, che, come già in precedenti circostanze³⁰, sono state introdotte misure volte ad eliminare fenomeni di "quasi-restrizione", ossia distorsioni risultanti dalla coesistenza di sistemi fiscali separati, con inevitabili effetti di doppia imposizioni.

Ha ritenuto necessario, in tali circostanze, l'intervento del legislatore comunitario poiché, in mancanza, tali fenomeni ricadrebbero al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni comunitarie sulla libera circolazione dei capitali.

In conclusione, pur essendo oggetto di critiche e riserve di alcuni studiosi, è auspicabile l'introduzione di una normativa comunitaria che elimini le c.d. "quasi-restrizioni", favorendo l'effettiva integrazione degli ordinamenti tributari nazionali e la libera circolazione dei capitali in ambito comunitario.

²⁹ Si tratta delle conclusioni dell' Avvocato Generale L. A. Geelhoed presentate il 6 aprile 2006 Causa C-513/04 *Mark Kerckhaert Bernadette Morres* contro Stato belga.

³⁰ Vd. le conclusioni del 23 febbraio 2006, dell' Avvocato Generale L. A. Geelhoed nella causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, Racc. P. I-0000.

Italy – Revenue Agency (Agenzia delle Entrate) – Resolution No. 57/e of 22 march 2007

Request for a ruling under Article 11 of Law no. 212 of 27 July 2000 n. 212 – IRPEF (Personal Income Tax) – Taxable base – Domestic transfer of controlling holdings – Arm’s length value – Article 177, paragraph 2, of Presidential Decree (D.P.R.) No. 917 of 22 December 1986.

No valid economic reasons exist to justify an operation carried out only for the purpose of enabling a family holding company to acquire the control of an Italian company, as this control is exercised by four brothers even before the acquisition. In other words, in the case in point, the spirit of Article 177, paragraph 2 is violated, in that its scope is to favour business combinations by the receiving company, when the latter acquires the control of the target company.

The operation in question appears to be carried out only for the purpose of enabling the four brothers to transfer the controlling holdings without giving rise to any taxable capital gains, thus escaping the application of tax at arm’s length as laid down in Article 9 of T.U.I.R. (Italian Consolidated Text on Income Taxes).

Exchange of shares: a tax avoidance practice in Community law and domestic law

Francesco Amyas d’Aniello*

CONTENTS: 1. The exchange of shares in Community law. 2. The Community origin of the domestic rule on exchange of shares: the objective of tax neutrality and the position of the Italian Revenue Agency. 3. Other contradictions in Resolution No. 57/E.

1. The exchange of shares in Community law

Personal and company income taxation is a controversial matter within the European Community: in fact, each Member State has always had the exclusive powers to determine the *an* and *quantum debeatur* of taxation (financial autonomy¹) and to determine how to redistribute resulting resources to meet citizens’ needs for an equal treatment. To share these powers is and will be the final step to European unification.

* Translation by Claudia Calogero.

¹ A. AMATUCCI, *L’Ordinamento Giuridico della Finanza Pubblica*, Napoli, 2007, 105.

Although few scholars have bravely acknowledged that a monetary union is useless without a central financial power and autonomy, it cannot be denied that a European Community will exist only when the European institutions have the power to determine direct taxation and the European Court of Justice may interpret the general principles of tax law, such as the principles of ability-to-pay and progressivity, in a European perspective, not only apply the principle of non discrimination² (as happened so far, at least in direct taxation).

It is proper to make this short introduction in order to understand and evaluate the questions of interpretation that could arise from a domestic rule involving, even though indirectly, the controversial issue of taxation in Community law.

The Resolution in point is actually to be examined referring to the context of Community direct taxation, where few provisions can be found, as is well-known: the Brussels Convention No. 90/436, the directive on the common system of taxation applicable to dividends distributed by subsidiaries to parent companies in different Member States³ and the directive on the common system

² F. VANISTENDAEL is undoubtedly provocative in *How nice was Nice to European Taxation?*, in *EC-Tax Review*, 2001, no. 10, 2, when he says "there could be no. European taxation without European representation in accordance with the basic principles of the Magna Charta which, in few years, will celebrate its 800th anniversary".

³ Directive 90/435/EEC in O J L 225-1 of 20 August 1990. Italian doctrine on the implementation of Parent-Subsidiary Directive by the Italian lawmaker is extremely rich by now. Among others, see: G. MAISTO, *The Implementation of the EC Parent-Subsidiary Directive in Italy*, in *Intertax*, 1992, no. 8-9, 502; A. FANTOZZI, *Italy Welcomes Further EC Harmonization*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, no. 9, 474; S. MAYR, *Implementation Of The Parent-Subsidiary Directive*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, no. 9, 493; *European Tax Handbook*, Italy, 1998, 287; A. MANGANELLI, *Tax Treaty and Anti-avoidance Implications of the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in *European Taxation*, 1993, no. 10, 333, where the author makes also an attempt to describe some tax planning aimed at avoiding the application of the anti-avoidance clause; S. CAPOLUPO, *Dividendi di società non residenti*, in *il fisco*, 1993, no. 20, 5927; S. MAYR, *Le norme antielusione nell'applicazione della direttiva madre-figlia*, in *Corriere Tributario*, 1993, no. 20, 1237; F. ARTINI, *Dividendi distribuiti da società "figlie" CEE: gli adempimenti nel mod. 760*, in *Corriere Tributario*, 1994, no. 20, 1287; E. PISTONE, *Agevolazioni nella distribuzione di utili intracomunitari*, in *Corriere Tributario*, 1994, no. 27, 1765; Id., *Distribuzione di dividendi comunitari: aspetti operativi*, in *Corriere Tributario*, 1994, no. 28, 1825; S. MAYR, *Tassazione in Italia degli utili distribuiti da società "figlia" tedesca*, in *Corriere Tributario*, 1994, no. 29, 1889; G. ESCALAR, *Alcuni problemi connessi all'applicazione della normativa "madre e figlia" ai dividendi in entrata in Italia*, in *Rassegna Tributaria*, 1995, no. 9, 1407, where the Author examines two interesting topics: the possibility of a joint application of the tax exemption regime on Community dividends and conventional refunds, and the participation exemption applied to the Dutch holding regime; A. FEDELE, *La direttiva "madre figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rassegna Tributaria*, 2001, no. 5, 1259. Finally, see also F. ROSSI RAGAZZI, *Direttiva "madre-figlia" e convenzioni bilaterali*, in *Rassegna Tributaria*, 1996, no. 4, 797; G. MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, 1996. With regard to the Judgement of the European Court of Justice (De Almeida, Chairman; Jann, Rapporteur) of 17 October 1996, joined cases C-283/1994, C-291/1994 and C-292/1994, *Denkavit International BV, Vitic Amsterdam BV and Voomeer BV v Bundesamt für Finanzen*, (case Denkavit), published in *Rivista di diritto tributario*, 1997, II, 359 annotated by F. A. D'ANIELLO, *Direttiva "madre-figlia": la deliberazione di distribuzione dei dividendi non è più il termine finale per il calcolo del periodo minimo di detenzione della partecipazione nella società controllata*, among others, see: G. MAISTO, *The EC Court's Interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under the Denkavit case*, in *Intertax*, 1997, pp. 180 and foll.; P. VALENTE, *Davanti al giudice i benefici per "Madri" e "Figlie"*, in *Commercio internazionale*, 1997, 87; S. MAYR, *La pronuncia della Corte Ce su Direttiva "Madre-Figlia": alcuni risvolti pratici*, in *Corriere Tributario*, 1997, no. 9, 644; F. ASTOLFI, *Direttiva Madre-Figlia n. 90/435 del 1990 e prima interpretazione della Corte di Giustizia Ce*, in *Giurisprudenze e imprese*, no. 3, 1997, 393; F. FRANTINA-G. L. POZZI, *Le ritenute sui dividendi intracomunitari. Conseguenze in Italia e in Lussemburgo della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 17 ottobre del 1996*, in *Il fisco*, 1997, 2974; E. BIDOGGIA, *Direttiva madre-figlia e periodo di possesso della partecipazione*, in *Bollettino tributario*, 1997, 484; S. CIPOLLINA, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1997, 12; A. STESURI, *Holding periodo minimo ed esenzione fiscale dei dividendi "madre-figlia"*, in *Giurisprudenza tributaria*, 1997, 612; D. SCHELPE, *The Denkavit-Vit-Voomeer case*, in *EC-Tax Review*, 1997, no. 1, 17; D. M. Weber, *The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes*, in *EC-Tax Review*, 1997, no. 1, 22. Finally, although they specifically deal with the taxation of dividends distributed by resident companies in Member States to individuals resident in other Member States, it is to refer to M. GIORGI, *Libera circolazione dei capitali*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, no. 4, 1358 and C. CAUMONT CALMI – R. FRANZÈ, *Participation Exemption for Inbound Dividends and Anti-Tax-Haven*

of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchanges of shares⁴.

These provisions have actually little to do with the harmonization of direct taxation within the European Community, as they rather aim at the elimination of double taxation between resident companies in Member States in respect of certain group operations: to quote an authoritative scholar⁵ “the success of a low-profile strategy in respect of a high-profile achievement reflects that the application of harmonization criteria of European law is more a matter of policy than of legal dogmatism”. In other words, leaving aside the triumphant tones of some commentators⁶, these measures neither solve nor deal with the problem of direct taxation harmonization, even though they facilitate and enhance the mobility of enterprises and companies within the European Community.

After ten years of full operation, in order to broaden their scope of application and to solve relevant application problems, which were highlighted in practice and case law at the Community⁷ and national level, both directives have been restyled, as

Rules, in *European Taxation*, no. 5, 2001, 187.

⁴ Directive 90/435/ECC in O J L 225-1 of 20 August 1990. See: M. CONFALONIERI, *Fusioni, scissioni e conferimenti intracomunitari*, in *L'Europa e la Cee*, no. 3, 1993, 123; C. MONFREGOLA, *Il regime fiscale comunitario di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni*, in *Informatore Pirola*, no. 5, 1993, 492; O. BORIO, *La fiscalità relativa alle operazioni societarie internazionali*, in *Il fisco*, 1993, no. 37, 9289; G. MAISTO, *Implementation of the EC merger directive*, in *IBFD Bulletin*, September 1993, 480; L. QUAGLIOTTI, *Profili tributari delle fusioni e scissioni intracomunitarie*, in *Il fisco*, 1994, no. 28, 6919; P. VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento*, in *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Edizioni ISDACI, 1995, 229; S. CARMINI - A. MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comparato*, Padova, 1996, 111 e 263; R. BRACCHETTI - O. BOLELLI - A. CALORI, *I conferimenti e le permuta di azioni o quote intracomunitari in presenza di riserve da conferimento ex legge Pandolfi. Accenni sulla normativa antielusione*, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 1996, no. 1, 105; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996; A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, 1996, I, 428-519 and 640-712; D. STEVANATO, *Riorganizzazione delle attività produttive: riflessioni sullo schema di decreto*, in *Corriere Tributario*, 1997, no. 29, 2113; P. VALENTE, *Riorganizzazioni societarie*, in *Il fisco*, 1997, no. 27, 7703; R. MICHELUTTI, *Le operazioni internazionali nella nuova disciplina sui conferimenti d'azienda*, in *Corriere Tributario*, 1997, no. 37, 2707; A. LOVISOLO, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova 1997, pp. 774 and foll.; A. SANTI - A. FIORELLI, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rassegna Tributaria*, 1997, no. 3, 659; M. BEGHIN, *La cessione e i conferimenti d'azienda e di partecipazione nella disciplina del D.Lgs. 358/1997*, in *Rivista di diritto tributario*, 1998, I, 535; E. F. GRECO, *Note sullo scambio di azioni transfrontaliero* in *Il fisco*, no. 33, 1998, 10931.

⁵ J. LANG, *I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario*, in *Trattato di diritto tributario* directed by Andrea Amatuucci, Padova, 2001, 450.

⁶ Among others, in particular, see F. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, coordinated by V. Uckmar, 1999, Padova, 693, who speaks even of a historic agreement on the way towards the approximation of legislations, regulations and administrative practices in Member States.

⁷ For a survey on the issue concerning the Parent-Subsidiary Directive dealt with by the European Court of Justice and national courts, see: A. PIRRI, *Direttiva Madre-Figlia e limiti nazionali alla deducibilità dei costi di partecipazione: il caso Bosal*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, no. 1, 332; D. CECCARELLI, *Sulle condizioni per il rimborso della ritenuta su dividendi erogati a società madre comunitaria* (note on the decision of provincial tax court of Florence, (C.T.P. sez. XII,) of 17 gennaio 2004 no. 40) in *Rassegna Tributaria*, 2004, no. 5, 1845; M. DEL VAGLIO, *Note minime sulla nozione di “ritenuta alla fonte” di cui alla direttiva CEE cd. “società madri e figlie” secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia* (note on the ECJ judgement of 25 September 2003, case C-58/01, *Océ van der Grinten NV*), in *Rivista di diritto tributario*, 2004, part III, 22; C. SOZZI, *Dividendi intracomunitari fra convenzioni internazionali e direttiva “madre-figlia”* (note on a Cass., sez. trib., no. 19152/2004), in *Rivista di diritto tributario*, 2005, part V, 180; G. SOZZA - E. VIAL, *Recenti spunti giurisprudenziali in materia di distribuzione di dividendi in ambito UE*, in *Il fisco*, 2005, no. 1, 67; D. STEVANATO, *Doppia tassazione dei dividendi intracomunitari e restrizioni alla libertà di stabilimento* (note on the ECJ judgement of 14 December 2006, case C-170/05, *Denkavit France*), in *Corriere Tributario*, 2007, no. 10, 789 e M. TENORE, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato alla*

necessary. First, Directive 2003/123/EC of 22 December 2003⁸, transposed into Italian legislation by Legislative Decree (D.Lgs. No. 49 of 6 February 2007) amended the Parent-Subsidiary Directive; then, Directive 2005/19/EC of 17 February 2005, recently transposed into Italian legislation⁹, amended the directive on business restructuring within the European Community¹⁰.

As far as this paper is concerned, it is proper to point out that Directive 2005/19/CE amended Article 2 of the Directive 90/434/EEC, which defines the exchange of shares for the purposes of tax neutrality as “an operation whereby a company acquires a holding in the capital of another company such that it obtains a majority of the voting rights in that company, or, holding such a majority, acquires a further holding in exchange for the issue to the shareholders of the latter company...”: in other words the application of the directive covers all transfers and/or exchange of shares whereby a company resident in a Member State obtains a majority in the capital of another company resident in another Member State, or, holding such majority, acquires a further holding.

Conversely, the Italian legislative decree transposing this Community provision took into account the fifteenth recital of Directive 2005/19/EC¹¹ and added in Article

fonte (note on the ECJ judgement of 14 December 2006, case C-170/05, *Denkavit France*), in *Rivista di diritto tributario*, 2007, part IV, 119. With regard to the issue concerning the application of the directive on business restructuring, refer to: P. CONCI, *Ostacoli fiscali alle libertà fondamentali comunitarie in tema di conferimenti societari transnazionali* (note on the ECJ judgement of 21 November 2002, case C-436/00, *Town and Country Factors LTD*) in *Rivista di diritto tributario*, 2003, part III, 43; Id., *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento* (note on the ECJ judgement of 13 December 2005, case C-411/03, *SEVIC System AG*), in *Rivista di diritto tributario*, 2006, part III, 76; G. FOBBE, *The different translation of the term “company” in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues*, in *EC Tax Review*, 2006, no. 2, 95 and finally D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di conguagli in denaro?* (note on the ECJ judgement of 5 July 2007, case C-321/05, *Kofoed*) in *Corriere Tributario*, 2007, no. 39, 3103 where the Author comments on a judgement of the European Court of Justice, referred to in note 28.

⁸ On the amendments made by new 2003 directive concerning the taxation of Community dividends, see: G. MAISTO, *Shaping EU Company tax Policy: Amending the Tax Directives*, in *European Taxation*, 2002, no. 8, 287; Id., *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next*, in *EC Tax Review*, 2004, no. 4, 164; C. BROKELIND, *The Proposed Amendments to the Parent-Subsidiary Directive: Some Progress?*, in *European Taxation*, 2003, no. 12, 451; G.P. COLNAGO – S. MASSAROTTO, *L'esenzione dei dividendi distribuiti a società madri comunitarie nella riforma Tremonti*, in *Bollettino tributario*, 2004, no. 4, 264; F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche della Direttiva “madre-figlia” e la riforma tributaria italiana*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, no. 1, 115 (where the Author frames the amended parent-Subsidiary Directive in the context of the broader problem of direct taxation harmonization in the European Community); Id., *Imposizione nazionale di utili infracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, no. 2, 629; H.J. OORTWING, *EC Law versus Dividend Withholding Tax Imposed on Inbound and Outbound Dividends*, in *European Taxation*, 2006, no. 10, 506 and finally N. MONTORI, *Direttiva no. 2003/123/CE e decreto di attuazione a confronto*, in *Il fisco*, 2007, no. 6, 848 where the Author examines thoroughly the amendments made by the directive, which were not transposed into national legislation.

⁹ The legislative decree transposing the directive was approved by the Council of Ministers of 24 October 2007, but it is still to be published on the Official Journal.

¹⁰ On the amendments to the EC Merger Directive, refer to: M. IAVAGNILIO, *La proposta di modifica della direttiva sulle fusioni*, in *Corriere Tributario*, 2004, no. 24, 1885; E. VAN DEN BRANDE, *The Merger Directive amended: the final version*, in *EC tax Review*, 2005, no. 3, 119; L. HREHOROVSKA, *Tax Harmonization in the European Union*, in *Intertax*, 2006, no. 3, 158; H. LIEBMAN – O. ROUSSELLE, *Cross-Border Merger and Societas Europaea: Light at the End of the Tunnel?*, in *Intertax*, 2005, no. 4, 164; R. RUSSO – O. OFFERMANN, *The 2005 amendments to the EC Merger Directive*, in *European Taxation*, 2006, no. 6, 250, where the Authors examine the amendments, after a brief description of the 1990 Directive.

¹¹ The fifteenth recital of the Directive says: “The current definition of ‘exchange of shares’ in Article 2(d) of Directive 90/434/EEC does not state whether the term encompasses further acquisitions beyond that granting a simple majority of voting rights. It is not uncommon for company statutes and voting rules to be drafted in such a way that further acquisitions are needed before the acquirer can obtain complete control over

178, paragraph 1, letter e of D.P.R. No. 917/86 after the words “*acquires or integrates a majority holding, under Article 2359, paragraph 1, No. 1 of Civil Law Code*” the sentence “*or increases the control percentage by virtue of a requirement provided by the law or the company statutes*”, while amending also Article 177 of D.P.R. No. 917/1986 concerning domestic exchange of shares.

2. The Community origin of the domestic rule on exchange of shares: the objective of tax neutrality and the position of the Italian Revenue Agency

From the brief description of the complex – and continuously developing – legal framework governing the taxation on the exchange of shares it can be imaged how Resolution No. 57/E of 22 March 2007¹² might “adversely” affect the use of this restructuring instrument to an extent that, in my opinion, goes far beyond the Revenue Agency’s intentions. In fact, this resolution appears to sanction the “death” of the domestic transfer/exchange of shares in the very first years of its operation within the Italian tax system, which has finally introduced a tax legislation similar to that that guaranteed to such legal instrument an absolute success and a broad diffusion at Community level.

This is even more perplexing when we consider that the first ministerial interventions in respect of Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986 had shown a certain openness of the Revenue Agency, whose ruling No. 954-739/2006¹³ contained a broad interpretation of the control requirement as laid down in Article 2359 of the Civil Law Code, in the sense that the rules concerned could be applied also when there are more than one person involved in the exchange of shares, provided that the acquisition is part of a single project. This solution was justified by the common substance in domestic law and Community law, where the use of the term “persons involved” has always been crystal clear¹⁴.

Moreover, the Community origin of the domestic rule on the exchange of shares – already confirmed by the same legislative decree transposing Directive 2005/19/EC of 17 February 2005, which amended also Article 177 D.P.R. No. 917/1986 – appears uncontroversial, as Article 177 D.P.R. No. 917/1986 reproduces¹⁵ Article 5 of Legisla-

the target company. The definition of ‘exchange of shares’ should therefore be amended to state that that term covers all such further acquisitions”.

¹² The first comments on this resolution were the following: G. ZIZZO, *Scambi di partecipazioni ed elusione fiscale*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, No. 3, 6693; F. CIANI, “*Scambi*” di partecipazioni “*neutri*” effettuati da privati, in *Il fisco*, 2007, No. 26, 3832; D. SCANDIUZZI, *Lo scambio azionario ex art. 177 Tuir e la confusione tra il procedimento d’interpello statutario e quello elusivo*, in *Rivista di diritto tributario*, 2007, parte II, 791; F. CIANI, “*Scambi*” di partecipazioni effettuati da privati, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 23, 1863. Assonime (the Association of Italian stock companies) also has been rather critical on the content of Resolution No. 57/E in its Circular No. 20 of 12 April 2007 as well as the Italian Accountants’ Association with its conduct rule n. 170.

¹³ The only document referring to this ruling of the Revenue Agency, which has not been yet published on the website, is G. CRISTOFORI – D. PINI, *Sì allo scambio “congiunto” di partecipazioni*, *ilsole24ore* of 24 November 2006 No. 318.

¹⁴ In this sense, see also Resolution No. 175/E of 2 November 2001.

¹⁵ Subject to the amendment introduced by Article 12, paragraph of Legislative Decree No. 247 of 18 November 2005, which extended the scope of application of the provision to individuals, in line with the harmonization with Community law.

tive decree No. 358 of 8 October 1997, which was introduced according to Article 3, paragraph 161 of Law No. 662 of 23 December 1996¹⁶. The latter provides that “the Government is delegated to issue ...one or more legislative decrees in order to modify organically and systematically the rules on income taxation which are applicable to business restructuring, in compliance with the following principles and guidelines:...b) the tax provisions concerning transfer of businesses or business units and exchange of shares must be consistent with the rules as laid down in Legislative Decree No. 544 of 30 December 1992, n. 544 as regards operations carried out between residents in the territory of the State and residents of other Member States of the European Union”.

The common substance in domestic and Community rules concerning the transfer/exchange of shares appears to be unexplainably overlooked by the Revenue Agency: its Resolution No. 57/E of 22 March 2007 made no reference to these facts or to Community case law or practice, and even disregarded its own previous resolutions¹⁷ on the matter.

The case examined by the Revenue Agency is the following: four individual partners (in a relationship of brothers) hold a share of 25% in family holding company Alfa S.p.a., which holds a share of 28,9131% in the capital of company Beta S.p.a., which carries out the activity of producing and marketing PVC compounds.

The remaining capital of company Beta S.p.a. is divided among the four brothers, each holding a share of 10,1087%, and other individuals, whose total share amounts to 30,6521%.

The four brothers intend to exchange all the shares held in company Beta S.p.a. with the shares held in company Alfa S.p.a. by way of transferring the first ones to the family holding company. In the applicant's opinion, by way of this transfer – the family holding would acquire the control of company Beta S.p.a. under Article 2359, paragraph 1, No. 1) of Civil Law Code; - family relationships would be managed more efficiently without involving strangers; - the company would be managed and coordinated more effectively.

The question referred to the Revenue Agency for a ruling is whether, in the light of Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986 and to the extent that the increase in net equity of company Alfa S.p.A. receiving shares from company Beta S.p.a. is equal to the taxable value of Beta S.p.a.'s shares in respect of each member of Beta S.p.A. responsible for the exchange of shares:

- a) the operation does not give rise to any taxable income in respect of each member of Beta S.p.A. responsible for the exchange of shares;
- b) the taxable value of Alfa S.p.A.'s shares received by each member of Beta S.p.A. is equal to the taxable value of Beta S.p.a.'s shares exchanged;
- c) the taxable value of Beta S.p.A.'s shares that increased the assets of the receiving company Alfa S.p.A. is the same as the taxable value originally attributed to each member of Beta S.p.A. responsible for the exchange of shares.

¹⁶ In this sense also L. MIELE, *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corriere Tributario*, 2007, No. 34, 2754; on the Community origin of the domestic rule on the exchange of shares, see also L. ROSSI – M. AMPOLILLA, *Gli scambi di partecipazione in una prospettiva europea*, in *Bollettino tributario*, 2007, No. 19, 1513.

¹⁷ See Resolution No. 175/E of 2 November 2001.

The tax administration started its examination of the case referring to a well-known and uncontroversial concept¹⁸: differently from the provision contained in Article 177, paragraph 1 of D.P.R. No. 917/1986 concerning the exchange of shares under swaps arrangements and taking into account also Article 178 concerning the intra-Community exchange of shares, – thus admitting that the scope of above delegation was not complied with –, Article 177, paragraph 2 does not provide for a tax neutrality scheme, but for a rule to evaluate the shares received after the exchange, so to determine the amount of income to be attributed to the transferring company.

In fact, the substantial tax neutrality of the operations as indicated in Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986 depends on the accounting method used by the receiving company, namely the gain in the net equity of the receiving company should coincide with the last taxable value of the shares attributed to the persons responsible for the exchange.

After this short introduction, the tax administration affirms that the “*tax regime contained in Article 77, paragraph 2 is special to the standard regime as laid down in Article 9 of T.U.I.R. (Italian Consolidated Text on Income Taxes), according to which the exchange of shares must be evaluated at arm's length*”, and that “*the rationale of the provision in point*” is “*to provide for a preferential regime for the exchange of shares enabling the receiving company to acquire the control of another company under Article 2359, paragraph 1, No. 1 of the Civil Law Code*”.

If the principle referred on a preliminary point can be shared – with some perplexities on the special characteristics of the provisions, which we will examine later –, it is the contrary to say with respect to the conclusions: in fact, in the Revenue Agency's opinion, as the four brother already control company Beta S.p.a, both directly and indirectly through Alfa S.p.a, “*does not exist any valid economic reasons to justify an operation carried out only for the purpose of enabling a family holding company to acquire the control of an Italian company, as this control is exercised by four brothers even before the acquisition*”.

The Resolution continues and says “*in the case in point, the spirit of Article 177, paragraph 2 is violated, in that its scope is to favour business combinations by the receiving company, when the latter acquires the control of the target company*”. In conclusion, “*the operation in question appears to be carried out only for the purpose of enabling the four brothers Omega to transfer the controlling holdings of Beta S.p.A. without giving rise to any taxable capital gains, thus escaping the application of tax at arm's length as laid down in Article 9 of T.U.I.R. (Italian Consolidated Text on Income Taxes)*.”¹⁹.

The first contradiction of the tax administration is immediate: if the introduction of Article 177 of D.P.R. No. 917/1986 depends on a delegation law under which the Italian lawmaker should have harmonized domestic law on exchange of shares with Community law, although the neutrality scheme was different from that provided for

¹⁸ See on the point: D. STEVANATO, *Riorganizzazioni internazionali di imprese, gli scambi di partecipazioni transfrontalieri*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, directed by D. STEVANATO AND R. LUPI, *il Sole 24 ore*, 2002, 717; M. LEO, *Le Imposte Sui Redditi Nel Testo Unico*, Milano, 2006, pagg. 2254 ss., as well as Ministerial Circular No. 320/E of 19 December 1997, paragraphs 3.3 and 3.4, although referring to former Article 5, d.Lgs. 8 ottobre 1997, No. 358.

¹⁹ Inverted commas are in the Resolution under examination.

by Articles 178 and 179 D.P.R. No. 917/1986, the purpose of both provisions should have been the same.

Well, the first recital to Directive 90/434/EEC clarifies that the scope of the provisions is to avoid “restrictions, disadvantages or distortions arising in particular from the tax provisions of the Member States” to the transfer/exchange of shares and thus – see the eighth recital – “whereas the allotment to the shareholders of the transferring company of securities of the receiving or acquiring company would not in itself give rise to any taxation in the hands of such shareholders”, while giving to “Member States the possibility of refusing to apply this Directive where the merger, division, transfer of assets or exchange of shares operation has as its objective tax evasion or avoidance or results in a company”.

Thus, the scope of the Directive is to avoid double taxation cases concerning operations of shares, in that it suspends taxation until the realization.

In line with the Directive, the tax administration ruled in Resolution No. 175/E of 2 November 2001 that the transfer from individual partners holding a share of 97% of the capital of a company to a Luxembourg holding was admissible. It correctly pointed out that tax neutrality “does not mean that the State definitively surrenders to apply taxation, but that tax is deferred to the occurrence of subsequent acts of disposal... The fact that the shareholders are resident in Italy is a guarantee for the Italian State, whose taxing rights are not violated, in that it maintains the possibility to tax the income derived from a subsequent disposal of the shares received”.

The European Court of Justice²⁰ had already ruled in the same sense on a similar case that “the fact that the same natural person who was the sole shareholder and director of the acquired companies becomes the sole shareholder and director of the acquiring company does not prevent the operation in question from being treated as a merger by exchange of shares” and had concluded that “the laying down of a general rule automatically excluding certain categories of operations from the tax advantage, whether or not there is actually tax evasion or tax avoidance, on the basis of [such] criteria, would go further than is necessary for preventing such tax evasion or avoidance and would undermine the aim pursued by Directive 90/434”²¹.

Well, in the light of the foregoing, although the tax administration did not consider this question, it is proper to ask the question about the scope of the domestic provision on the exchange of shares in the case examined in resolution No. 57/E, which would be circumvented and frustrated by the taxpayer, so to justify the application of the anti-avoidance rule as contained in Article 37-bis of D.P.R. No. 600/1973.

The answer to this preliminary question – which is sufficient in itself to recognize that the tax neutrality is standard and not special for the business restructuring operation as proposed by the taxpayers in the ruling – must be given in line with the case law of the European Court of Justice and the above recital of the Directive. In fact, the purpose of the tax provisions as laid down in Article 177 (domestic exchange of shares) and 178 (intra-Community exchange of shares) is to favour the use of the exchange of shares in business restructuring operations, as their scope is not to realize capital gains.

²⁰ ECJ, Judgement of 17 July 1997, case C-28/95, *Leur-Bloem*.

²¹ Judgement referred to by both Assonime Circular No. 20 of 12 April 2007 and in the conduct rule n. 170 of the Italian Accountants' Association.

In other words, whether the transfer/exchange of shares occurs within the same group – in which case the operation has No. objective to realize capital gains²² – or the share-for-share exchange aims to a business combination – in which case, in principle, realization of capital gains is possible but only potentially –, the objective of these business restructuring operations is not the “actual and immediate” realization of capital gains from the shares exchanged, which will be cashed and thus taxed. This is why exchange of shares, along with intra-Community and domestic mergers or divisions, are considered “naturally” neutral for tax purposes and regulated by the same EC Directive and, for domestic operations, by the same heading (III) of D.P.R. No. 917/1986.

Community law, first, and domestic law, secondly, recognize business restructuring operations as tax neutral, even though by way of different accounting and tax techniques, in order to facilitate the mobility of controlling shareholdings within the Community and the Italian State.

If this is the purpose of the provision and neutrality is the *sine qua non* to achieve it, it is evident that there is no room for tax avoidance concerns.

The purpose of the anti-avoidance clause contained in the EC Directive and in Article 37-*bis* of D.P.R. No. 600/1973 concerning intra-Community and domestic exchange/transfer of shares is to prevent these operations being used to reduce the tax burden. The anti-avoidance clause cannot be invoked where there is no tax advantage other than tax neutrality, which is typical of the exchange of shares (and the merger or division) and, let's repeat, does not involve any tax savings, but it is simply the technique allowing the use of these business restructuring operations.

Following the paradoxical line of reasoning of Resolution No. 57/E would mean that mergers, divisions or exchange of shares should be considered tax avoidance schemes only because they “benefit” from tax neutrality, so that the unlawful tax advantage would be identified in the standard scope of these restructuring operations (namely, tax neutrality)!

As the object of the exchange was not to circumvent the rule and to obtain an unlawful tax advantage, it appears evident that the anti-avoidance clause cannot be applied to the case in point.

3. Other contradictions in Resolution No. 57/E

Contradictions in the line of reasoning of the Revenue Agency in Resolution No. 57/E are crystal clear when those conclusions are applied to similar cases, where the transferring persons holding a controlling share are not individual partners.

For example, in the case of a company transferring its controlling shareholding to another company to be set up, tax neutrality can be pursued applying both Article 175 and Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986²³. Well, following the line

²² In this sense, we agree with Assonime Circular No. 20 of 12 April 2007.

²³ Even though for different scientific purposes, this analysis is made by G. Zizzo, *Le operazioni straordinarie tra realizzo e neutralità: spunti sistematici*, in *Rivista di diritto tributario*, 2006, part I, 515. For other contributions

of reasoning of the revenue Agency, that operation would be a tax avoidance scheme under Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986, as the transferring company already has the control of the receiving company and the operation is so arranged that it does not realize any business combination, while in the light of Circular No. 320/E of 19 December 1997, there is no doubt that this operation can benefit from tax neutrality according to Article 175 of D.P.R. No. 917/1986²⁴.

Also Article 175, paragraph 2 confirms that this operation cannot be identified as a tax avoidance scheme. In fact, it provides that the arm's length value, as laid down in 9 of D.P.R. No. 917/1986 for the purposes of determining the capital gains to be taxed in the hands of the transferring company, is to be applied only where shares not benefiting from the participation exemption regime are exchanged with shares benefiting from the participation exemption regime.

In other words, Article 175, paragraph 2 indirectly confirms what we have already concluded in line with the arguments on paragraph 2 of this paper. The tax advantage is unlawful and it is therefore possible to apply Article 9 of D.P.R. No. 917/1986 (also on the basis of Article 37-bis of D.P.R. No. 600/1973) only when the exchange of shares is not used to benefit from tax neutrality, but to obtain an advantage, namely the exemption or reduction of the tax burden at the subsequent sale of the shares received in exchange.

Finally, an authoritative scholar²⁵ has reached the same conclusion, that is Article 37-bis of D.P.R. No. 600/1973 cannot be applied to the exchange of shares complying with the requirements as laid down in Article 177, paragraph 2 of D.P.R. No. 917/1986, although he followed a different, yet nevertheless shareable, line of reasoning. He first argues *"tax avoidance is to be identified where the taxpayer carries out one or more transactions without any valid economic reasons, which however are genuine and not feigned, and thus circumvents the scope of an obligation or of a prohibition of tax law. The tax avoidance scheme escapes the legal effects of a transaction and realizes a different transaction which is economically and legally fungible and whose legal effects are accepted"*. He then observes that in the case in point *"the transaction, namely the exchange of shares, enables the achievement of the economic and legal purposes directly and cannot be replaced by a different transaction, which can serve the same purposes as much effectively"*.

In other words, *"the matter, such as in the case in point, is not then a matter of avoidance but of interpretation: it does not concern the circumvention of the scope of a certain obligation or prohibition, but the verification of all the elements constituting the special case, namely the elements to which the lawmaker attached different and more favourable effects"*²⁶.

on the point, see: G. ZIZZO, *Lo scambio di partecipazioni dalla Riforma Visco alla Riforma Tremonti*, in *Rivista di diritto tributario*, 2003, part II, 549; L. MIELE, *Qualche nodo da sciogliere sul conferimento d'aziende e di partecipazioni*, in *Corriere Tributario*, 2005, No. 30, 2355; V. FICARI, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, No. 3, 726; D. STEVANATO, *Le operazioni straordinarie nel decreto correttivo IRES*, in *Corriere Tributario*, 2006, No. 1, 7.

²⁴ Provided that the other requirements are satisfied.

²⁵ G. Zizzo, *Op. Cit.* in *Rassegna Tributaria*, 2007, No. 3, 693.

²⁶ G. Zizzo, *Op. Cit.* in *Rassegna Tributaria*, 2007, No. 3, 697. The same conclusion has been reached by the Italian Accountants' Association with its conduct rule n. 170.

After eliminating any doubts that the exchange of controlling shares is a tax avoidance scheme, the Author refers to case *Leur-Bleum* and describes the origins of domestic and Community provisions concerned. Finally, he concludes that “*contrary to what the Revenue Agency argued, the application of the preferential provisions under Article 177 to the exchange of shares complies with the scope of the provision*”²⁷.

This opinion is not to be agreed upon only when it considers the provisions (as laid down in Article 177 of D.P.R. No. 917/1986) as “special”, while it is “standard”, as above argued. The domestic and intra-Community exchange/transfer of shares is always “neutral”, as it has the same objective of restructuring as mergers and divisions. In any case, it does not imply that there is a jump in taxation but just a deferral of taxation to the subsequent sale of the shares received²⁸. Business restructuring operations are pathological – so leading to the application of the anti-avoidance clause under Article 37-bis of D.P.R. No. 600/1973 – only where tax neutrality is not the purpose but the “means” to benefit from a further and thus unlawful (where underlying commercial reasons are not valid) tax advantage.

²⁷ G. Zizzo, *Op. Cit.* in *Rassegna Tributaria*, 2007, No. 3, 698.

²⁸ In its recent judgement of 5 July 2007, case C-321/05, the European Court of Justice seems to follow the same arguments, where it held that the intra-Community exchange of shares is not fiscally neutral only if it is possible to identify a tax evasion or fraud other than the benefiting from tax neutrality (in the case in point, the tax advantage derived from a distribution of dividends shortly after the exchange of shares). For a first comment on the judgement, see E. BRESSAN - D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di congruagli in denaro?*, in *Corriere Tributario*, 2007, No. 38, 3103.

Italia – Agenzia delle Entrate – Risoluzione n. 57/E del 22 marzo 2007

Istanza di interpello ex art. 11 della legge 27 luglio 2000 n. 212 – IRPEF – Base imponibile – Conferimento domestico di partecipazioni di controllo – Valore normale - Art. 177, comma 2, d.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917.

Non si ravvedono le valide ragioni economiche in un'operazione che viene posta in essere al solo scopo di consentire alla Holding di famiglia di acquisire il controllo di un'altra società di capitale residente in Italia essendo, di fatto, tale controllo riconducibile, già prima dell'effettuazione del conferimento, a quattro fratelli. In altri termini, nella fattispecie de qua risulta violato lo spirito della norma di cui al comma 2 dell'art. 177 che è quello di favorire le aggregazioni aziendali da parte della conferitaria allorquando la stessa assuma ex novo il controllo della società target.

L'operazione in oggetto appare, dunque, posta in essere al solo fine di consentire ai quattro fratelli di effettuare il conferimento delle azioni di controllo senza l'emersione di alcuna plusvalenza fiscalmente imponibile, sfuggendo così alla tassazione a valore normale in aggiramento della norma di cui all'art. 9 del Tuir.

Il conferimento di partecipazioni di controllo come pratica elusiva tra diritto comunitario e diritto interno

Francesco Amyas d'Aniello

SOMMARIO: 1. Il conferimento di partecipazioni di controllo nel diritto comunitario. 2. La derivazione comunitaria della norma domestica sullo scambio di partecipazioni: la finalità della neutralità fiscale e la posizione dell'Agenzia delle Entrate. 3. Le ulteriori contraddizioni della risoluzione n. 57/E.

1. Il conferimento di partecipazioni di controllo nel diritto comunitario

La tassazione del reddito delle persone fisiche e delle società ha sempre costituito in seno alla Comunità Europea un argomento spinoso: l'autonomia

finanziaria¹, intendendosi per tale la capacità di decidere l'an e il *quantum* del tributo, nonché il potere di determinare come tali risorse debbano essere ridistribuite in modo da soddisfare le esigenze dei cittadini e le loro richieste d'equità sostanziale, sono sempre stati una prerogativa esclusiva di ogni singolo Stato membro e poterli condividere rappresenta e rappresenterà il passaggio conclusivo del faticoso processo di unificazione europea.

Ancorché pochi siano stati gli studiosi che coraggiosamente abbiano riconosciuto l'inutilità di un'unificazione monetaria senza una centralità di potere e di autonomia finanziaria, deve ritenersi che di Comunità Europea possa veramente parlarsi solo quando alle istituzioni europee sarà attribuito il potere di determinare le imposte dirette ed alla Corte di Giustizia CE sarà data la possibilità di interpretare i principi universali del diritto tributario, quali la capacità contributiva e la progressività, in un'ottica europea, non limitandosi (come finora è stato, almeno in materia di imposte dirette) all'applicazione del principio di non discriminazione².

Questa breve premessa appare quantomai doverosa al fine di comprendere l'esatta portata e valutare i problemi interpretativi che potrebbe creare una pronuncia ministeriale interna quando tocca, seppur indirettamente, uno spinoso argomento come quello della fiscalità in ambito comunitario.

Il contesto in cui va inquadrata la risoluzione in commento, infatti, è quello dell'imposizione diretta all'interno della CE che, come è ben noto, è stato oggetto di pochi interventi normativi: la Convenzione di Bruxelles n. 90/436, la direttiva sul regime fiscale applicabile ai dividendi distribuiti dalle società figlie alle società madri di diversi Stati membri³ e la direttiva sul regime fiscale di fusioni, scissioni,

¹ A. AMATUCCI, *L'Ordinamento Giuridico della Finanza Pubblica*, Napoli, 2007, 105.

² Provocatoria è senz'altro la considerazione di F. VANISTENDAEL, *How nice was Nice to European Taxation?*, in *EC-Tax Review*, 2001, n. 10, 2, quando afferma che "there could be no European taxation without European representation in accordance with the basic principles of the Magna Carta which, in few years, will celebrate its 800th anniversary".

³ Direttiva 90/436/CEE in GUCE L225-1 del 20 agosto 1990. La letteratura italiana sull'implementazione della Direttiva madre-figlia da parte del legislatore italiano è ormai estremamente vasta. Tra gli altri si ricordano: G. MAISTO, *The Implementation of the EC Parent-Subsidiary Directive in Italy*, in *Intertax*, 1992, n. 8-9, 502; A. FANTOZZI, *Italy Welcomes Further EC Harmonization*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, n. 9, 474; S. MAYR, *Implementation Of The Parent-Subsidiary Directive*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1993, n. 9, 493; *European Tax Handbook, Italy*, 1998, 287; A. MANGANELLI, *Tax Treaty and Anti-avoidance Implications of the Implementation of the Parent-Subsidiary Directive*, in *European Taxation*, 1993, n. 10, 333, in cui l'autore cerca anche di descrivere alcuni *tax-planning* finalizzati ad evitare l'applicazione della clausola anti-elusiva; S. CAPOLUPO, *Dividendi di società non residenti*, in *il fisco*, 1993, n. 20, 5927; S. MAYR, *Le norme antielusione nell'applicazione della direttiva madre-figlia*, in *Corriere Tributario*, 1993, n. 20, 1237; F. ARTINI, *Dividendi distribuiti da società "figlie" CEE: gli adempimenti nel mod. 760*, in *Corriere Tributario*, 1994, n. 20, 1287; E. PISTONE, *Agevolazioni nella distribuzione di utili intracomunitari*, in *Corriere Tributario*, 1994, n. 27, 1765; Id., *Distribuzione di dividendi comunitari: aspetti operativi*, in *Corriere Tributario*, 1994, n. 28, 1825; S. MAYR, *Tassazione in Italia degli utili distribuiti da società "figlia" tedesca*, in *Corriere Tributario*, 1994, n. 29, 1889; G. ESCALAR, *Alcuni problemi connessi all'applicazione della normativa "madre e figlia" ai dividendi in entrata in Italia*, in *Rassegna Tributaria*, 1995, n. 9, 1407, ove l'autore approfondisce due interessanti problemi, quello della cumulabilità del regime di esclusione da imposizione dei dividendi comunitari con i rimborsi accordati dalle convenzioni internazionali e quello del regime di tassazione della holding olandese che beneficia della cosiddetta "participation exemption"; A. FEDELE, *La direttiva "madre figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in *Rassegna Tributaria*, 2001, n. 5, 1259. In ultimo si veda anche F. ROSSI RAGAZZI, *Direttiva "madre-figlia" e convenzioni bilaterali*, in *Rassegna Tributaria*, 1996, n. 4, 797; G. MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, 1996. In relazione alla sentenza della Corte di Giustizia Ce (De Almeida, Presidente; Jann, Relatore) del 17 ottobre 1996, casi riuniti nn. C-283/1994, C-291/1994 e C-292/1994, *Denkavit International BV, Vitic*

conferimenti di attivo e scambio di azioni⁴.

Si tratta perverso di una serie di provvedimenti che poco hanno a che fare con il procedimento di armonizzazione delle imposte dirette in seno alla Comunità Europea, essendo piuttosto mirati all'eliminazione della doppia imposizione fiscale tra società residenti in Stati membri relativamente a particolari operazioni tipiche dei gruppi: per dirla con le parole di un autorevole studioso⁵ *“il successo della strategia del meno rispetto al più dimostra che l'applicazione dei criteri di armonizzazione di diritto europeo rappresenta più una questione relativa alla politica che un problema inerente al dogmatismo giuridico”*. In altri termini, lasciando da parte i toni trionfalistici utilizzati da alcuni commentatori⁶,

Amsterdam BV e Voomeer BV contro Bundesamt für Finanzen, (cosiddetta sentenza “Denkavit”), pubblicata in Rivista di diritto tributario, 1997, II, 359 con nota di F. A. D'ANIELLO, *Direttiva “madre-figlia”: la deliberazione di distribuzione dei dividendi non è più il termine finale per il calcolo del periodo minimo di detenzione della partecipazione nella società controllata*, si vedano fra gli altri: G. MAISTO, *The EC Court's Interpretation of the Parent-Subsidiary Directive under the Denkavit case*, in Intertax, 1997, pagg. 180 ss.; P. VALENTE, *Davanti al giudice i benefici per “Madri” e “Figlie”*, in Commercio internazionale, 1997, 87; S. MAYR, *La pronuncia della Corte Ce su Direttiva “Madre-Figlia”: alcuni risvolti pratici*, in Corriere Tributario, 1997, n. 9, 644; F. ASTOLFI, *Direttiva Madre-Figlia n. 90/435 del 1990 e prima interpretazione della Corte di Giustizia Ce*, in Giurisprudenze e imprese, n. 3, 1997, 393; F. FRANTINA-G. L. POZZI, *Le ritenute sui dividendi intracomunitari. Conseguenze in Italia e in Lussemburgo della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 17 ottobre del 1996*, in Il fisco, 1997, 2974; E. BIDOGLIA, *Direttiva madre-figlia e periodo di possesso della partecipazione*, in Bollettino tributario, 1997, 484; S. CIPOLLINA, *Il privilegio di affiliazione fra diritto interno e diritto comunitario: il caso Denkavit*, in Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 1997, 12; A. STESURI, *Holding periodo minimo ed esenzione fiscale dei dividendi “madre-figlia”*, in Giurisprudenza tributaria, 1997, 612; D. SCHELPE, *The Denkavit-Vit-Voormeer case*, in EC-Tax Review, 1997, n.1, 17; D. M. Weber, *The first steps of the ECJ concerning an abuse-doctrine in the field of harmonized direct taxes*, in EC-Tax Review, 1997, n. 1, 22. Da segnalare, infine, ancorchè più concentrato a descrivere il problema della tassazione dei dividendi distribuiti da società residenti in Stati membri a persone fisiche residenti in altri Stati membri, M. GIORGI, *Libera circolazione dei capitali*, in Rassegna Tributaria, 2000, n. 4, 1358 e C. CAUMONT CALMI – R. FRANZÈ, *Participation Exemption for Inbound Dividends and Anti-Tax-Haven Rules*, in European Taxation, n. 5, 2001, 187.

⁴ Direttiva 90/435/CEE in GUCE L225-1 del 20 agosto 1990. Si rinvia per un approfondimento a: M. CONFALONIERI, *Fusioni, scissioni e conferimenti intracomunitari*, in L'Europa e la Cee, n. 3, 1993, 123; C. MONFREGOLA, *Il regime fiscale comunitario di fusioni, scissioni, conferimenti di attivo e scambi di azioni*, in Informatore Pirola, n. 5, 1993, 492; O. BORIO, *La fiscalità relativa alle operazioni societarie internazionali*, in Il fisco, 1993, n. 37, 9289; G. MAISTO, *Implementation of the EC merger directive*, in IBFD Bulletin, settembre 1993, 480; L. QUAGLIOTTI, *Profili tributari delle fusioni e scissioni intracomunitarie*, in Il fisco, 1994, n. 28, 6919; P. VALENTE, *Regime tributario delle operazioni di riorganizzazione societaria: spunti comparatistici e proposte di coordinamento*, in Aspetti fiscali delle operazioni internazionali, Edizioni ISDACI, 1995, 229; S. CARMINI - A. MAINARDI, *Elementi di diritto tributario comparato*, Padova, 1996, 111 e 263; R. BRACCHETTI-O. BOLELLI - A. CALORI, *I conferimenti e le permutazioni di azioni o quote intracomunitari in presenza di riserve da conferimento ex legge Pandolfi. Accenni sulla normativa antielusione*, in Rivista dei dottori commercialisti, 1996, n. 1, 105; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996; A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze, 1996, I, 428-519 e 640-712; D. STEVANATO, *Riorganizzazione delle attività produttive: riflessioni sullo schema di decreto*, in Corriere Tributario, 1997, n. 29, 2113; P. VALENTE, *Riorganizzazioni societarie*, in Il fisco, 1997, n. 27, 7703; R. MICHELUTTI, *Le operazioni internazionali nella nuova disciplina sui conferimenti d'azienda*, in Corriere Tributario, 1997, n. 37, 2707; A. LOVISOLO, *Profili fiscali della fusione transfrontaliera di società*, in Studi in onore di Victor Uckmar, Padova 1997, pagg. 774 ss.; A. SANTI - A. FIORELLI, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in Rassegna Tributaria, 1997, n. 3, 659; M. BEGHIN, *La cessione e i conferimenti d'azienda e di partecipazione nella disciplina del D.Lgs. 358/1997*, in Rivista di diritto tributario, 1998, I, 535; E. F. GRECO, *Note sullo scambio di azioni transfrontaliero* in Il fisco, n. 33, 1998, 10931.

⁵ J. LANG, *I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario*, in Trattato di diritto tributario diretto da Andrea Amato, Padova, 2001, 450.

⁶ Tra questi, in particolare, F. ROCCATAGLIATA, *op. cit.*, in Corso di Diritto Tributario Internazionale, coordinato da V. Uckmar, 1999, Padova, 693, che parla anche di un accordo storico *“sulla strada del ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri”*.

siamo di fronte a dei provvedimenti che, pur facilitando e migliorando la mobilità di imprese e società all'interno della Comunità Europea, non risolvono né affrontano in alcun modo il problema dell'armonizzazione delle imposte dirette.

Dopo oltre un decennio di piena operatività, al fine di migliorare ed ampliare il loro campo di applicazione, nonché di risolvere i problemi operativi che la prassi e la giurisprudenza comunitaria⁷ e nazionale avevano posto in luce, entrambe le direttive sono state infatti oggetto di un quantomai necessario *restyling*: prima la direttiva comunitaria n. 2003/123/CE del 22 dicembre 2003⁸, recepita in Italia con il d.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 49, ha modificato la cosiddetta direttiva "Madre-Figlia", e, poi, la direttiva comunitaria n. 2005/19/CE del 17 febbraio 2005, recentemente recepita dal legislatore italiano⁹, ha modificato la direttiva sulle riorganizzazioni societarie all'interno della Comunità Europea¹⁰.

⁷ Per una panoramica delle problematiche affrontate dai giudici comunitari e nazionali in tema di applicazione della direttiva cd. "Madre-Figlia": A. PIRRI, *Direttiva Madre-Figlia e limiti nazionali alla deducibilità dei costi di partecipazione: il caso Bosal*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, n. 1, 332; D. CECCARELLI, *Sulle condizioni per il rimborso della ritenuta su dividendi erogati a società madre comunitaria* (nota a C.T.P. Firenze, sez. XII, del 17 gennaio 2004 n. 40) in *Rassegna Tributaria*, 2004, n. 5, 1845; M. DEL VAGLIO, *Note minime sulla nozione di "ritenuta alla fonte" di cui alla direttiva CEE cd. "società madri e figlie" secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia* (nota a CGCE, sentenza 25 settembre 2003, causa C-58/01, *Océ van der Grinten NV*), in *Rivista di diritto tributario*, 2004, parte III, 22; C. Sozzi, *Dividendi intracomunitari fra convenzioni internazionali e direttiva "madre-figlia"* (nota a Cass., sez. trib., n. 19152/2004), in *Rivista di diritto tributario*, 2005, parte V, 180; G. SOZZA – E. VIAL, *Recenti spunti giurisprudenziali in materia di distribuzione di dividendi in ambito UE*, in *Il fisco*, 2005, n.1, 67; D. STEVANATO, *Doppia tassazione dei dividendi intracomunitari e restrizioni alla libertà di stabilimento* (nota a CGCE, sentenza 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit France*), in *Corriere Tributario*, 2007, n. 10, 789 e M. TENORE, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato alla fonte* (nota a CGCE, sentenza 14 dicembre 2006, causa C-170/05/2006, *Denkavit France*), in *Rivista di diritto tributario*, 2007, parte IV, 119. Relativamente invece alle questioni sorte in merito all'applicazione della Direttiva sulle riorganizzazioni si rinvia a: P. CONCI, *Ostacoli fiscali alle libertà fondamentali comunitarie in tema di conferimenti societari transnazionali* (nota a CGCE, sentenza 21 novembre 2002, causa C-436/00/2002, *Town and Country Factors LTD*) in *Rivista di diritto tributario*, 2003, parte III, 43; Id., *Fusioni e scissioni come forme di esercizio del diritto comunitario di stabilimento* (nota a CGCE, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03/2005, *SEVIC System AG*), in *Rivista di diritto tributario*, 2006, parte III, 76; G. FOBBE, *The different translation of the term "company" in the Merger Directive and the Parent Subsidiary Directive: a Babylonian confusion of tongues*, in *EC Tax Review*, 2006, n. 2, 95 ed, infine, D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di conguagli in denaro?* (nota a CGCE, sentenza 5 luglio 2007, causa C-321/05, *Kofoed*) in *Corriere Tributario*, 2007, n. 39, 3103 in cui l'autore commenta una sentenza dei giudici comunitari per la quale si rinvia alla nota 28.

⁸ Sulle modifiche apportate dalla nuova direttiva del 2003 in tema di tassazione dei dividendi comunitari si vedano, tra gli altri: G. MAISTO, *Shaping Eu Company tax Policy: Amending the Tax Directives*, in *European Taxation*, 2002, n. 8, 287; Id., *The 2003 amendments to the EC Parent-Subsidiary Directive: what's next*, in *EC Tax Review*, 2004, n. 4, 164; C. BROKELIND, *The Proposed Amendments to the Parent-Subsidiary Directive: Some Progress?*, in *European Taxation*, 2003, n. 12, 451; G.P. COLNAGO – S. MASSAROTTO, *L'esenzione dei dividendi distribuiti a società madri comunitarie nella riforma Tremonti*, in *Bollettino tributario*, 2004, n. 4, 264; F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche della Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, n. 1, 115 (in cui l'autore inquadra i cambiamenti della direttiva "madre-figlia" nell'ambito del più ampio problema dell'armonizzazione delle imposte dirette nella Comunità Europea); Id., *Imposizione nazionale di utili infracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 2, 629; H.J. OORTWING, *EC Law versus Dividend Withholding Tax Imposed on Inbound and Outbound Dividends*, in *European Taxation*, 2006, n. 10, 506 ed infine N. MONTORI, *Direttiva n. 2003/123/Ce e decreto di attuazione a confronto*, in *Il fisco*, 2007, n. 6, 848 dove l'autore approfondisce le innovazioni che, pur presenti nel provvedimento comunitario, non sono state trasfuse nella legislazione domestica.

⁹ Alla data in cui la presente nota è stata conclusa il decreto legislativo per il recepimento della direttiva è stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri del 24 ottobre 2007 ma è ancora in attesa di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

¹⁰ Sulle modifiche apportate alla cosiddetta *EC Merger Directive* si rinvia a: M. IAVAGNILIO, *La proposta di modifica della direttiva sulle fusioni*, in *Corriere Tributario*, 2004, n. 24, 1885; E. VAN DEN BRANDE, *The Merger Directive*

Per quanto interessa in questa sede, appare opportuno sottolineare come la direttiva n. 2005/19/CE, intervenendo sull'art. 2 della direttiva n. 90/434/CEE, ha modificato la definizione di scambio di partecipazioni ai fini del riconoscimento della neutralità fiscale qualificandola come *“l'operazione mediante la quale una società acquisisce nel capitale sociale di un'altra società una partecipazione il cui effetto sia quello di conferire la maggioranza dei diritti di voto di questa società o, se dispone già di tale maggioranza, acquisisce un'ulteriore partecipazione, in cambio dell'assegnazione ai soci di quest'ultima...”*: in altri termini l'applicazione della direttiva è estesa a tutti quei conferimenti e/o scambi di partecipazioni mediante i quali una società residente in uno Stato membro acquisisca la maggioranza del capitale sociale di un'altra società residente in un altro Stato membro ovvero, già disponendo di tale maggioranza, acquisisca una ulteriore partecipazione.

Nel decreto legislativo che ha recepito tale disposizione comunitaria, invece, il legislatore italiano, dando maggior peso al quindicesimo considerando della direttiva n. 2005/19/CE¹¹, ha integrato la lett. e) del comma 1 dell'art. 178 del d.P.R. n. 917/1986 inserendo dopo le parole *“acquisti o integri una partecipazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del codice civile”* la frase *“ovvero incrementi, in virtù di un obbligo legale o di un vincolo statutario, la percentuale di controllo”*, nello stesso senso modificando anche l'art. 177 del d.P.R. n. 917/1986 in tema di scambi domestici di partecipazioni.

2. La derivazione comunitaria della norma domestica sullo scambio di partecipazione: la finalità della neutralità fiscale e la posizione dell'Agenzia delle Entrate

Dopo avere brevemente descritto il complesso - nonché sempre in evoluzione - quadro normativo che regola la disciplina fiscale dello scambio di partecipazioni, si può iniziare ad immaginare l'effetto “negativo” che la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 57/E del 22 marzo 2007¹² potrebbe produrre sulla diffusione di tale

amended : the final version, in EC tax Review, 2005, n. 3, 119; L. HREHOROVSKA, *Tax Harmonization in the European Union*, in Intertax, 2006, n. 3, 158; H. LIEBMAN – O. ROUSSELLE, *Cross-Border Merger and Societas Europaea: Light at the End of the Tunnel ?*, in Intertax, 2005, n. 4, 164; R. RUSSO – O. OFFERMANN, *The 2005 amendments to the EC Merger Directive*, in European Taxation, 2006, n. 6, 250 in cui gli autori dopo aver descritto brevemente la direttiva del '90' esaminano in modo critico le modifiche apportate dalla nuova direttiva.

¹¹ Così recita il quindicesimo considerando: *“l'attuale definizione di scambio di azioni di cui all'art. 2, lettera d, della direttiva 80/242/CEE, non precisa se questo termine comprenda ulteriori acquisizioni che conferiscano più della maggioranza semplice dei diritti di voto. Non è raro che gli statuti delle società e le regole di voto siano formulati in modo che siano necessarie ulteriori acquisizioni prima che l'acquirente possa ottenere il controllo totale della società destinataria. La definizione di scambio di azioni dovrebbe pertanto essere modificata per precisare che questo termine copre tutte le ulteriori acquisizioni”*.

¹² Su tale risoluzione i primi interventi dottrinali sono stati i seguenti: G. ZIZZO, *Scambi di partecipazioni ed elusione fiscale*, in Rassegna Tributaria, 2007, n. 3, 6693; F. CIANI, *“Scambi” di partecipazioni “neutri” effettuati da privati*, in Il fisco, 2007, n. 26, 3832; D. SCANDIUZZI, *Lo scambio azionario ex art. 177 Tuir e la confusione tra il procedimento d'interpello statutario e quello elusivo*, in Rivista di diritto tributario, 2007, parte II, 791; F. CIANI, *“Scambi” di partecipazioni effettuati da privati*, in Bollettino tributario, 2007, n. 23, 1863. Piuttosto critica sul contenuto della risoluzione n. 57/E è stata anche l'Assonime nella circolare n. 20 del 12 aprile 2007 e la norma di comportamento n. 170 della Associazione nazionale dei dottori commercialisti.

strumento riorganizzativo e che, ad avviso di chi scrive, va ben al di là delle intenzioni dello stesso estensore. Invero tale pronuncia sembrerebbe sancire la “morte” dello scambio/conferimento domestico di partecipazioni proprio nei primissimi anni in cui finalmente era stata introdotta nell’ordinamento tributario italiano una disciplina fiscale analoga a quella che aveva garantito a tale strumento giuridico un indiscusso successo ed una larga diffusione a livello comunitario.

Ciò lascia ancora più perplessi se si pensa che i primi interventi ministeriali sull’art. 177, 2 comma, d.P.R. n. 917/1986 avevano mostrato una certa apertura da parte dell’Agenzia delle Entrate la quale, infatti, in risposta all’interpello n. 954-739/2006¹³, aveva interpretato in modo estensivo il requisito dell’acquisizione del controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. nel senso di rendere applicabile la disciplina *de qua* anche qualora i soci conferenti/scambianti siano plurimi purché l’acquisizione si inserisca in un progetto unitario. Tale soluzione veniva giustificata dalla comune matrice della normativa interna con quella comunitaria per la quale l’utilizzo del termine al plurale “partecipanti” non aveva mai fatto sorgere alcun dubbio in merito¹⁴.

Del resto la derivazione della normativa sullo scambio domestico di partecipazioni da quella comunitaria – già confermata dallo stesso decreto legislativo che ha recepito la direttiva n. 2005/19/CE del 17 febbraio 2005 che, come sopra evidenziato, ha modificato anche l’art. 177 d.P.R. n. 917/1986 - appare incontestabile in quanto l’art. 177 d.P.R. n. 917/1986 riproduce integralmente¹⁵ l’art. 5 del d.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358 che, a sua volta, fu introdotto in attuazione della delega contenuta nell’art. 3, comma 161, della legge 23 dicembre 1996, n. 662¹⁶ secondo la quale infatti “*il Governo è delegato ad emanare..... uno o più decreti legislativi aventi per oggetto la modifica organica e sistematica delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili ai processi di organizzazione delle attività produttive, con l’osservanza dei seguenti principi e criteri direttivi:....b) armonizzazione del regime tributario delle operazioni di conferimento di aziende o di complessi aziendali e di quelle di scambio di partecipazioni con il regime previsto dal decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, per le operazioni poste in essere tra soggetti residenti nel territorio dello Stato e soggetti residenti in altri Stati membri dell’Unione europea*”.

La matrice comune delle due normative, interna e comunitaria, relative al conferimento/scambio di partecipazioni sembra però inspiegabilmente trascurata dall’Agenzia delle Entrate che, nella risoluzione n. 57/E del 22 marzo 2007, non fa alcun riferimento a tale circostanza né fa in alcun modo cenno alla giurisprudenza o prassi comunitaria ed addirittura ignora le sue stesse precedenti pronunce¹⁷ in merito.

¹³ L’unico documento che dà notizia di tale risposta dell’Agenzia delle Entrate, che infatti non è stata pubblicata sul sito internet, è G. CRISTOFORI – D. PINI, *Sì allo scambio “congiunto” di partecipazioni*, su *ilsole24ore* del 24 novembre 2006 n. 318.

¹⁴ In tal senso si veda anche la Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 2 novembre 2001 n. 175/E.

¹⁵ Salva la modifica introdotta dall’art. 12, comma 4, d.Lgs. 18 novembre 2005, n. 247 che, sempre nell’ottica di armonizzazione con la disciplina comunitaria, ha esteso il campo di applicazione della norma anche ai soci persone fisiche.

¹⁶ In senso conforme anche L. MIELE, *In via di recepimento la direttiva su operazioni straordinarie transfrontaliere*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 34, 2754; sulla derivazione comunitaria della norma domestica sullo scambio di partecipazione si sono espressi anche L. ROSSI – M. AMPOLILLA, *Gli scambi di partecipazione in una prospettiva europea*, in *Bollettino tributario*, 2007, n. 19, 1513.

¹⁷ Fra tutte la Risoluzione dell’Agenzia delle Entrate del 2 novembre 2001 n. 175/E.

Questa è in concreto la fattispecie esaminata dall'Agenzia delle Entrate: quattro soci persone fisiche (fratelli tra loro) possiedono ciascuno una partecipazione del 25% nella *holding* di famiglia Alfa S.p.a., la quale detiene, a sua volta, una partecipazione del 28,9131% nel capitale sociale della Beta S.p.a., esercente l'attività di produzione e commercializzazione di *compound* di PVC.

La restante parte del capitale sociale della Beta S.p.a. è suddivisa tra i quattro fratelli, ciascuno con una partecipazione pari al 10,1087%, e altre persone fisiche, che complessivamente detengono una partecipazione pari al 30,6521%.

E' intenzione dei quattro fratelli effettuare lo scambio di tutte le partecipazioni da essi detenute nella Beta S.p.a. con quelle della Alfa S.p.a., mediante un conferimento delle prime nella *holding* di famiglia. Secondo l'interpellante, per effetto di tale conferimento: - la *holding* di famiglia acquisirebbe il controllo della Beta S.p.a., ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1), del codice civile; - si otterrebbe una più efficiente gestione dei rapporti *inter-familiari*, senza il necessario coinvolgimento di soggetti estranei alla famiglia stessa; - si avrebbe un più efficace esercizio dell'attività di direzione e coordinamento della società operativa.

Viene chiesto all'Agenzia delle Entrate se, alla luce dell'art. 177, comma 2, d.P.R. n. 917/1986, nella misura in cui, a seguito di ciascun conferimento di azioni della Beta S.p.a. nella conferitaria Alfa S.p.a., il corrispondente incremento delle voci di patrimonio netto di quest'ultima sia pari al valore fiscalmente riconosciuto delle azioni Beta S.p.a. in capo ad ognuno dei soggetti conferenti:

a) l'operazione non determinerebbe emersione di alcun reddito imponibile in capo ai soggetti conferenti;

b) il valore fiscale delle azioni della Alfa S.p.A. ricevute in cambio da ciascun soggetto conferente sarebbe pari a quello delle azioni della Beta S.p.a. dagli stessi conferite;

c) le azioni della Beta S.p.a., iscritte nell'attivo patrimoniale dalla conferitaria Alfa S.p.a., manterrebbero il medesimo valore fiscale originariamente riconosciuto in capo a ciascun soggetto conferente.

Ebbene, l'Amministrazione finanziaria inizia la propria disamina ribadendo un concetto ormai noto¹⁸ ed incontestabile ovvero che, a differenza di quanto previsto dal comma 1 dell'art. 177, d.P.R. n. 917/1986 per lo scambio di partecipazioni tramite permuta nonché dall'art. 178 in tema di scambio intra-comunitario di partecipazioni – e con ciò ammettendo uno sconfinamento dalla finalità della delega sopra descritta - , la disciplina recata dal comma 2 non costituisce un regime di neutralità fiscale, bensì un criterio di valutazione, ai fini della determinazione del reddito del soggetto conferente, delle partecipazioni ricevute a seguito del conferimento.

Infatti, la sostanziale neutralità fiscale delle operazioni di cui al comma 2 dell'art. 177 del T.U.I.R. è condizionata al comportamento contabile adottato dalla società conferitaria ossia alla circostanza che l'incremento di patrimonio netto della società

¹⁸ Si vedano sul punto: D. STEVANATO, *Riorganizzazioni internazionali di imprese, gli scambi di partecipazioni transfrontalieri*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, collana diretta da D. STEVANATO e R. LUPI, ilsole24ore, 2002, 717; M. LEO, *Le Imposte Sui Redditi Nel Testo Unico*, Milano, 2006, pagg. 2254 ss., nonché la Circolare ministeriale del 19 dicembre 1997 n. 320/E, paragrafi 3.3 e 3.4 ancorchè faccia riferimento al previgente art. 5, d.Lgs, 8 ottobre 1997, n. 358.

conferitaria coincida con l'ultimo valore fiscale presso il soggetto conferente delle partecipazioni conferite.

Dopo questa breve premessa, l'Amministrazione finanziaria nella risoluzione in commento prosegue affermando che il *“regime fiscale previsto dal comma 2 dell'art. 177 ... si pone come una disciplina speciale rispetto alla disciplina ordinaria di cui all'art. 9 del T.U.I.R. in base alla quale i conferimenti in società devono essere valutati al valore normale”*, e che *“la ratio della disposizione in commento”* consiste nel *“prevedere un regime agevolato per i conferimenti che consentano alla società conferitaria di acquisire il controllo di un'altra società ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, del codice civile”*.

Se fin qui i principi richiamati preliminarmente dalla risoluzione n. 57/E possono essere condivisi – con qualche perplessità sulla specialità della norma su cui si tornerà *infra* – tutt'altro può dirsi per le conclusioni: infatti, secondo l'Agenzia delle Entrate, poiché i quattro fratelli già controllano la società Beta S.p.a, sia direttamente che attraverso la società Alfa S.p.a, *“non si ravvedono le valide ragioni economiche in un'operazione che, secondo quanto prospettato nell'istanza, viene posta in essere al solo scopo di consentire alla Holding di famiglia di acquisire il controllo della Beta S.p.a., essendo, di fatto, tale controllo riconducibile, già prima dell'effettuazione del conferimento, ai quattro fratelli”*.

Invero prosegue la risoluzione *“nella fattispecie de qua risulta violato lo spirito della norma di cui al comma 2 dell'art. 177 che è quello di favorire le aggregazioni aziendali da parte della conferitaria allorquando la stessa assuma ex novo il controllo della società “target”*”. In conclusione, *“l'operazione in oggetto appare, dunque, posta in essere al solo fine di consentire ai quattro fratelli Omega di effettuare il conferimento delle azioni della Beta S.p.a. senza l'emersione di alcuna plusvalenza fiscalmente imponibile, sfuggendo così alla tassazione a valore normale in aggiramento della norma di cui all'art. 9 del T.U.I.R.”*¹⁹.

La prima contraddizione in cui cade l'Amministrazione finanziaria è di immediata percezione: se l'introduzione dell'art. 177 d.P.R. n. 917/1986 deriva da una legge delega in base alla quale il legislatore italiano avrebbe dovuto armonizzare la normativa interna sullo scambio di partecipazioni a quella europea, ancorché come sopra sottolineato la tecnica di *“neutralità”* prescelta sia stata differente da quella prevista dagli artt. 178 e 179 d.P.R. n. 917/1986, ciò non toglie che quantomeno la finalità delle due normative debba coincidere.

Ebbene il primo considerando alla direttiva 90/435/CEE chiarisce che la finalità della normativa è quella di evitare *“restrizioni o svantaggi o distorsioni particolari derivanti dalle normative fiscali degli Stati membri”* alle operazioni di conferimento/scambio di partecipazioni e che pertanto - si veda il considerando ottavo (da cui il virgolettato è tratto) - *“l'attribuzione ai soci della società conferente di titoli della società beneficiaria o acquirente non deve di per se stessa dar luogo ad una qualsiasi imposizione dei soci medesimi”* lasciando in ogni caso salva *“la facoltà per gli Stati membri di rifiutare il beneficio dell'applicazione della presente direttiva allorché l'operazione di fusione, di scissione, di conferimento di attivo o di scambio di azioni ha come obiettivo la frode o l'evasione fiscale”*.

¹⁹ Il virgolettato è tratto dalla risoluzione in commento.

La finalità della direttiva comunitaria è dunque quella di evitare fenomeni di doppia imposizione relativamente ad operazioni di ricollocamento di partecipazioni sospendendo la tassazione fino al momento dell'effettivo atto realizzativo.

In tal senso del resto si era espressa la stessa Amministrazione finanziaria con la risoluzione del 2 novembre 2001 n. 175/E in cui aveva dato il proprio benestare al conferimento, da parte dei soci persone fisiche titolari del 97% del capitale sociale di una società per azioni, di tali partecipazioni in una holding lussemburghese correttamente rilevando che la neutralità fiscale *“non equivale ad una rinuncia definitiva all'esazione dell'imposta da parte dello Stato, bensì al differimento della stessa al verificarsi di successivi atti dispositivi...La circostanza che i soci partecipanti siano residenti in Italia rappresenta una garanzia per lo Stato italiano affinché esso non veda vulnerato il proprio interesse erariale, mantenendo la possibilità di tassare il profitto risultante dall'eventuale successivo atto di disposizione dei titoli ricevuti”*.

Nello stesso senso inoltre si era già espressa Corte di Giustizia CE²⁰ che, affrontando una fattispecie analoga a quella esaminata nella risoluzione in commento, ha osservato che *“la circostanza che una stessa persona fisica, che era l'unico azionista ed amministratore delle società acquistate, divenga l'unico azionista e amministratore della società acquirente non osta a che l'operazione di cui trattasi possa essere qualificata come fusione per scambio di azioni”* ed ha concluso quindi rilevando che *“l'istituzione di una norma di portata generale che escluda automaticamente talune categorie di operazioni dall'agevolazione fiscale, sulla scorta dei criteri menzionati...e a prescindere dal sussistere di un'effettiva evasione fiscale o frode fiscale, eccederebbe quanto necessario per evitare una tale frode o evasione fiscale e pregiudicherebbe l'obiettivo perseguito dalla direttiva 434/90”*²¹.

Orbene alla luce di quanto sopra esposto ci si chiede – ancorchè l'Amministrazione finanziaria inspiegabilmente non si sia posta tale domanda – quale sia, nella fattispecie concreta esaminata dalla risoluzione n. 57/E, la finalità della normativa domestica sullo scambio di partecipazioni che sarebbe stata aggirata e frustata dal comportamento del contribuente di guisa da giustificare l'applicazione della clausola antielusiva di cui all'art. 37-bis d.P.R. n. 600/1973.

La risposta a tale domanda preliminare - che già di per sé è sufficiente per riconoscere l'ordinarietà e non specialità della neutralità fiscale dell'operazione di ristrutturazione societaria proposta dal contribuente nell'interpello esaminato - non può che essere nel senso delineato dalla giurisprudenza comunitaria nonché nei considerando della direttiva sopra richiamati: la finalità delle discipline fiscali di cui agli artt. 177 (conferimenti domestici di partecipazioni) e 178 (conferimenti comunitari di partecipazioni) è quella di agevolare l'utilizzo del conferimento di partecipazioni di controllo nei programmi di riorganizzazione societaria dei contribuenti in quanto trattasi di operazioni di per sé non realizzative di plusvalenze.

In altri termini, si tratti di operazioni di conferimento/scambio di partecipazioni all'interno di un medesimo gruppo – nel qual caso manca qualsiasi logica realizzativa²² - ovvero di conferimenti incrociati finalizzati ad una aggregazione aziendale – nel

²⁰ CGCE, sentenza 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*.

²¹ Sentenza richiamata dalla circolare dell'Assonime n. 20 del 12 aprile 2007 e nella noma comportamentale n. 170 dell'Associazione nazionale dei dottori commercialisti.

²² Si concorda in questo senso con la circolare dell'Assonime n. 20 del 12 aprile 2007.

qual caso si può parlare in teoria di realizzo ma comunque solo potenziale -, siamo sempre di fronte ad operazioni societarie in cui manca in ogni caso il realizzo “effettivo ed immediato” delle plusvalenze sottese alle partecipazioni conferite, le quali, ove del caso, verranno monetizzate, e quindi tassate, in un momento successivo: proprio per tale motivo, unitamente alle operazioni di fusione o scissione comunitarie o domestiche, vengono considerate delle operazioni “naturalmente” neutre da un punto di vista fiscale e regolamentate nella stessa direttiva CE ovvero, per le operazioni interne, nello stesso capo (il “III”) del d.P.R. n. 917/1986.

Il legislatore comunitario, prima, e quello nazionale, poi, per favorire la mobilità delle partecipazioni di controllo rispettivamente all’interno della Comunità europea e dello Stato italiano per necessità riorganizzative proprie dei contribuenti, riconoscono a tali operazioni il regime naturale della neutralità fiscale, pur con tecniche contabili e tributarie differenti.

Se questa è la finalità della norma e la neutralità è la condizione *sine qua non* per raggiungerla appare evidente che nella fattispecie oggetto della risoluzione non c’è spazio per poter disquisire di elusione fiscale.

La logica della clausola anti-elusiva contenuta nella direttiva comunitaria, nonché del richiamo esplicito dell’art. 37-bis d.P.R. n. 600/1973 alle operazioni di scambio/conferimento, comunitario o domestico, di partecipazioni, è quella di evitare che queste siano utilizzate quali strumenti per ridurre o azzerare il carico fiscale, mentre nessuna norma anti-elusiva può essere invocata se non c’è alcun vantaggio fiscale se non quello congenito alla stessa operazione di conferimento di partecipazioni di controllo (ovvero di fusione o scissione) ossia la neutralità fiscale che, si ripete, non comporta alcun risparmio fiscale, ma è semplicemente lo strumento tecnico per poter rendere possibile l’utilizzo e la diffusione di tali operazioni di riorganizzazione.

Seguire il paradossale ragionamento della risoluzione n.57/E significherebbe ammettere che qualsiasi operazione di fusione o scissione, oltre che di conferimento di partecipazioni di controllo, possa essere considerata elusiva per il solo fatto di aver “beneficiato” della neutralità fiscale con ciò identificando il vantaggio fiscale indebito nel regime fiscale ordinario di queste operazioni straordinarie (cioè la neutralità fiscale)!

Mancando l’aggiramento della finalità della norma e mancando soprattutto l’indebito vantaggio fiscale appare evidente che nel caso di specie oggetto di interpello non può applicarsi la clausola anti-elusiva.

3. Le ulteriori contraddizioni della risoluzione n. 57/E

La contraddittorietà delle argomentazioni alla base del ragionamento seguito dall’Agenzia delle Entrate nella risoluzione n. 57/E appare addirittura lampante qualora si proceda ad estendere le conclusioni ivi raggiunte a fattispecie analoghe a quella oggetto di interpello, dove però i conferenti, già in possesso di una partecipazione di controllo, non siano persone fisiche.

Si pensi al caso di un conferimento in una costituenda società di capitali di una partecipazione di controllo da parte di un soggetto conferente società di capitali: in

tale ipotesi la neutralità fiscale può essere perseguita applicando sia la disciplina di cui all'art. 175, che quella di cui all'art. 177, comma 2, d.P.R. n. 917/1986²³. Ebbene, seguendo il ragionamento fatto proprio dall'Agenzia delle Entrate tale operazione sarebbe elusiva ai sensi dell'art. 177, comma 2, d.P.R. n. 917/1986, perché il soggetto conferente già detiene il controllo della società conferita e l'operazione così congegnata non realizza alcuna integrazione aziendale, mentre, anche alla luce della circolare n. 320/E del 19 dicembre 1997, non vi è alcun dubbio che tale operazione possa usufruire del regime di neutralità fiscale di cui all'art. 175, d.P.R. n. 917/1986²⁴.

La non elusività di tale operazione di conferimento è del resto confermata dal secondo comma dello stesso articolo che, infatti, limita l'applicazione del valore normale di cui all'art. 9 d.P.R. n. 917/1986 ai fini della determinazione della plusvalenza da tassare in capo all'impresa conferente, alla sola ipotesi in cui siano state conferite partecipazioni fuori *pex* e si ottengano, per effetto del conferimento, partecipazioni che possono godere della *pex*.

In altri termini il 2° comma dell'art. 175 non fa che confermare indirettamente le conclusioni già raggiunte seguendo le altre argomentazioni esposte nel paragrafo 2, ossia che si può parlare di indebito risparmio di imposta, e quindi applicare la disciplina di cui all'art. 9 d.P.R. n. 917/1986 (anche in base all'art. 37-bis d.P.R. n. 600/1973), solo quando si utilizza il conferimento di partecipazioni non per usufruire della neutralità fiscale, ma per ottenere un vantaggio aggiuntivo ossia l'esenzione o la riduzione del carico impositivo sulla successiva vendita delle partecipazioni ricevute in cambio.

Infine, alla medesima conclusione, ossia all'inapplicabilità dell'art. 37-bis d.P.R. n. 600/1973 al mero conferimento di partecipazioni che soddisfino tutti i requisiti formali previsti dall'art. 177, comma 2, d.P.R. n. 917/1986, perviene, ancorché seguendo un diverso, ma non per questo meno condivisibile, ragionamento, autorevole dottrina²⁵, la quale - premettendo che *“l'elusione... si configura quando il contribuente, con uno o più atti sprovvisi di valide ragioni economiche, ma comunque pienamente voluti (e perciò non simulati), aggira il presupposto di un obbligo o di un divieto previsto dall'ordinamento tributario si sottrae pertanto agli effetti ricollegati dalla legge tributaria ad una fattispecie, realizzandone una diversa, ma economicamente e giuridicamente fungibile, della quale accetta le conseguenze tributarie”* - osserva che nella fattispecie oggetto della risoluzione in commento *“non solo l'atto rappresentato, il conferimento, permette di raggiungere l'assetto economico-giuridico voluto in via assolutamente diretta, ma neppure è surrogabile da un atto diverso, capace di attingere lo stesso assetto in modo altrettanto efficiente”*.

In altri termini, prosegue l'autore, *“la questione, in un caso come quello descritto, non è allora una questione di elusione ma una questione di interpretazione: non riguarda la presenza*

²³ Tale analisi è stata fatta, seppur per diverse finalità scientifiche, da G. Zizzo, *Le operazioni straordinarie tra realizzo e neutralità: spunti sistematici*, in Rivista di diritto tributario, 2006, parte I, 515. Per altri contributi si vedano: G. Zizzo, *Lo scambio di partecipazioni dalla Riforma Visco alla Riforma Tremonti*, in Rivista di diritto tributario, 2003, parte II, 549; L. MIELE, *Qualche nodo da sciogliere sul conferimento d'aziende e di partecipazioni*, in Corriere Tributario, 2005, n. 30, 2355; V. FICARI, *I conferimenti in società a responsabilità limitata nella riforma tributaria*, in Rassegna Tributaria, 2005, n. 3, 726; D. STEVANATO, *Le operazioni straordinarie nel decreto correttivo IRES*, in Corriere Tributario, 2006, n. 1, 7.

²⁴ Semprechè vengano soddisfatti gli altri requisiti richiesti dalla normativa.

²⁵ G. Zizzo, *Op. Cit.* in Rassegna Tributaria, 2007, n. 3, 693.

dell'aggramento, mediante la condotta attuata, del presupposto di un certo obbligo o di un certo divieto, ma la verifica della presenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie del regime speciale, di quei elementi, cioè, ai quali il legislatore ha inteso agganciare le diverse e più favorevoli conseguenze ipotizzate"²⁶.

Eliminato quindi qualsiasi dubbio circa l'elusività dell'operazione di conferimento di partecipazione di controllo, l'autore, dopo avere richiamato la sentenza "*Leur-Bloem*" e le origini della normativa domestica e comunitaria, conclude osservando che, "contrariamente a quanto sostenuto dall'Agenzia, ... l'applicazione agli scambi infragruppo della disciplina di agevolazione di cui all'art. 177 non è affatto contraria allo spirito della stessa"²⁷.

L'unico aspetto non condivisibile di tale orientamento dottrinario è quello di considerare "speciale" un regime (quello di cui all'art. 177 d.P.R. n. 917/1986) che, al verificarsi dei presupposti ivi indicati, ad avviso di chi scrive e come sopra motivato, assurge a regime "ordinario": lo scambio domestico/comunitario di partecipazioni di controllo è sempre "neutrale" in quanto è, alla stessa stregua delle operazioni di fusione e di scissione, uno strumento riorganizzativo che, in ogni caso, non determina alcun salto di imposta, ma tutt'al più un differimento di tassazione al momento della eventuale successiva cessione delle partecipazioni ricevute²⁸. La patologia di tali operazioni straordinarie – che in quanto tale comporta l'applicazione della normativa anti-elusione di cui all'art. 37-bis d.P.R. n. 600/1973 - si ha e può affermarsi solo quando la neutralità fiscale diventa non il fine ma il "mezzo" attraverso cui conseguire un ulteriore e, quindi, indebito (se l'operazione non è supportata da valide ragioni economiche) vantaggio fiscale.

²⁶ G. Zizzo, *Op. Cit.* in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 3, 697. Nello stesso senso la norma di comportamento n. 170 dell'Associazione nazionale dei dottori commercialisti.

²⁷ G. Zizzo, *Op. Cit.* in *Rassegna Tributaria*, 2007, n. 3, 698.

²⁸ Nello stesso senso sembra esprimersi la recente sentenza della Corte di Giustizia CE del 5 luglio 2007, causa C-321/05, quando richiede, al fine del disconoscimento del regime di neutralità fiscale di cui gode il conferimento comunitario di partecipazioni di controllo, l'individuazione di una frode o di una evasione fiscale che non consista nel semplice godimento del regime stesso di neutralità (nel caso di specie si paventa un vantaggio fiscale sulla distribuzione di dividendi successiva al conferimento). Per un primo commento alla sentenza si veda E. BRESAN - D. STEVANATO, *Scambio azionario transfrontaliero: la distribuzione di utili elude il divieto di conguagli in denaro?*, in *Corriere Tributario*, 2007, n. 38, 3103.

Italy – Commissione Tributaria Provinciale di Roma (Provincial Tax Court of Rome) – Chamber 44 – Judgement no 144/44/2007 of 6 july 2007

**Controlled Foreign Companies – CFC provisions – Article 127-bis
(now 167), paragraph 5 of the Italian Consolidated Text on Income
Taxes (T.U.I.R.) No. 917/86 – Ruling on the application of CFC
exemptions**

**Article 19, paragraph 1 of Legislative Decree No. 546/92 – List of ap-
pealable decisions before tax courts – No indication of ruling under
Article 167 – Not appealable**

**Effects of the ruling – Advisory function of the tax administration –
Interlocutory nature of the ruling – Errors in the ruling are appeal-
able only with the appeal against the notice of assessment, if any**

An Italian company was not allowed to appeal against a negative ruling by the Agenzia delle Entrate (Italian Revenue Agency) on the disapplicaiion of Article 127-bis, paragraph 1 of Presidential Decree D.P.R. No. 917 of 22 December 1986 (T.U.I.R.).

*A CFC ruling cannot be appealed separately under Article 19, paragraph 1 of Legisla-
tive Decree No. 546/1992, as its effects do not fall within the scope of that Article, notwith-
standing the nomen juris (the name of the law).*

*The ruling is not to be identified as the Revenue claim, but as a result of the advisory func-
tion of the tax administration, which the taxpayer refers to for a preliminary ruling – in the case
in point, the application of CFC exemptions under Article 12-7bis, paragraph 5 of T.U.I.R.
The ruling is a mere interim decision in respect of the assessment. Therefore, the errors in the
ruling may be appealed only with the appeal of the notice of assessment (if any).*

The rejection of CFC exemptions

Ciriaco R. Petrillo*

CONTENTS: 1. Introduction; 2. The CFC provisions; 3. The CFC ruling; 4. Failure to request a CFC ruling; 5. Judgement No. 144/44/2007 of the Provincial Tax Court of Rome (negative CFC ruling); 6. Positive CFC ruling.

* Translation by Claudia Calogero.

1. Introduction

Law No. 241 of 7 August 1990 contains the new provisions governing administrative process and the right of access to administrative documents. It serves as a starting point that gets the whole system of administrative law functioning. According to the law, administrative actions must be transparent and effective, so to escape from the time-consuming procedures of the past. This novelty affected also the administrative procedures of tax law, which is so complex that even legal experts often struggle.

The Italian tax system is based on self-assessment of taxable income and taxes. Thus, it is up to the taxpayer to correctly interpret tax provisions so to avoid mistakes in their application. In its part, the tax administration must check that the taxpayer's self-assessment conforms to the "official" determination.

Considering that the taxpayer is in a delicate situation and that it is necessary to simplify administrative procedures by way of transparency and effectiveness, the Italian lawmaker, on various occasions, has taken actions to provide the necessary tools to guarantee a fair relationship of cooperation between taxpayers and tax administration, thus leaving former authoritarianism behind.

It is in this framework that the ruling system functions. It was introduced for the first time by Law No. 413 of 30 December 1991. Since then, the system has been enhanced and refined to meet different needs.

However, its aim is still to enable taxpayers to refer to the tax administration for a ruling on a point of tax law in a specific case.

The judgement No. 144/44/07 issued by the Provincial Tax Court of Rome will be then examined with a view to the legal effects of the ruling of the *Agenzia delle Entrate* under Article 127-*bis* of T.U.I.R. (now, after the corporation tax reform, Article 167).

2. CFC provisions

CFC provisions govern the taxation of controlled foreign companies located in countries with a preferential tax regime (CFCs). They were introduced for the first time in Italy by Article 127-*bis* of the Italian Consolidated Text on Income Taxes (D.P.R. No. 917 of 22 December 1986) to be applied as and from the tax year after 23 November 2001¹, when the implementing decree (D.M.) was published in the Official Journal. CFC provisions are a reaction by industrialized countries against the tax policies of tax havens, namely those countries where tax treatment is particularly favourable and/or administrative procedures are not completely "transparent".

Article 127-*bis* was complemented with other legislative tools to get the tax regime functioning. In particular, on 21 November 2001 two ministerial decrees were issued:

- D.M. No. 429 of 21 November 2001 is the Implementing Regulation of CFC provisions as laid down in Article 127-*bis* of T.U.I.R.;

¹ Article 6 of Ministerial Decree No. 429 of 21 November 2001.

- D.M. of 21 November 2001 identifies countries and territories with a preferential tax regime (*blacklist*) on the basis of two criteria: level of taxation and degree of exchange of information between the tax administrations involved.

In accordance with Article 127-bis (as and from 1 January 2004, Article 167), Italian companies are subject to taxation on income derived by controlled foreign companies located in a territory or country included in the “blacklist” (D.M. of 21 November 2001). The rule applies also to shareholdings held in non-resident entities in respect of income derived by their permanent establishments when it is subject to a preferential tax regime.

The regime applies to resident individuals and entities as indicated in Articles 5 and 73, paragraph 1, letters a), b) and c) of T.U.I.R., namely partnerships, companies with capital shares, bodies governed by public or private law, commercial or non-commercial entities resident in Italy². Where a CFC entity is controlled by the Italian permanent establishment of a non-resident company, relevant income is allocated to that permanent establishment³.

The control requirement is referred to in Article 2359 of the Italian Civil Code and is to be identified at the closure of the financial year⁴. Accordingly, CFC income must be allocated to its resident controlling entity at the closure of the financial year, regardless of the period of time that this control has been exercised.

Income is determined according to corporation tax provisions. It is taxed separately at the average rate of the overall income of the resident entity. This rate cannot be lower than 27%.

In order to avoid double taxation, CFC distributed profits are not included in the taxable income of resident entities up to the amount of income that is already taxed in their hands. Final taxes paid abroad by CFCs can be deducted from the amount of taxes paid in Italy (which are referred to CFC income only) under Article 165 of T.U.I.R.

The CFC regime is applied for anti-avoidance purposes; thus, the taxpayer can avoid taxation by furnishing proof that the investment in the tax haven is not fictitious. The CFC regime is not applied where the resident entity refers to the *Agenzia delle Entrate* for a preliminary ruling and furnishes the proof that:

a) foreign controlled companies or other entities carry on a real industrial or commercial activity as their main business through a proper place of business in the State or territory where their headquarters are located, or

b) CFCs derive an amount of income not lower than 75% in States or territories that are not included in the blacklist under D.M. of 21 November 2001 and therein subject to full standard taxation.

3. CFC ruling

A resident controlling entity may refer to the *Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso*, through the territorially competent *Direzione Regionale*

² Ministry of Economy and Finance, Note No. 207/E of 16 November 2000.

³ Ministerial Decree No. 429/2001.

⁴ Agenzia delle Entrate, Note No. 18/E of 12 February 2002.

delle Entrate, for a ruling, before submitting the tax return for the year when the disapplication of CFC provisions is requested. If the request is not made in advance, the ruling can be obtained but shall apply only for the tax year referred to in the tax return submitted after the issue of the ruling⁵.

If no ruling is issued within 120 days (180 days, where a CFC was already working at the date when the Implementing Regulation entered into force), Article 167, paragraph 1 of T.U.I.R. shall be disapplied.

Under Article 167, paragraph 5 of T.U.I.R., the taxpayer shall refer to the tax administration for a preliminary ruling on the question whether he meets the requirements to benefit from CFC exemptions (as indicated at paragraph 5). The ruling procedure is described in Article 11 of Law No. 212 of 27 July 2000 (Taxpayer's Charter of Rights).

When submitting the ruling, the taxpayer must comply with a procedural requirement (concerning the commencement of the ruling procedure) and a substantial requirement (concerning whether the CFC carries out a real activity or where the CFC income is localized).

With regard to the procedural requirement, it is to point out that the CFC ruling has a different scope from the standard ruling under Article 11 of Law No. 212 of 27 July 2000. Actually, its purpose is not to have a "correct" interpretation of a tax provision but to disapply CFC provisions under Article 167, paragraph 1 of T.U.I.R.

4. Failure to request a CFC ruling

From a procedural point of view, it is "compulsory" to request a preliminary ruling. In fact, the law imposes a duty upon the taxpayer to request a preliminary ruling on whether CFC exemptions may be applied; however, it does not detail the effects in case of non-compliance.

In particular, it is not clear if the failure to request a preliminary ruling may result in precluding an appeal against the notice of assessment concerning CFC income.

Various theories have been worked out on the matter.

According to some scholars⁶, the ruling directly affects the legal situation of the requesting taxpayer.

Actually, the tax deferral would be worthy of judicial review under Article 113, paragraphs 1 and 2 of the Constitution. It provides that: "Against a decision taken by the public administration before an ordinary or administrative court, legal action is always admissible to protect one's own rights under civil or administrative law. Such judicial protection may not be excluded or limited to specific forms of action or to specific categories of claims".

In line with this doctrine, the ruling issued by the *Agenzia delle Entrate* has a substantial value. The problem therefore arises whether the ruling is appealable⁷.

⁵ Note No. 18/E of 12 February 2001.

⁶ G. SOZZA, *Aspetti sostanziali e processuali all'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del tuir* in "Il fisco" no. 22/2002;

⁷ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Vol. I, Torino, p. 135.

In this case, the doctrine seems inclined to consider that a negative ruling should benefit from judicial review, without taking into account that the taxpayer may lawfully deviate from the ruling, thus bearing the risk of a tax assessment, which can be appealed before the courts. Furthermore, it is necessary to recognize that a negative ruling is not without economic effects; let us think, for example, of the effects on the market value of the shareholding in a CFC.

Other scholars⁸ deem that the ruling can be appealed only where the situations concerned do not have a legal protection before the courts. This theory makes a distinction between the final measure of an administrative procedure, which often is an administrative act (*provvedimento*), and the intra-procedural measure, which has a preparatory nature.

The problem arises where the measure seems to be intra-procedural at first – as it could be the ruling issued by the *Agenzia delle Entrate* – but it adversely affects the taxpayer, in that the notice of assessment cannot be appealed where he did not request a preliminary ruling. This is all the more true if you consider that when the ruling is not issued within the prescribed period, the CFC exemptions are considered as granted and a following tax assessment has no effect.

Essentially, the failure to request a preliminary ruling would be a sort of advance discontinuance of action by the taxpayer in case of any possible measure taken by the tax authority concerned.

There was not such a problem in the past, as the general ruling procedure aimed at obtaining an interpretation on the specific case, while the CFC ruling aims at obtaining an advance decision from the tax authority on whether CFC provisions (Article 167, paragraph 1 of *Tuir*) may be disappplied.

The following example shows how the fact that the ruling is compulsory affects the taxpayer's rights:

- a resident entity controlled a company resident in a blacklisted country;
- the taxpayer met the conditions for CFC exemptions;
- the taxpayer did not request a preliminary ruling and did not report CFC income in the tax return;
- the competent tax office assessed the taxpayer to tax on CFC income.

Could the taxpayers use the documentation justifying the application of CFC exemptions before the court?

Should the ruling be compulsory, the answer would be negative: the taxpayer could not claim before the court that he met the conditions for CFC exemptions. In practice, in case of disputes⁹, if the taxpayer did not request a preliminary ruling, the exercise of his defence rights set out in Articles 24, 53 and 113 of the Constitution would be restricted.

There would emerge a question of constitutional legitimacy where the CFC ruling were construed in the sense that the taxpayer is not allowed to furnish the proof to the contrary that in fact he meets the conditions for CFC exemptions¹⁰.

⁸ A. GIOVANNINI, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate* in "Rassegna tributaria" no. 2/2002.

⁹ G. SOZZA, op. cit..

¹⁰ M. BRUZZONE, *L'interpello per le CFC* in "Corriere tributario" no. 2/2002.

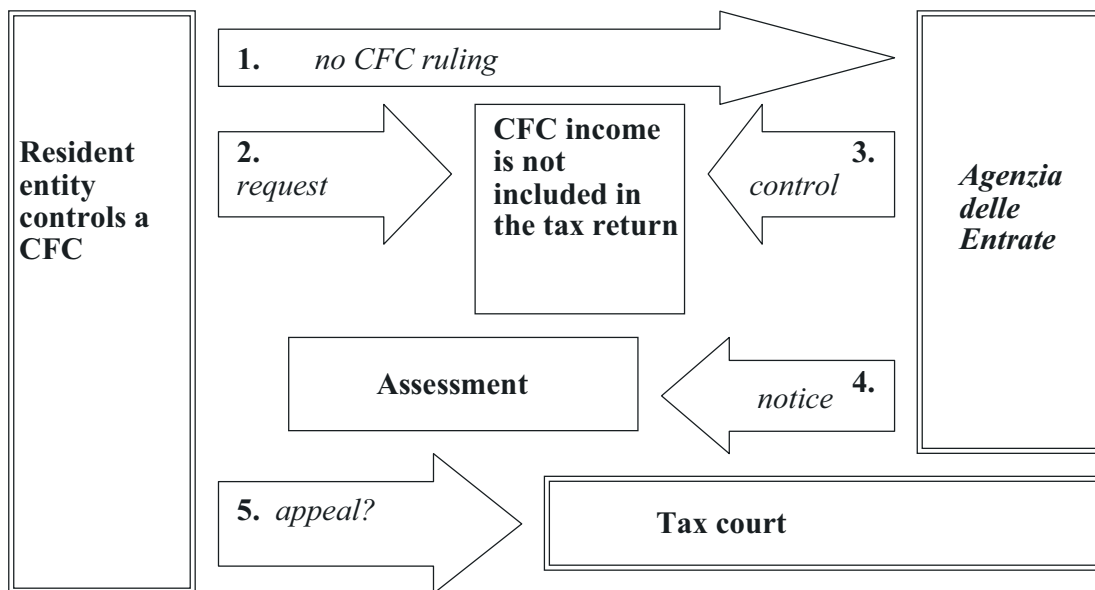
This interpretation is further supported if the ruling is considered an “intra-procedural” act. In fact, the failure to comply with a procedural requirement (request for a preliminary ruling) shall preclude the taxpayer from exercising his defence rights against a notice of assessment.

However, in the light of judgement No. 144/44/2007 issued by the Provincial Tax Court of Rome, which considers the CFC ruling as an “opinion”, it would be preferable to follow the thesis according to which the request for a preliminary ruling is compulsory but serves the only purpose of preventing a dispute.

Therefore, the failure to request a preliminary ruling would not preclude the taxpayer from defending his own rights before the court (indeed, the contrary would be against the Constitution), but it is a device to avoid a dispute in case of a positive ruling.

Thus the ruling seems to serve not only the purpose of monitoring investments in tax havens, but also to relieve the workload on tax courts.

Where the taxpayer did not request the “compulsory” preliminary ruling and then he is assessed to tax, the situation could be the following.



5. Judgement No. 144/44/2007 of the Provincial Tax Court of Rome (negative CFC ruling)

The second question concerns the case of a negative CFC ruling. In order to disapply CFC provisions, is it sufficient to request a preliminary ruling or is it also necessary that the ruling is positive?

An authoritative scholar¹¹ points out that a negative ruling can be appealed before a tax court under Article 19 of Legislative Decree No. 546 of 31 December 1992, on the ground that the ruling is covered by paragraph 1, letter h, of Article 19, which concerns those measures denying tax advantages.

According to other authoritative scholars¹², the disapplication of Article 167, paragraph 5 is the direct result of the law, in that the request for a preliminary ruling serves a cautionary purpose and the application of CFC exemptions (the carrying out of a real activity or income localization) does not depend on a positive ruling. It is not a request for an authorization, but an information tool to enable the tax authority to make its assessment. Where the tax authority denies an exemption that the taxpayer has already applied, the dispute will deal with the substance of the question and not with the fact that the tax authority was not informed of the application of an exemption.

The same conclusion can also be reached if you consider that Article 167, paragraph 5 refers to the ruling procedure. In fact, the opinion is binding only for the tax authority, not for the taxpayer. The taxpayer may deviate from the tax authority's opinion and justify his behaviour before the court, in case of a dispute.

Indeed, this seems to be the interpretation of the Provincial Tax Court of Rome in its judgement No. 144/44/2007.

In the case in point, the *Agenzia delle Entrate* raised a preliminary objection of inadmissibility in regard to the appeal of the ruling. The ruling is not appealable. Neither can it be argued that tax courts have a wider jurisdiction, as the ruling does not concern taxes but the allocation and taxation of items of income that are to be specified and quantified by the taxpayer at a later moment.

Furthermore, the taxpayer can deviate from the ruling and bear the risk of being assessed for tax by the *Agenzia delle Entrate*; this tax assessment shall be appealed before the court.

Conversely, the applicant argued that a negative ruling is appealable. The Italian company argued that all acts are appealable within the legal system; further, Article 12 of Law No. 448/2001 was introduced to confer jurisdiction upon tax courts in all the cases which the tax administration is a party to. Therefore, the list contained in Article 19 of Legislative Decree No. 546/1992 cannot be considered exhaustive but should be supplemented by way of evaluating the acts according to their substance and purpose.

The applicant referred to judgement No. 23731/2004 of the Italian Supreme Court¹³ in support of its thesis. The Court held that it was possible to appeal

¹¹ M. NUSSI, *Spunti di analisi in materia di Controlled Foreign companies* in "Il fisco" no. 42/2002; L. PERRONE, *I limiti della giurisdizione tributaria* in "Rassegna tributaria" no. 3/2006; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano 2005, p. 109.

¹² R. LUPI, *Principi generali in tema di CFC* in "Rassegna tributaria" no. 6/2000.

¹³ R. LUPI, *Riflessioni processuali del diniego di disapplicazione di norme antielusive*, commento alla sentenza n.

against a negative ruling on the disapplication of anti-avoidance rules, which was requested under Article 37-*bis*, paragraph 8 of Presidential Decree No. 600/1973. Although it is not listed in Article 19 of Legislative Decree No. 546/1992, a negative ruling is substantially similar to the acts falling within the scope of application of that article, – in particular, to the acts denying tax advantages – and is regarded as an act detrimental to the taxpayer, as it “anticipates” the outcome of a notice of assessment.

Essentially, the applicant argues that the ruling is not only an information tool, but also a taxing measure.

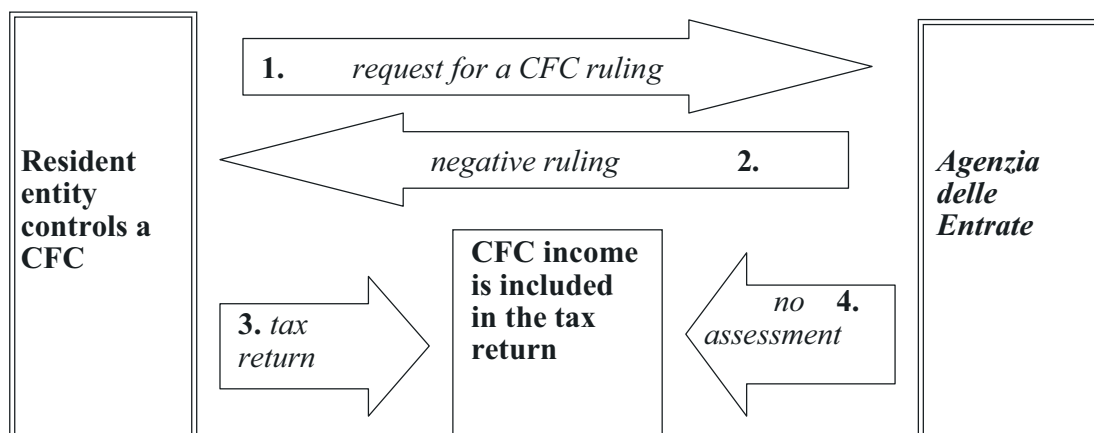
In the judgement, the Provincial Tax Court of Rome decided to evaluate whether the ruling is appealable.

In an attempt to define the ruling, the tax court applied a functional criterion, regardless of the *nomen juris* conferred upon the act, in order to verify whether Article 19, paragraph 1 of Legislative Decree No. 546/1992 covers the ruling in respect of its effects and thus be regarded as appealable by way of an extensive interpretation.

Eventually, the tax court excluded that the ruling has the same effects as the acts referred to in the list. The ruling is not a taxing measure but an opinion delivered by the tax authority in respect of whether exemptions as laid down in Article 127-*bis* of T.U.I.R. may be applied.

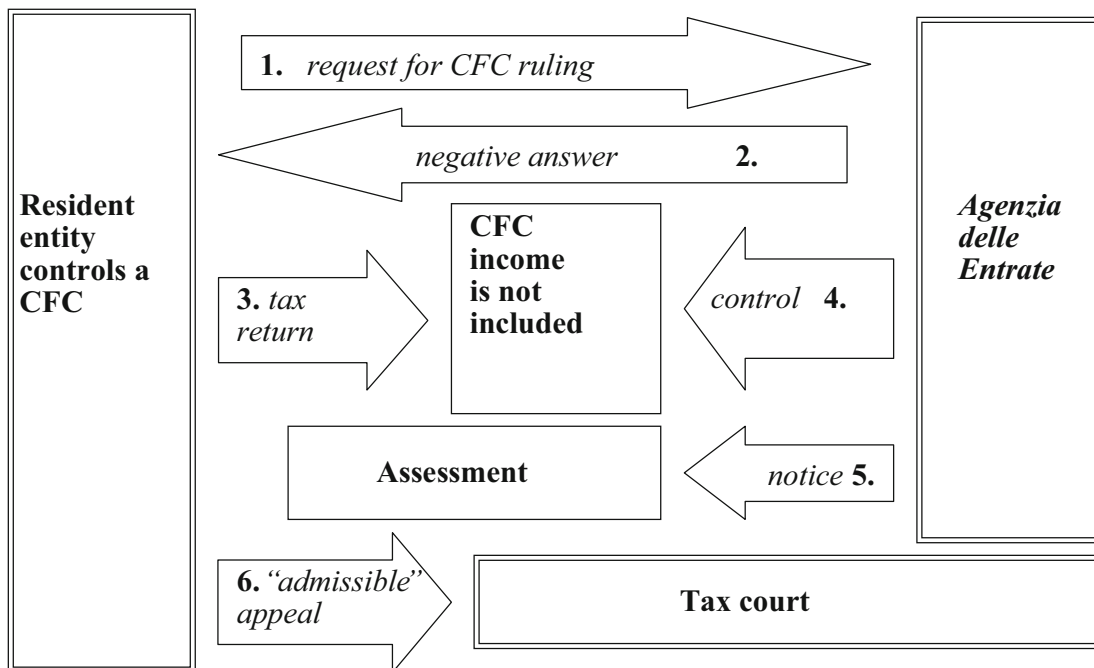
It follows that the ruling is a mere interim decision in respect of the assessment. Therefore, relevant errors, if any, may be appealed with the appeal of the notice of assessment.

First hypothesis - The taxpayer requested a preliminary ruling. The ruling was negative. The taxpayer complied with the ruling and included CFC income in his tax return.



23731/2004 in “fisconline”.

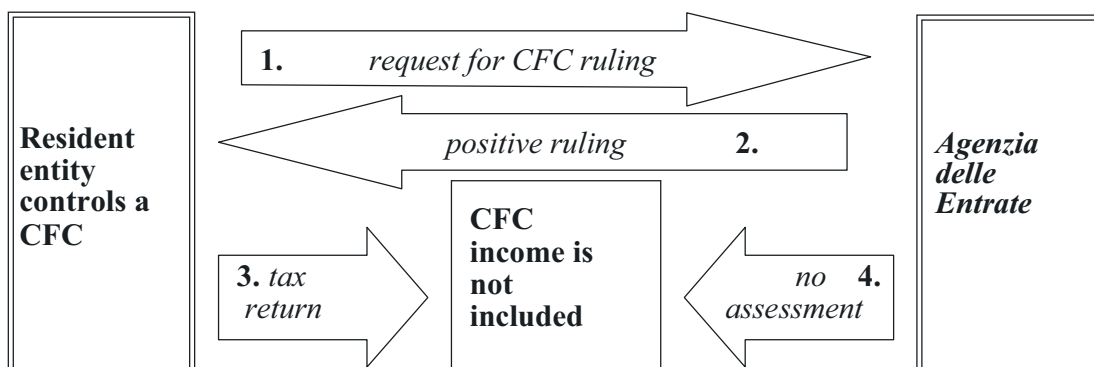
Second hypothesis – The taxpayer requested a preliminary ruling. The ruling was negative. The taxpayer did not comply with the ruling and did not include CFC income in his tax return. In line with the judgement under examination, the appeal against the ruling is not “admissible”. The ruling can be appealed after the notice of assessment.



6. Positive CFC ruling

A positive ruling takes effect from the tax year relevant to the income tax return whose filing date expires after the issue of the ruling. The positive ruling will enable to disapply CFC provisions also in respect of following tax years under the same circumstances.¹⁴

Hypothesis of a positive ruling.



¹⁴ Note No. 18/2002.

Italia – Commissione Tributaria Provinciale di Roma – Sezione 44 - Sentenza n. 144/44/2007 del 6 luglio 2007

Disciplina in materia di CFC (Controlled Foreign Companies) - Articolo 127-bis (ora 167), comma 5, del Tuir n. 917/86 – Interpello per la dimostrazione delle esimenti previste dalla legge.

Articolo 19, comma 1, del D.Lgs. n. 546/92 – Elenco degli atti impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie – Mancata menzione dell'interpello ex articolo 167 – Inammissibilità del ricorso.

Effetti della risposta all'interpello – Espressione di una funzione consultiva svolta dall'Amministrazione finanziaria – Carattere puramente interlocutorio – Impugnabilità dei relativi vizi in sede di impugnazione dell'eventuale atto di accertamento.

È inammissibile il ricorso proposto da una società italiana contro il parere negativo espresso dall'Agenzia delle Entrate su un'istanza di interpello con la quale la società ricorrente aveva chiesto la disapplicazione dell'articolo 127-bis, comma 1, del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, Tuir.

La possibilità di un'autonoma impugnazione della risposta all'interpello CFC sollevata dall'Agenzia delle Entrate va esclusa poiché, anche prescindendo dal nomen juris, non è possibile inquadrare l'atto, sul piano degli effetti, tra gli atti impositivi autonomamente impugnabili di cui all'articolo 19, comma 1, del d.lgs. n. 546 del 1992.

La risposta all'istanza di interpello non definisce la pretesa tributaria dell'Ufficio ma si configura come espressione di una funzione consultiva svolta dall'Amministrazione quando è chiamata a rendere al contribuente un parere in ordine alla sussistenza, nella specie, delle esimenti indicate al comma 5 dell'articolo 127-bis del Tuir. La risposta all'istanza di interpello è un atto meramente interlocutorio rispetto all'accertamento. Pertanto, gli eventuali vizi possono essere fatti valere solo in sede di impugnazione dell'eventuale accertamento.

Testo della sentenza

La ricorrente IC S.p.a. impugna il diniego di disapplicazione dell'art. 127-bis, comma 1, del DPR 22 dicembre 1986, n. 917, comunicatole a mezzo fax dall'Agenzia delle entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, Settore fiscalità indiretta e

internazionale, Ufficio fiscalità internazionale, in data XX/XX/2003 (prot. n. XXXX del XX/XX/XXXX), in ordine all'interpello dalla stessa presentato, in data XX/XX/XXXX, ai sensi dell'art. 127-bis, comma 5, dello stesso d.p.r. n. 917 del 1986 e dell'art. 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, ai fini della disapplicazione del suddetto art. 127-bis, comma 1, in relazione ai redditi conseguiti dalla società controllata ICC Ltd, con sede in Cipro, Stato inserito dall'art. 1 del d.m. 21 novembre 2001, tra gli Stati e territori aventi un regime fiscale privilegiato.

Deduce:

a) "In via preliminare e assorbente: inesistenza dell'atto dell'Agenzia delle entrate per mancanza di rispetto dei termini" avendo l'Agenzia delle entrate comunicato la propria risposta all'interpello nel termine di 180 giorni dalla ricezione della documentazione integrativa precedentemente richiesta alla ricorrente, termine previsto, viceversa, ai sensi della circolare dell'Agenzia delle entrate 12 gennaio 2002, n. 18, in 120 giorni dalla ricezione della documentazione integrativa ed essendo, comunque, in subordine, legittima, la risposta resa all'Agenzia delle entrate, in quanto scaturente da un comportamento – richiesta di integrazione della documentazione, da parte dell'Agenzia delle entrate, allo scadere del termine per la risposta – "contrario al principio della collaborazione e della buona fede sancito dallo Statuto del Contribuente";

b) "violazione della libertà di stabilimento disciplinata dall'articolo 43, del trattato istitutivo della Comunità europea e del principio di proporzionalità nel caso di applicazione dell'art. 127-bis, TUIR, al caso di specie" e, in particolare, violazione del diritto di stabilimento cosiddetto "secondario", garantito dall'art. 43 del trattato CE, suscettibile di esplicazione anche in un territorio diverso da quello degli Stati membri, atteso che l'applicazione dell'art. 127-bis del DPR n. 917 del 1986 al caso di specie "limita l'esercizio, da parte di una società avente la nazionalità di uno Stato membro (la società IC S.p.a.) e che è stabilita in uno Stato membro (l'Italia), del diritto di stabilimento della società stessa in un territorio anche non appartenente all'Unione europea (Cipro)". Né potrebbe, d'altro canto, ritenersi che tale violazione del diritto di stabilimento possa rientrare in una delle ipotesi restrittive consentite dall'art. 46 del trattato CE (in particolare, essere giustificata da motivi di ordine pubblico), atteso che deve escludersi che finalità di contrasto all'evasione o all'elusione fiscale possano giustificare l'adozione di norme interne che deroghino alle libertà fondamentali, ed atteso, comunque, che la restrizione del diritto di stabilimento "deve essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per farlo"; difetto di proporzionalità, per eccesso, che sarebbe invece nella specie sussistente ove consideri che l'art. 127-bis, in presenza di una presunzione assoluta di tassazione privilegiata nei Paesi individuati con l'apposito decreto ministeriale, "è suscettibile di attuazione in situazioni e circostanze in cui non è rilevabile alcuna effettiva sottrazione di reddito imponibile allo Stato italiano e quindi non sia verificabile alcun vantaggio fiscale in capo alla società residente, come, nello specifico, avviene nel caso sottoposto a codesta Commissione";

c) "la (in)compatibilità dell'art. 127-bis del Tuir con il disposto della Convenzione stipulata tra l'Italia e Cipro per evitare le doppie imposizioni" (resa esecutiva con legge 10 luglio 1982, n. 564), atteso il contrasto tra gli articoli 7, primo paragrafo e

5, sesto paragrafo, della Convenzione – che escludono che il mero controllo, da parte di una società residente in Italia, di una società residente in altro Stato contraente, possa di per sé consentire la tassazione nel primo Stato del reddito di impresa realizzato nell'altro Stato dalla società controllata cipriota – e l'art. 127-bis, comma 1, del DPR n. 917 del 1986, successivamente entrato in vigore, con conseguente prevalenza della norma convenzionale, immessa nell'ordinamento in virtù dell'ordine di esecuzione, “in ragione di un principio di specialità sui generis di quest'ultima, riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza ove non risulti, come non risulta nella specie, una chiara *mens legis* derogatoria dell'obbligo internazionale;

d) nel merito:

1) la sussistenza delle “circostanze esimenti di cui al quinto comma dell'art. 127-bis, Tuir” e, in particolare, di quella relativa allo “svolgimento di un'effettiva attività industriale o commerciale” – espressioni da interpretare ai sensi dell'art. 5 del d.m. 21 novembre 2001, n. 429, che richiama, a sua volta, l'art. 2195 del codice civile – da parte della ICC Ltd, nello Stato in cui essa ha sede, atteso “lo svolgimento di un'attività industriale a Cipro da parte del gruppo IC mediante la società holding ICC Ltd e la partecipata V Ltd, considerata “braccio operativo” della holding e comunque la natura commerciale ex art. 2195 dell'attività svolta da ICC Ltd”, come confermato dalla giurisprudenza di legittimità in ordine all'oggetto della società holding e, comunque, dalla assenza di dubbi in ordine alla qualificazione della “attività di ICC Ltd come ausiliaria allo svolgimento dell'attività industriale a Cipro per il gruppo IC e pertanto commerciale ai sensi dell'art. 2195 del codice civile”, nonché, in ogni caso, dalla ricomprensione nella nozione di attività commerciale ai sensi dell'art. 2195 del codice civile della “attività di gestione di partecipazioni, rimanendo esclusa – ai soli fini IVA (ai sensi dell'art. 4, quinto comma, del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, n.d.r.) – la gestione di partecipazioni meramente passiva effettuata nell'assenza di strutture per l'esercizio di attività finanziaria ovvero attività di indirizzo o coordinamento delle società partecipate”. Quanto al requisito dell'effettività dell'attività industriale o commerciale esercitata, non oggetto di rilievi da parte dell'Agenzia delle entrate, la sussistenza dello stesso, attesa la “veridicità e concretezza della società estera” – pur in presenza di scarsità di documenti che attestino l'esercizio di una tradizionale attività commerciale qui intesa come attività di vendita di beni e/o prestazione di servizi”, come pure di costi per il personale – in relazione all'effettivo svolgimento della attività di holding che “si concretizza nella gestione di una partecipazione azionaria e nella ricezione del dividendo da quest'ultima distribuito”;

2) La sussistenza delle “circostanze esimenti di cui al quinto comma dell'art. 127-bis, Tuir” e, in particolare, di quella relativa al fatto che dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare i redditi in uno Stato sottoposto a regime fiscale privilegiato, atteso che il reddito percepito da ICC Ltd, e consistente in un dividendo ricevuto dalla società V Ltd, “ha scontato una congrua imposizione in capo a V Ltd; società soggetta ad imposizione con le aliquote ordinarie previste dall'ordinamento cipriota (aliquote progressive dal 20 al 25 per cento)”, circostanza questa, certamente rilevante ai fini della sussistenza dell'esimente- contrariamente a quanto ritenuto dalla Agenzia delle entrate – anche alla luce della *ratio* dell'esimente medesima quale risulta dalla relazione alla legge 21 novembre 2000, n. 342, che ha introdotto nel d.p.r. n. 917 del 1986 l'art. 127-bis;

3) “il fenomeno di doppia imposizione che scaturisce in relazione al reddito di ICC Ltd e l’assenza di un vantaggio fiscale in capo a IC Spa”, in quanto, sotto il primo profilo, IC S.p.a. si vede imputato il reddito di ICC Ltd “che è già stato sottoposto ad imposizione in capo a V, e che scontrerebbe un’ulteriore imposizione fiscale – questa volta in capo a IC S.p.a.”, senza poter beneficiare di alcun credito per le imposte assolte sull’utile da cui deriva il dividendo di ICC Ltd, atteso che il sistema tributario cipriota prevede, con riferimento ai dividendi, il metodo dell’esenzione, anziché il metodo del credito di imposta in vigore nel nostro sistema fiscale. Sotto il profilo della assenza di un vantaggio fiscale in capo a IC S.p.a., in quanto “se la ICC Ltd fosse liquidata la corresponsione del dividendo da V a favore di CF (società avente sede in Francia attraverso la quale IC S.p.a. controlla ICC Ltd, n.d.r.) beneficerebbe del regime di esenzione previsto dal sistema francese”.

La ricorrente chiede quindi che la Commissione annulli l’atto impugnato e dichiari la disapplicazione dell’art. 127-bis del d.p.r. n. 917 del 1986 e, in subordine, che rinvi la questione alla Corte di giustizia dell’Unione europea per consentire la pronuncia della medesima in merito all’infrazione prospettata all’art. 43 del Trattato CE.

Si costituiva l’Agenzia delle entrate, Direzione centrale normativa e contenzioso, con atto depositato in data 13 dicembre 2003, eccependo, preliminarmente, la non impugnabilità della risposta all’interpello, non essendo tale atto ricompreso “fra gli atti previsti come autonomamente impugnabili” e non rilevando, in senso contrario, l’ampliamento della giurisdizione delle commissioni tributarie operata dall’art. 12, comma 2, della legge 28 dicembre 2001, n. 448, atteso che “l’atto qui erroneamente impugnato non ha ad oggetto tributi bensì una modalità di attribuzione e assoggettamento ad imposizione di redditi la cui specificazione e quantificazione è demandata al contribuente stesso e in un momento temporalmente successivo”, nonché in considerazione del fatto che “il contribuente può ben disattendere il parere formulato dall’Agenzia delle Entrate demandando un eventuale contenzioso, si ribadisce solo eventuale, al giudice competente (...). Analoga, del resto, sarebbe la non impugnabilità delle risoluzioni e delle circolari dell’Agenzia delle entrate, anch’esse solo “potenzialmente lesive di un diritto”.

In ordine alle doglianze avanzate nel ricorso, la parte resistente evidenzia, in primo luogo, “l’infondatezza dei profili di inesistenza dell’atto”, atteso che, ai sensi dell’art. 4 comma 4, del d.m. 26 aprile 2001, n. 109, la richiesta di integrazione della documentazione – resasi necessaria, nella specie, in quanto all’interpello non era stato allegato il bilancio della società cipriota – interrompe lo speciale termine di 180 giorni previsto per la risposta all’interpello per le imprese già operanti nei Paesi con regime fiscale privilegiato e non quello di 120 giorni, sì che è il primo termine, di 180 giorni, a ricominciare a decorrere dopo l’interruzione; in secondo luogo, “l’infondatezza dell’eccezione di violazione della libertà di stabilimento”, atteso che il riferimento, operato dalla ricorrente, all’art. 43 del trattato CE, non sarebbe pertinente “posto che l’art. 127-bis richiamato non confligge con l’articolo 43 del trattato CE poiché non impone trattamenti diversi né restrizioni allo stabilimento in altri Stati di società residenti in Stati membri mediante filiali, succursali, agenzie et similia, ma ha invece lo scopo di evitare intenti meramente elusivi attraendo a tassazione il reddito della partecipata nel momento in cui viene prodotto senza attenderne la distribuzione”, che lo stesso art. 127-bis non discrimina a seconda che il soggetto “sia o meno nazionale”,

che Cipro non era parte dell'Unione europea, con conseguente inapplicabilità dell'art. 43 del trattato CE alle società ivi localizzate, che infine, resta ferma la possibilità per il contribuente di opporsi in sede contenziosa alla applicazione nei suoi confronti dell'art. 127-bis del DPR n. 917 del 1986; in terzo luogo, "l'infondatezza dell'eccezione concernente la violazione della Convenzione contro le doppie imposizioni", non sussistendo alcun contrasto tra l'art. 127-bis e la normativa convenzionale, consigliata dall'OCSE, come chiarito con la circolare 207/E del 16 novembre 2000; in quarto luogo, nel merito, la "Conformità dell'atto all'articolo 127-bis del DPR n. 917 del 22 dicembre 1986", atteso che, quanto alla prima esimente, sarebbe la stessa ricorrente a riconoscerne, implicitamente, l'insussistenza, tendendo a dimostrare "non ciò che la norma chiede, ossia che l'effettiva attività industriale o commerciale debba essere svolta da ICC Ltd, ma piuttosto che l'attività commerciale è svolta dalla società controllata da ICC Ltd" e che, sempre dalle stesse affermazioni della ricorrente, risulterebbe "palese che l'attività della ICC Ltd è limitata ad una mera intestazione di attività finanziarie e al godimento degli eventuali frutti da esse prodotti" e, quanto alla seconda esimente, che "la società ha dichiarato espressamente che a detti redditi non si è resa applicabile la normativa francese relativa alle società controllate estere (...). Di conseguenza non può ritenersi dimostrato che dalla partecipazione la società non consegua l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati".

Con successiva memoria, depositata in data 27 aprile 2007, la ricorrente ribadiva l'impugnabilità della risposta negativa all'interpello, atteso che "in via preliminare ed assorbente (...) non esistono, nel nostro ordinamento, atti per i quali non sia possibile proporre ricorso" e che il dettato dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, come modificato dall'art. 12 della legge n. 448 del 2001, rende manifesto l'intento del legislatore di "concentrare presso il giudice tributario la giurisdizione in materie in cui è parte l'Amministrazione finanziaria", con le sole eccezioni previste, con la conseguente necessità di adeguare gli atti impugnabili, da considerare non alla stregua del mero nomen iuris, ma del loro contenuto e finalità, a tale nuovo assetto della giurisdizione tributaria (necessità della quale si è fatta interprete la stessa Corte di cassazione con le sentenze n. 20318 del 2006 e n. 7388 del 2007, relativamente all'impugnazione del rifiuto espresso o tacito dell'amministrazione di procedere all'autotutela) ed esclusione del carattere di *numerus clausus* dell'elencazione di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992 (come, del resto, riconosciuto dalla stessa Corte di cassazione, anche prima della modifica dell'art. 2 del d.lgs. n. 546 del 1992, con la sentenza n. 185 del 1999, con riferimento alla revoca dell'accertamento con adesione). La ricorrente menziona ancora, a sostegno del proprio assunto, la sentenza della Corte di cassazione n. 23731 del 2004 che ha ritenuto impugnabile il diniego di disapplicazione in relazione a un interpello presentato ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del DPR n. 600 del 1973 per ottenere la disapplicazione di una norma avente finalità antielusiva, provvedimento non ricompreso tra gli atti di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992 ma "ad essi assimilabile nella sostanza" – in particolare, al diniego di agevolazione – e "ritenuto (...) come un atto pregiudizievole per il contribuente visto che "anticipa" gli esiti di un avviso di accertamento e, dunque, concretizza una lesione certa del diritto dell'istante, meritevole di tutela immediata". La ricorrente sottolinea ancora come la dottrina ritenga l'atto di diniego di agevolazione in considerazione impugnabile, in

quanto assimilabile al diniego di agevolazioni e, ancor più, come tale atto fosse vieppiù impugnabile finendo “col ripercuotersi soprattutto sul piano sostanziale, influenzando le modalità di tassazione e la determinazione dell’imponibile del soggetto”: esso costituirebbe, infatti “*condicio sine qua non* per la disapplicazione, posto che il soggetto residente il quale abbia ricevuto una risposta negativa alla richiesta di disapplicazione (...) è tenuto a procedere all’imputazione per trasparenza dei redditi provenienti dalla società controllata localizzata nel paradiso fiscale”, ragione per cui si parla, in materia “di dovere di interpello e non già di semplice diritto”. La risposta negativa all’interpello avrebbe quindi non un carattere solo informativo “ma (ha) contenuti impositivi con efficacia diretta sulla sfera patrimoniale del richiedente” ed “idoneità dell’atto a riflettersi immediatamente sulla determinazione della base imponibile”, con conseguente insufficienza di una tutela giudiziale differita. Per tali ragioni – l’essere, la risposta negativa, una forma di “accertamento preventivo” ai fini della determinazione della base imponibile – sarebbe infondata la tesi dell’Agenzia delle entrate secondo la quale il contribuente potrebbe non uniformarsi al parere negativo ricevuto. La ricorrente sottolinea infine come, a differenza della risoluzione o della circolare, come pure dell’interpello ai sensi dell’art. 11 delle leggi n. 212 del 2000, l’interpello de quo si configura come un vero e proprio obbligo, adempimento essenziale ai fini della disapplicazione di una norma di legge.

La ricorrente ribadisce poi, sviluppandole ulteriormente, le proprie doglianze: relativamente al mancato rispetto dei termini per la risposta all’interpello ed al mancato rispetto, da parte dell’amministrazione, del principio di collaborazione e buona fede di cui all’art. 10, comma 1, della legge n. 212 del 2000; relativamente all’incompatibilità tra l’art. 43 del trattato CE e l’art. 127-bis del DPR n. 917 del 1986, rientrando tra le violazioni del diritto di stabilimento “anche le restrizioni imposte dalla legislazione dello Stato membro di origine, che abbiano l’effetto di rendere meno attraente lo stabilimento dei propri cittadini o residenti nell’altro Stato” ed essendo la giustificazione della violazione delle norme del trattato CE fondata sul rischio di evasione fiscale “accettabile solo nella misura in cui la normativa in esame abbia come specifico scopo quello di negare un vantaggio fiscale a costruzioni giuridiche fittizie, utilizzate al fine di eludere le disposizioni nazionali”, come affermato anche dalla Corte di giustizia nella sentenza 12 settembre 2006, in causa C-196/04 – fittizietà e finalità elusiva del tutto insussistenti nella specie atteso il reale insediamento di ICC Ltd e lo svolgimento di attività economiche effettive da parte di essa a Cipro (Stato entrato nell’Unione europea da 1 maggio 2004), mentre l’onere probatorio posto dall’art. 127-bis del d.p.r. n. 917 del 1986 appare molto più restrittivo rispetto a quanto delineato dalla Corte di giustizia con riferimento allo svolgimento di una effettiva attività economica – nel senso ampio risultante dalla giurisprudenza della Corte – della società controllata, con conseguente necessità di disapplicazione, nel caso di specie, della normativa de qua, per contrasto con quanto sancito dal giudice di Lussemburgo; relativamente all’incompatibilità dell’art. 127-bis con la Convenzione tra l’Italia e Cipro per evitare le doppie imposizioni, richiamando, a sostegno di quanto affermato nel ricorso, giurisprudenza della Corte amministrativa d’appello di Parigi che ha dichiarato l’inapplicabilità della normativa interna in materia di società controllate estere per incompatibilità con l’articolo 7 della Convenzione contro la doppia imposizione stipulata tra Francia e Svizzera,

del tutto analoga a quella tra Italia e Cipro; sulla sussistenza delle circostanze esimenti di cui all'art. 127-bis, comma 5, del DPR 917 del 1986, risultando provato sia che ICC Ltd, a Cipro, svolga direttamente un'attività finanziaria, da intendersi ricompresa nella locuzione attività "industriale o commerciale", e, indirettamente, quella industriale, mediante il "braccio operativo" rappresentato dalla società di diritto cipriota V Ltd, sia che i redditi prodotti dalla stessa sono stati tassati in misura assolutamente congrua – ciò che rappresenta la ratio della seconda delle due esimenti – una prima volta in capo a V, sotto forma di utile e, quindi, nuovamente, in Francia, in via ordinaria, pur se non in trasparenza, in capo a CF.

Preliminarmente, deve essere esaminata l'eccezione avanzata dall'Agenzia delle entrate in ordine alla autonoma impugnabilità dell'atto. A tale fine è necessario esaminare se tale atto, anche a prescindere dal *nomen iuris* attribuitogli, possa considerarsi, in relazione al suo profilo funzionale e contenutistico, come atto definitorio di un'obbligazione tributaria, di una pretesa impositiva e, quindi, omogeneo, sul piano degli effetti, rispetto agli atti espressamente ricompresi nell'elencazione degli atti impugnabili di cui all'art. 19, comma 1, del d.lgs n. 546 del 1992; ciò che consentirebbe di ritenere anch'esso, con interpretazione estensiva, autonomamente impugnabile. Tale profilo funzionale e contenutistico e, conseguentemente, di omogeneità di effetti, rispetto agli atti di cui all'elenco predetto non è, tuttavia, riscontrabile in relazione alla risposta all'interpello presentato ai sensi dell'art. 127-bis, comma 5, ultimo periodo, del d.p.r. n. 917 del 1986. Dall'esame di tale disposizione si ricava infatti, come l'atto de quo, lungi dal definire, esso stesso, la pretesa tributaria dell'ufficio, si configura piuttosto quale espressione di una funzione consultiva svolta dall'amministrazione, chiamata a rendere al contribuente un parere in ordine alla sussistenza, nella specie, delle esimenti indicate al comma 5 dell'art. 127-bis del d.p.r. n. 917 del 1986. Militano in tale senso, sia argomenti letterali, quali l'uso del verbo "interpellare", il cui comune significato evoca la consultazione di un soggetto al fine di ottenerne il consiglio o parere – diversamente, ad esempio, da quanto previsto dall'art. 37-bis, comma 8, del d.p.r. n. 600 del 1973, ove il contribuente presenta "istanza" nella quale indica le disposizioni di cui "chiede la disapplicazione" –; sia argomenti sistematici, in particolare il richiamo, operato dall'art. 127-bis, comma 5, ultimo periodo, all'art. 11 della legge n. 212 del 2000, disposizione che, pacificamente, ha riguardo ad una attività di carattere consultivo svolta, su richiesta del contribuente, dall'amministrazione, la cui risposta non è ritenuta, per opinione comunemente condivisa, autonomamente impugnabile; sia, infine, la considerazione che la risposta negativa dell'amministrazione all'interpello non esclude la possibilità per il contribuente di disapplicare la disposizione di cui all'art. 127-bis, comma 1, del d.p.r. n. 917 del 1986, trovando così conferma l'inesistenza di una lesione certa ed attuale della sua sfera patrimoniale per effetto di tale risposta. Ne consegue che, in relazione a tale connotazione dell'interpello e della relativa risposta, quest'ultima deve considerarsi quale atto meramente interlocutorio rispetto all'eventuale accertamento, i cui vizi potranno, pertanto, essere fatti valere attraverso l'impugnazione dell'accertamento, con ciò assicurandosi la garanzia del diritto del soggetto alla tutela giurisdizionale. In conclusione, non potendosi ritenere la risposta all'interpello atto autonomamente impugnabile, il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

la Commissione, dichiara inammissibile il ricorso. Spese compensate.

Roma 11 maggio 2007

Il diniego di disapplicazione nella disciplina CFC

Ciriaco R. Petrillo*

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La disciplina CFC; 3. L'interpello CFC; 4. Mancata presentazione dell'interpello CFC; 5. La sentenza 144/44/2007 della Commissione Provinciale di Roma (risposta negativa all'interpello CFC); 6. Risposta positiva all'interpello CFC.

1. Premessa

Con la legge 7 agosto 1990, n. 241 sono state dettate le “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”. Tale provvedimento rappresenta il punto di partenza nell’attuale ordinamento giuridico per lo svolgimento di tutta l’attività esercitata dagli organi della pubblica amministrazione. Al fine di evitare l’eccessiva lentezza che, troppo spesso, aveva caratterizzato l’azione amministrativa degli anni passati, la citata legge ha imposto che ogni attività amministrativa venisse svolta secondo criteri di trasparenza ed efficienza. Tale innovazione ha investito anche i procedimenti ed i provvedimenti amministrativi collegati alle norme tributarie, le quali per la loro complessità risultano spesso di difficile lettura anche ai giuristi più esperti.

Come è noto, il sistema tributario italiano è impostato sull’autodeterminazione dell’imponibile e delle imposte, per cui è compito del contribuente interpretare correttamente le norme fiscali per evitare errori nella loro applicazione. L’Amministrazione finanziaria, da parte sua, deve effettuare a posteriori quei controlli di compatibilità tra l’interpretazione data dal contribuente e quella “ufficiale” fornita dalla stessa Amministrazione.

Vista la situazione delicata del contribuente e considerata la necessità di semplificare i provvedimenti e i procedimenti amministrativi nonché di dotarli di trasparenza e efficienza, il Legislatore è intervenuto più volte per fornire strumenti necessari a garantire un rapporto impositivo corretto basato sulla cooperazione tra l’Amministrazione finanziaria ed il contribuente superando, così, l’“autoritarismo” che aveva caratterizzato in passato i rapporti tra le due parti.

In questo contesto, si colloca l’istituto del *diritto di interpello* che l’ordinamento giuridico riconosce al contribuente per la prima volta con la legge 30 dicembre 1991, n. 413. Da allora, l’istituto si è evoluto e raffinato adeguandosi alle diverse esigenze richieste dal Legislatore.

* Le opinioni espresse sono esclusivamente riferibili all’autore e non possono essere considerate per nessun motivo una posizione ufficiale dell’Ente istituzionale cui appartiene.

Rimane, in ogni caso, ferma la finalità ultima dell'istituto, ossia di consentire ai contribuenti di esigere dall'Amministrazione finanziaria un parere relativamente ad una problematica di natura giuridico-tributaria illustrata sulla base di circostanze di fatto.

I paragrafi successivi prendono in considerazione la sentenza 144/44/07 della Commissione Provinciale di Roma nella parte in cui esamina gli effetti giuridici della risposta dell'Agenzia delle Entrate all'interpello ex articolo 127-bis del Tuir (diventato, dopo la Riforma Ires, articolo 167 del TUIR).

2. La disciplina CFC

La tassazione delle imprese partecipate estere localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata (*controlled foreign companies*, CFC) è regolata per la prima volta in Italia dall'articolo 127-bis del Testo unico delle imposte sui redditi approvato con il DPR 22 dicembre 1986, n. 917 con decorrenza a partire dal periodo di imposta successivo a quello in corso alla data del 23 novembre 2001¹, data di pubblicazione in G.U. del decreto di attuazione. Come è noto, la disciplina, nel suo complesso, rappresenta una forma di reazione che i Paesi industrializzati stanno adottando per opporsi alle politiche fiscali dei cosiddetti *tax havens*, vale a dire di quei Paesi caratterizzati da un regime di tassazione particolarmente favorevole e/o da un sistema di procedure amministrative non del tutto "trasparente".

All'introduzione del citato articolo 127-bis, sono seguiti altri provvedimenti legislativi per rendere funzionante il regime di tassazione. In particolare, in data 21 novembre 2001, sono stati emanati due decreti ministeriali:

- DM 21 novembre 2001, n. 429 riguardante il regolamento di attuazione in materia di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate di cui all'articolo 127-bis del Tuir;

- DM 21 novembre 2001 che individua gli Stati e territori a regime fiscale privilegiato (*black list*) principalmente sulla base di due criteri: livello di tassazione e grado di scambio di informazioni tra l'Amministrazione statale estera e quella italiana.

In base all'articolo 127-bis (a partire dal 01.01.2004, articolo 167) del Tuir, al soggetto italiano sono imputati per trasparenza i redditi conseguiti dai soggetti controllati residenti in un territorio o Stato individuato dalla citata *black list* del DM 21 novembre 2001. La regola si estende anche alle partecipazioni in soggetti non residenti relativamente ai redditi derivanti da loro stabili organizzazioni assoggettati ai predetti regimi fiscali privilegiati.

Per quanto riguarda i soggetti passivi, il regime si applica alle persone fisiche residenti e ai soggetti di cui agli articoli 5 e 73, comma 1, lettera a), b) e c) del Tuir e quindi alle società di persone, alle società di capitali, agli enti pubblici o privati, commerciali o non commerciali, residenti in Italia². Se il controllo è esercitato da

¹ Articolo 6 del DM 21 novembre 2001, n. 429.

² Circolare ministeriale 16 novembre 2000, n. 207/E.

una stabile organizzazione in Italia di una impresa non residente, i redditi della sua controllata estera CFC sono ad essa imputati³.

Ai fini della determinazione del requisito del controllo si applica l'articolo 2359 del codice civile e la situazione di controllo si individua alla data di chiusura dell'esercizio⁴. Di conseguenza, il reddito del soggetto estero controllato deve essere imputato al soggetto controllante residente individuato alla data di chiusura dell'esercizio, indipendentemente dall'effettivo periodo controllo.

La determinazione del reddito avviene secondo le disposizioni del reddito di impresa e gli stessi sono sottoposti a tassazione separata applicando l'aliquota media del reddito complessivo del soggetto residente. La predetta aliquota non può essere inferiore al 27%.

Al fine di evitare fenomeni di doppia imposizione, i dividendi distribuiti dalle CFC non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti residenti fino a concorrenza del reddito già sottoposto a tassazione in capo al soggetto residente. Le imposte pagate all'estero a titolo definitivo dalla società CFC possono essere portate in detrazione dall'imposta italiana (riferita soltanto al reddito CFC) ai sensi dell'articolo 165 del Tuir.

Trattandosi di una disciplina anti-elusiva, il contribuente deve poter evitare la tassazione dimostrando che l'investimento nel *tax haven* non è puramente fittizio. In tal senso, il regime in questione non si applica se il soggetto residente dimostra, alternativamente e tramite apposita istanza di interpello da presentare preventivamente all'Agenzia delle Entrate:

a) che la società o altro ente non residente svolga un'effettiva attività industriale o commerciale, tramite una struttura idonea, come sua principale attività nello Stato o nel territorio nel quale ha sede, oppure

b) che i redditi conseguiti dalle citate partecipate estere sono prodotti in misura non inferiore al 75%, in Stati o territori non inclusi nella *black list* di cui al d.m. 21 novembre 2001 ed ivi sottoposti integralmente a tassazione ordinaria.

3. L'interpello CFC

L'interpello per la disapplicazione della normativa CFC deve essere presentato dal soggetto controllante residente all'Agenzia delle Entrate, Direzione Centrale Normativa e Contenzioso, per il tramite della Direzione Regionale delle Entrate territorialmente competente, prima di presentare la dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta per il quale si intende chiedere la disapplicazione. Il mancato rispetto della condizione di preventività non preclude la possibilità di acquisire il parere dell'Agenzia, ma l'eventuale accoglimento dell'istanza per la disapplicazione potrà valere solo a partire dal periodo d'imposta cui si riferisce la dichiarazione presentata dopo la comunicazione della risposta resa dall'Agenzia⁵.

³ Decreto ministeriale n. 429/2001.

⁴ Circolare 12 febbraio 2002, n. 18/E.

⁵ Circolare 12 febbraio 2001, n. 18/E

Decorsi 120 giorni (180 giorni nel caso di una CFC già funzionante alla data di entrata in vigore della norma di attuazione) senza che sia stato emesso il parere dall'Agenzia delle Entrate, la risposta si intende accolta, con la conseguenza che alla controllata estera cui è riferita l'istanza di interpello non si applicano le disposizioni dell'articolo 167, comma 1 del Tuir.

Secondo quanto previsto dal comma 5 dell'articolo 167 del Tuir, il contribuente, per la dimostrazione della sussistenza dei presupposti di disapplicazione (tassativamente indicati nello stesso comma), *“deve interpellare preventivamente l'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo statuto dei diritti del contribuente”*.

Nella presentazione dell'interpello, il contribuente deve soddisfare due esigenze, una di natura procedimentale (modalità di attivazione dell'interpello) ed una di natura sostanziale (l'effettività dell'attività svolta dall'impresa partecipata o la localizzazione del reddito della CFC).

Per quanto attiene all'aspetto procedurale bisogna sottolineare che l'interpello ha una finalità diversa rispetto all'interpello c.d. ordinario dell'articolo 11 della legge n. 212/2000 in quanto non mira a conoscere la “corretta” interpretazione di una norma tributaria bensì ha l'obiettivo di ottenere il riconoscimento del diritto a disapplicare le disposizioni della disciplina CFC di cui al comma 1 dell'art. 167 del Tuir.

4. Mancata presentazione dell'interpello CFC

In ambito procedurale, è rilevante l'“obbligatorietà” della proposizione dell'istanza. La normativa citata, infatti, pone un dovere a carico del contribuente di interpellare l'Amministrazione finanziaria per un parere preventivo sulla esistenza o meno delle esimenti per la disapplicazione, ma non precisa gli eventuali effetti conseguenti ad un mancato adempimento.

In particolare, non è chiaro se la mancata presentazione dell'interpello possa precludere l'impugnazione dell'avviso di accertamento relativo all'imputazione dei redditi derivanti dalle controllate estere.

In materia, sono state elaborate diverse teorie.

Secondo una parte della dottrina⁶, la risposta dell'Amministrazione all'interpello incide direttamente sulla posizione giuridica del soggetto interpellante.

Il diritto al differimento di imposta, infatti, risulterebbe degno, di per sé, di tutela da parte dell'ordinamento e, per tale ragione, dovrebbe essere protetto dalle garanzie sancite nell'art. 113, commi 1 e 2, della Costituzione. Il citato dettato costituzionale prevede che *“contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti”*.

⁶ G. Sozza, *Aspetti sostanziali e processuali all'interpello obbligatorio ex art. 127-bis del Tuir* in “Il fisco” n. 22 del 2002;

Tale indirizzo attribuisce, quindi, alla risposta fornita dall'Agenzia delle Entrate al contribuente anche un valore sostanziale e, pertanto, pone il correlato problema dell'impugnazione immediata della pronuncia dell'Agenzia⁷.

In questo caso, gli assertori della teoria rappresentata sembrano propensi a considerare meritevoli di tutela giuridica il giudizio negativo della risposta, senza tener conto che il contribuente può legittimamente discostarsi dalla pronuncia dell'Agenzia assumendo il rischio delle conseguenze di un'eventuale accertamento nei confronti del quale potrà azionare gli strumenti di tutela giurisdizionale previsti dal nostro ordinamento. Peraltro, è necessario riconoscere che si potrebbero verificare, a seguito di una pronuncia negativa dell'Agenzia, effetti che non sono propriamente senza conseguenze economiche; immaginiamo, ad esempio, i riflessi sulla valutazione di mercato della partecipazione nella società CFC.

Altra dottrina⁸, ritiene che l'impugnazione immediata possa essere ammessa solo nel caso in cui il parere reso dall'Agenzia incida su situazioni che non garantiscano una tutela innanzi al giudice competente. Detta teoria si fonda sulla distinzione fra un atto conclusivo di un procedimento che assume, frequentemente, da parte della Pubblica Amministrazione carattere di provvedimento e l'atto endoprocedimentale di natura meramente propedeutica.

Il problema sorge qualora ci si trovi in presenza di un atto che apparentemente risulta essere endoprocedimentale, come potrebbe essere la risposta data dall'Agenzia delle Entrate, ma in realtà può rivelarsi lesiva delle situazioni soggettive qualora, non essendo stata richiesta (attraverso istanza di interpello), precluda l'impugnazione del provvedimento consistente nell'avviso di accertamento. Questo è tanto più vero qualora si consideri che un'eventuale risposta notificata oltre i termini di legge comporta l'effetto del silenzio assenso e la conseguente inefficacia di eventuali accertamenti da parte dell'Agenzia.

In sostanza, la mancata presentazione costituirebbe una sorta di rinuncia preventiva della tutela giurisdizionale successiva di un diritto sostanziale del contribuente avverso un futuro ed eventuale provvedimento da parte dell'Agenzia.

In precedenza, il problema non si poneva, in quanto lo strumento generale dell'interpello era finalizzato all'ottenimento di un parere interpretativo di una norma tributaria applicata ad un specifico caso concreto, mentre, l'interpello CFC è finalizzato ad ottenere la pronuncia dell'Agenzia sull'esito di una ricognizione anticipata condotta, in via documentale, sulla sussistenza delle condizioni per la disapplicazione della disciplina di cui all'articolo 167, comma 1, del Tuir.

I riflessi della obbligatorietà dell'interpello sulla posizione giuridica del soggetto passivo d'imposta si possono desumere dal seguente esempio:

- soggetto residente che controlla una società residente in un Paese incluso nella *black list*;
- esistono i presupposti per la disapplicazione della normativa CFC;
- il soggetto non presenta istanza di interpello e non include, nella propria dichiarazione dei redditi, i redditi relativi alla CFC;

⁷ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Vol. I, Torino, pag. 135;

⁸ A. GIOVANNINI, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate* in "Rassegna tributaria" n. 2 del 2002.

- l'Ufficio competente sottopone il soggetto ad accertamento per i redditi non dichiarati.

In sede di contenzioso, il soggetto potrà utilizzare la documentazione relativa alla dimostrazione dell'esistenza dei presupposti di disapplicazione della disciplina CFC?

Se l'interpello è obbligatorio, la risposta sembrerebbe negativa e cioè che il contribuente davanti al giudice tributario non potrà giustificarsi invocando i presupposti di disapplicazione delle disposizioni CFC. In pratica, la mancata presentazione dell'interpello limiterà l'esercizio del diritto alla difesa, previsto dagli articoli 24, 53 e 113 della Costituzione, in caso di contestazione dell'Amministrazione finanziaria⁹.

Ne consegue che potrebbero emergere profili di incostituzionalità qualora si interpretasse la disposizione in esame nel senso di precludere al contribuente il diritto di fornire le prove contrarie all'imputazione per trasparenza¹⁰.

Tale interpretazione risulta ulteriormente condivisibile se all'interpello si attribuisce natura "endoprocedimentale". Infatti, il mancato rispetto di un fase procedurale (presentazione dell'interpello) precluderebbe al contribuente di difendersi avverso un successivo avviso di accertamento.

Tuttavia, alla luce della sentenza n. 144/44/2007 della Commissione Provinciale di Roma, in base alla quale l'interpello CFC avrebbe la natura di "parere", sembrerebbe preferibile la tesi secondo la quale la presentazione dell'interpello, pur essendo obbligatoria, ricopre l'esclusiva funzione di prevenire e, possibilmente, evitare un futuro contenzioso.

Quindi, la mancata presentazione non precluderebbe al contribuente la tutela della propria posizione giuridica rilevante in sede di contenzioso (cosa che effettivamente contrasterebbe con il dettato costituzionale) ma costituisce un espediente per scongiurare, in caso di risposta positiva da parte dell'Agenzia delle Entrate, il semplice rischio di un possibile contenzioso.

Scopo, pertanto, dell'istituto sembrerebbe non soltanto il controllo del fenomeno degli investimenti in Paesi a fiscalità privilegiata, ma anche la decongestione della giustizia tributaria.

Ne consegue che nell'ipotesi di mancata presentazione dell'istanza di interpello "obbligatorio" e successivo avviso di accertamento, sembrerebbe che si possa prospettare la seguente situazione.

5. La sentenza 144/44/2007 della CTP di Roma (risposta negativa all'interpello CFC)

La seconda domanda riguarda il caso dell'esito negativo a seguito della presentazione dell'interpello. Ai fini della disapplicazione dell'articolo 167 è sufficiente la presentazione dell'interpello o è necessario anche la risposta positiva dell'Amministrazione finanziaria?

⁹ G. SOZZA, op. cit..

¹⁰ M. BRUZZONE, *L'interpello per le CFC* in "Corriere tributario" n. 2 del 2002.

Una prima autorevole interpretazione¹¹ dottrinale mette in evidenza la possibilità di impugnare in Commissione tributaria, ai sensi dell'articolo 19 del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, la risposta negativa dell'Amministrazione finanziaria. Infatti, secondo questa tesi, l'atto formulato dall'Amministrazione finanziaria deve essere compreso tra gli "atti di diniego di agevolazioni" ai sensi dell'articolo 19, comma 1 lettera h), del D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

Secondo altri autorevoli Autori¹², l'articolo 167, comma 5 è una disposizione operante *ope legis* per la quale, la proposizione dell'interpello svolge una importante funzione segnaletica di cautela fiscale anche senza subordinare l'esimente (l'effettiva attività svolta oppure la localizzazione del reddito) ad una risposta positiva. Non si tratta di una richiesta di autorizzazione, ma di una partecipazione di conoscenza per mettere l'Amministrazione in grado di controllare. Qualora l'Ufficio neghi un'esimente che il contribuente ha già applicato di propria iniziativa si innescherà un contenzioso attinente al merito della questione e non all'applicazione dell'esimente senza l'avallo dell'ufficio.

Per giungere alla stessa conclusione si può anche considerare il rinvio normativo all'articolo 11 da parte dell'articolo 167, comma 5. Infatti, il parere assume carattere vincolante solo per gli uffici finanziari e non anche per il contribuente. Il contribuente può legittimamente discostarsi da esso, dimostrando, eventualmente in sede contenziosa, la fondatezza del proprio comportamento.

Sembrerebbe proprio questa la strada indicata dalla Commissione tributaria provinciale di Roma nella sentenza 144/44/2007.

Nella sentenza in esame, l'Agenzia delle Entrate ha eccepito, preliminarmente, la non impugnabilità della risposta all'interpello. Tale atto, infatti, non rientra fra quelli autonomamente impugnabili, né, su tale non impugnabilità, incide l'ampliamento della giurisdizione delle Commissioni Tributarie in quanto la risposta all'interpello non ha ad oggetto tributi ma modalità di attribuzione ed assoggettamento ad imposizione di redditi la cui specificazione e quantificazione è demandata al contribuente in un momento successivo.

Il contribuente, peraltro, può discostarsi dal parere formulato dall'Agenzia delle Entrate ed esporsi al rischio di un eventuale accertamento da impugnare davanti al giudice competente.

La società ricorrente ha invece sostenuto l'impugnabilità della risposta negativa all'interpello. A parere della società italiana, oltre a non esistere, nell'ordinamento, atti contro i quali non è possibile ricorrere, il Legislatore, con l'articolo 12 della L. 448/2001, ha inteso concentrare presso il giudice tributario la giurisdizione su tutte le materie in cui è parte l'Amministrazione finanziaria. L'elencazione di cui all'articolo 19 del D.Lgs. 546/1992, pertanto, non può essere considerata esaustiva ma deve essere integrata attraverso una valutazione degli atti improntata ai loro contenuti ed alle finalità che perseguono.

¹¹ M. NUSSI, *Spunti di analisi in materia di Controlled Foreign companies* in "il fisco" n. 42 del 2002; L. PERRONE, *I limiti della giurisdizione tributaria* in "Rassegna tributaria" n. 3 del 2006; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Il processo tributario*, Milano 2005, pag. 109.

¹² R. LUPI, *Principi generali in tema di CFC* in "Rassegna tributaria" n. 6 del 2000.

A sostegno della propria tesi, la ricorrente ha citato la sentenza della Corte di Cassazione n. 23731 del 2004¹³ che ha ritenuto impugnabile il diniego di disapplicazione in relazione ad un interpello presentato, ai sensi dell'art. 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973, volto ad ottenere la disapplicazione di una norma avente finalità antielusiva, "provvedimento non ricompreso tra gli atti di cui all'art. 19 del d.lgs. n. 546 del 1992 ma ad essi assimilabile nella sostanza – in particolare, al diniego di agevolazione - e "ritenuto (...) come un atto pregiudizievole per il contribuente visto che "anticipa" gli esiti di un avviso di accertamento..."

In sostanza, la ricorrente ritiene che la risposta all'interpello non abbia un contenuto meramente informativo bensì anche impositivo.

Nella sentenza, la Commissione Tributaria Provinciale di Roma ha deciso di esaminare l'eccezione di autonoma impugnabilità della risposta all'interpello sollevata dall'Agenzia delle Entrate.

Il Giudice tributario ha condotto tale analisi secondo un criterio funzionale contenutistico, prescindendo dal *nomen juris* attribuito all'atto, alla ricerca di una natura definitoria di un'obbligazione tributaria tale da renderlo omogeneo, sul piano degli effetti, agli atti impugnabili di cui all'articolo 19, comma 1, del D. Lgs. N. 546 del 1992 e, quindi, attraverso un'interpretazione estensiva, autonomamente impugnabile.

Le conclusioni cui è giunto, al termine dell'esame, escludono l'omogeneità di effetti rispetto agli atti contemplati nell'elenco di riferimento. Secondo la Commissione Tributaria Provinciale di Roma, infatti, la risposta all'istanza di interpello non definisce la pretesa tributaria dell'Ufficio ma si configura come espressione di una funzione consultiva svolta dall'Amministrazione quando è chiamata a rendere al contribuente un parere in ordine alla sussistenza, nella specie, delle esimenti indicate al comma 5 dell'articolo 127-bis del TUIR.

Ne consegue che la risposta all'istanza di interpello è un atto meramente interlocutorio rispetto all'accertamento. Pertanto, gli eventuali vizi potranno essere fatti valere nell'eventuale impugnazione dell'accertamento.

Prima ipotesi - Presentazione dell'interpello "obbligatorio" da parte del contribuente e successiva notifica della risposta negativa da parte dell'Agenzia delle Entrate. Il contribuente si adegua al parere e procede con la tassazione dei redditi della CFC.

Seconda ipotesi - Presentazione dell'interpello "obbligatorio" da parte del contribuente e successiva notifica della risposta negativa da parte dell'Agenzia delle Entrate. Il contribuente non si adegua al parere e non sottopone a tassazione i redditi della CFC. Secondo la sentenza in esame, il ricorso avverso la risposta dell'Agenzia delle Entrate all'interpello deve considerarsi "inammissibile". Le contestazioni potranno essere avanzate soltanto a seguito dell'accertamento.

¹³ R. LUPI, *Riflessioni processuali del diniego di disapplicazione di norme antielusive*, commento alla sentenza n. 23731/2004 in "fisconline".

6. Risposta positiva all'interpello CFC

Per quanto invece riguarda l'efficacia della risposta positiva fornita dall'Agenzia, si fa presente che essa produce effetti a decorrere dal periodo di imposta per il quale il termine di presentazione della relativa dichiarazione dei redditi scade successivamente alla comunicazione della stessa risposta. Il parere positivo permetterà la disapplicazione dell'articolo 167 anche per i periodi di imposta successivi a condizione che le circostanze e i presupposti in base ai quali è stato fornito parere favorevole non si siano nel frattempo modificati.¹⁴

Ipotesi di presentazione dell'interpello "obbligatorio" da parte del contribuente e successiva notifica della risposta positiva da parte dell'Agenzia delle Entrate.

¹⁴ Circolare n. 18/2002.

SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE
Notes and surveys

Les prix de transfert des actifs immatériels et l'attribution du revenu à un contribuable: les sujets généraux du 61^{ème} Congrès International de l'International Fiscal Association (Kyoto – 1er-5 Octobre 2007)

Par Jacques Malherbe et Philippe Malherbe*

L'International Fiscal Association fut fondée en 1938 à l'initiative d'un groupe d'amis qui comprenait notamment l'avocat américain Mitchell B. Carroll.

L'association compte aujourd'hui 12.000 membres et ses congrès réunissent entre 1.000 et 2.000 personnes, participants et personnes accompagnantes. Divisée en branches nationales (plus de 60), l'association est présidée par l'avocat suisse Marcus Desax. Son comité scientifique est la tête chercheuse de l'organisation des congrès. Il était dirigé, jusqu'à cette année, par le professeur Jean-Pierre Le Gall (France), qui a donné une haute tenue scientifique à ses travaux, et à qui succède Monsieur Robert Couzin (Canada), qui a pratiqué le droit fiscal des deux côtés de l'Atlantique, à Paris et à Toronto notamment. Les congrès se déroulent selon un rituel qui s'est organisé au cours des années: discussions en séances plénières de deux sujets généraux d'intérêt international, suivies d'un certain nombre de séminaires.

I. Premier sujet du Congrès: Prix de transfert et actifs immatériels

M. Toshio Miyatake, avocat à Tokyo et organisateur principal du congrès, était aussi le rapporteur général du premier sujet, consacré à l'application des prix de transfert aux droits de propriété intellectuelle¹.

La plus grande partie du commerce mondial se déroule entre sociétés affiliées au sein de groupes. Les prix auxquels les sociétés liées entre elles mais résidant dans des pays différents se transfèrent des biens et services - et particulièrement les droits de propriété intellectuelle, qui représentent aujourd'hui des valeurs considérables - sont un sujet de préoccupation tant pour le fisc que pour les contribuables. Le fisc est soucieux de ne pas voir une matière imposable lui échapper par transfert vers d'autres souverainetés, parfois à basse fiscalité. Le contribuable cherche les éléments permettant de fixer le prix normal de telles transactions, en l'absence d'éléments de comparaison.

* Avocats (Association Liedekerke).

¹ Les rapports généraux et les rapports nationaux consacrés aux sujets principaux sont publiés, comme chaque année, dans les Cahiers de droit fiscal international, vol. 92 A et 92 B. Les rapports italiens étaient dus, pour le sujet 1, à MM. Domenico Busetto et Gianni De Roberti et, pour le sujet 2, à M. Alessandro Bavila.

Le sujet était donc bien choisi. Le panel de discussion était présidé par Robert H. Green, associé du bureau d'avocats américains Caplin & Drysdale, qui occupait jadis la fonction d'«autorité compétente», étant le fonctionnaire chargé au sein de l'administration fiscale américaine de se prononcer sur les divergences d'application des traités fiscaux conclus entre Etats.

Sans doute l'Organisation de Coopération et de Développement Economique (OCDE), dont le comité fiscal a rédigé le traité modèle qui sert de base à la plupart des traités bilatéraux signés en matière fiscale dans le monde, a-t-elle également produit des principes directeurs sur les prix de transfert au sein des entreprises multinationales.

Cette bible est respectée par la plupart des pays membres de l'OCDE et sert d'inspiration, notamment dans les procédures de consultation de l'Organisation avec d'autres Etats, sur base mondiale.

Une série d'exemples a été choisie par le panel pour illustrer les problèmes à résoudre.

1. *Comment définir un droit de propriété intellectuelle dans des situations marginales?* Imaginons une société mère M située dans le pays A, qui développe un nouveau produit et en concède la fabrication, par un contrat de licence, à une filiale F située dans le pays B, pays à faible fiscalité. F fabrique et vend le produit, assumant tous les risques d'entreprise. F paie à M une redevance de 5% de ses ventes tandis que, lorsque M vend des produits à F, elle conserve une marge nette de 3% par rapport à son prix de vente.

2. *La mère a-t-elle transféré un actif immatériel à la filiale et ce transfert doit-il donner lieu à imposition d'un revenu dans le pays A où réside M?*

Les directives de l'OCDE nous apprennent qu'il y a lieu de partir de l'opération telle qu'elle a été structurée par les contribuables, sauf quand la substance de l'opération diffère de sa forme ou quand les arrangements pris diffèrent de ceux qui auraient été convenus entre parties indépendantes. En l'espèce, la filiale assume les risques associés à la fonction de distributeur et n'est donc pas un simple fabricant sous contrat.

Le danger de l'analyse de ces situations est l'adoption de positions différentes par le pays de sortie et le pays d'entrée, en l'espèce A et B. Un élément de propriété intellectuelle doit nécessairement être susceptible d'un transfert commercial. L'OCDE insiste sur deux éléments: l'existence d'une protection juridique pour le droit et la possibilité de l'inscrire en comptabilité.

3 *Les employés comme actif immatériel*

Un groupe d'employés hautement qualifiés peut-il constituer un actif immatériel? On songe notamment à une banque d'affaires, dont les cadres ont un potentiel de rétention de la clientèle. S'ils sont débauchés en groupe par une autre banque, le coût que devra exposer l'ancienne banque pour reconstituer une telle force de travail sera supérieur aux montants des appointements payés: la différence constitue le reflet d'un actif immatériel. Tout dépendra du point de savoir si les clients sont plus attirés par la personnalité des cadres ou par le nom et la réputation de la banque.

Un problème de prix de transfert se pose donc si une banque d'affaires transfère ses cadres à une filiale située dans un autre pays. Le même problème pourrait se poser par exemple pour le département «achats» d'une multinationale.

4. Le propriétaire d'un actif immatériel

Un actif immatériel doit être attribué à son propriétaire. Celui-ci peut être difficile à identifier: sera-t-il le propriétaire économique, le propriétaire juridique ou faudra-t-il se baser sur des considérations pratiques? Si une marque appartient à la société-mère mais si la filiale distributrice, par l'usage de cette marque et les frais de publicité qu'elle expose, développe le rayonnement de la marque, n'y a-t-il pas création d'un actif immatériel dans la filiale?

Telle a été la question posée dans l'affaire Glaxo: une société-mère britannique avait exposé des frais de recherche et de développement mais sa filiale américaine avait fait des efforts considérables de marketing local. Le fisc américain a estimé que les redevances payées par la filiale devaient être réduites, se fondant sur trois arguments: la campagne de marketing était spécifique au marché américain; les dépenses de publicité avaient été déduites aux Etats-Unis; les fonctions de la filiale dépassaient celles d'un simple distributeur.

L'affaire ayant été réglée de façon extra-judiciaire, la solution précise qui lui a été donnée n'est pas connue.

5. Restructurations

Le problème est particulièrement aigu en cas de restructuration. Imaginons une société-mère M établie dans le pays A qui a une fonction de production et vend à une filiale F établie dans le pays B qui a une fonction de vente. Après restructuration, les brevets et marques auront été transférés par la société-mère à une société commettante («principal») établie dans une juridiction à faible taxation. L'ancienne société-mère assumera une fonction de fabrication sous contrat tandis que l'ancienne filiale de vente assumera une fonction de vendeur à la commission, lui assurant une rémunération de commissionnaire et un paiement pour ses services.

Si le transfert d'un élément incorporel est indiscutable de la part de la société-mère, faut-il considérer que la société-filiale avait développé un actif immatériel local? Le possède-t-elle encore alors qu'elle est devenue commissionnaire? Il est vrai que le client continue à ne connaître que la filiale.

D'autre part, la société commettante assume désormais les risques liés à la vente: constitution des stocks, irrecouvrabilité des factures à recevoir.

Bien souvent, la loi du pays de distribution n'accorde une protection au distributeur qu'en cas de résiliation totale de son contrat et non en cas de modification. La question étant de savoir si une partie indépendante accepterait une telle modification de fonctions sans compensation, on peut répondre qu'aucune compensation ne peut être espérée si elle n'est pas légalement obligatoire.

Cette conclusion du panel nous paraît sujette à caution: dans bien des pays, une telle modification sera équivalente à résiliation. Par ailleurs, dans la plupart des Etats, tant le distributeur-revendeur que l'agent à la commission jouissent d'une protection, même si ces protections ne sont pas toujours équivalentes.

L'administration fiscale considérera sans doute que l'ancien distributeur qui assumait les risques a été privé d'un actif immatériel consistant dans sa possibilité de profits futurs et qu'il y a lieu de considérer la valeur de cet actif avant et après le transfert, la différence étant soumise à impôt en raison du transfert par l'ancien distributeur à la société commettante.

L'OCDE effectue une distinction entre le distributeur simple, qui se borne à acheter des produits et à les revendre (supermarché, par exemple), et le distributeur licencié qui a le droit d'exploiter la marque et lui ajoute une valeur en développement de nouveaux produits ou en y joignant des services. Ce dernier développe un actif immatériel.

6. *Evaluation*

Un autre problème est l'évaluation d'un tel actif.

Il sera souvent difficile de trouver une opération comparable entre parties indépendantes. En revanche, on pourra se fonder sur des comparaisons internes, en tenant compte des différences existant entre les opérations comparables (clause des contrats de licence, différences géographiques, état de développement des actifs immatériels, paiements initiaux, engagement d'achat du licencié, existence de marques ou autres droits intellectuels).

Il sera également difficile d'utiliser les méthodes basées sur la comparaison des profits.

Parfois, on aura recours à la méthode basée sur la division des profits résiduels: pour la rémunération des fonctions de routine, des comparaisons avec des parties tierces sont disponibles. La valeur du solde, qui représente celle des profits résiduels, doit être partagée entre les deux parties. Cette méthode est la plus adaptée.

Parfois, des méthodes non prévues dans les principes de l'OCDE seront utilisées: la méthode du cash flow escompté, basée sur le rendement économique; la méthode de la capitalisation du marché, comparable à celle de l'évaluation des actions, souvent critiquée en raison de sa relativité.

7. *Super-redevance*

On sait que les Etats-Unis, s'écartant de l'évaluation des actifs immatériels au moment de leur transfert, considèrent que le prix de transfert de tels actifs doit inclure un élément tenant compte du revenu qui en sera tiré dans l'avenir. D'après les règlements d'application américains, le caractère raisonnable du prix de transfert résultera de trois facteurs: un paiement initial à prix normal; une détermination de ce prix normal sur la base d'une projection du revenu futur attribuable à l'actif immatériel; une garantie d'admissibilité («*safe harbor*») si le revenu projeté se situe entre 80% et 120% du revenu qui sera dégagé par le licencié.

L'OCDE a toujours critiqué l'obligation de pratiquer les évaluations en présence d'un élément d'incertitude. Cela revient à introduire de façon hypothétique une clause de révision de prix dans un contrat.

Néanmoins, l'Allemagne, après vingt ans d'objections à cette méthode, vient de l'adopter dès lors que les revenus réalisés diffèrent considérablement sur une période de dix ans des revenus projetés. L'administration considère que, dans un tel cas, les parties indépendantes auraient prévu une clause d'ajustement de prix sur la base des revenus effectivement réalisés.

Enfin, il faut tenir compte d'éléments géographiques. Cette problématique de transfert d'actifs immatériels a été aggravée par les délocalisations, fréquentes à notre époque. Ainsi, l'Allemagne considérera très facilement qu'il y a un transfert de fonctions vers l'étranger.

Elle prendra un goodwill en considération pour calculer une imposition de sortie. Les profits potentiels du cédant et du cessionnaire avant et après l'opération seront

comparés. Le transfert de profitabilité se situera entre un minimum, le profit du cédant, et un maximum, le profit du cessionnaire. Si aucune donnée spécifique n'est disponible, la moyenne sera adoptée pour cette détermination. Une imposition de sortie sera donc perçue sur 50% de toute économie due à une délocalisation. On peut se demander si l'Etat vers lequel la délocalisation s'effectue acceptera cette position en admettant l'existence, sur son territoire, d'un actif représentant cette capitalisation de profit, actif susceptible d'amortissement. Il est fort possible que cet Etat considère que l'augmentation de profitabilité est due à la structure de coûts avantageuse qui est offerte sur son territoire.

L'OCDE s'est penchée sur ce problème et prépare, pour publication en 2008, un texte sur les restructurations, incluant les délocalisations. Les redéploiements transfrontaliers de fonctions d'actif et de risque entraînent des réductions de base taxable dans les pays de départ. On voit ainsi des distributeurs transformés en commissionnaires, des fabricants transformés en fabricants à forfait ou sous contrat («toll or contract manufacturers») et des sociétés «principals» se créer dans des juridictions à faible fiscalité. Une réaction contre cette érosion des bases fiscales est normale et a pris différentes formes.

Certains pays ont abaissé le seuil qui donne lieu à constatation de la présence d'un établissement stable: ainsi, un commissionnaire peut être considéré comme l'établissement stable de son commettant. Des impositions de sorties ont été perçues sur les éléments de goodwill transférés avec plus-values. Des changements ont eu lieu dans l'application des méthodes de profit de transfert, la méthode du partage du profit résiduel étant préférée aux autres méthodes basées sur le partage du profit.

II. Second sujet du Congrès: Attribution du revenu à un contribuable

Le second sujet du Congrès aborda l'examen d'une question fondamentale mais rarement examinée: à qui un revenu doit-il être attribué? Sous la direction du Professeur Claus Staringer et sur un rapport général de Madame Joanna Wheeler, différentes situations de fait ont été examinées.

Les enjeux sont considérables: la déduction de la taxe par une personne lui attribue-t-elle nécessairement le droit à la prévention de la double imposition prévue par les traités? En particulier, la double imposition sera-t-elle évitée quand l'impôt étranger a été payé au nom d'une autre personne?

1. Sociétés de services

Un premier cas est celui des sociétés de services personnels. Si un individu qui rendait des services personnels transfère cette activité à une société de services, l'Etat de la source du paiement, où est situé le client, va-t-il considérer l'individu ou la société comme sujet d'impôt? Sans doute, la rémunération appartient-elle à la société mais il existe une corrélation entre cette rémunération et l'activité de l'individu. Parfois, la législation de l'Etat de la source attribuera cette rémunération à un individu soit sur la base d'une disposition spécifique soit sur la base de dispositions anti-abus soit sur la base de principes d'attribution du revenu fondés sur des considérations économiques. Il en sera de même dans l'Etat de la résidence, qui pourra en plus considérer qu'un dividende présumé a été distribué.

L'article 15 du modèle de l'OCDE relatif à l'imposition des rémunérations dans le pays où le travail est exercé a ainsi connu une évolution remarquable. En présence d'une société se chargeant de mettre à disposition des travailleurs, le Professeur Vogel, dans son Commentaire des conventions préventives de double imposition, considérait initialement que l'entreprise était l'employeur. Par conséquent, si le travailleur demeurait moins de 183 jours dans le pays où il exerçait son activité, le revenu n'était taxable que dans le pays de résidence de l'employeur, souvent une juridiction à faible fiscalité.

Le commentaire OCDE témoigne d'une réaction à cet égard (art. 15.8): L'employeur réel sera celui qui utilise le travail mis à sa disposition avec la conséquence que la rémunération pourra être taxée dans le pays où l'activité est exercée.

2. *Sociétés contrôlées et sociétés conduits*

Un second problème examiné fut celui des sociétés étrangères contrôlées et des sociétés conduits. Dans les premières, le revenu gagné à l'étranger dans un pays à faible fiscalité généralement est attribué aux actionnaires par l'Etat de résidence de ceux-ci. En cas d'interposition d'une société conduit, c'est cette fois l'Etat de la source qui refuse de tenir compte de la résidence de la société conduit et considère que le revenu a été gagné directement par les actionnaires de celle-ci, appliquent, le cas échéant, à la retenue à la source le régime qui serait applicable dans le cas de cette attribution directe.

Dans les deux cas se pose la question de la violation d'un traité.

2.a *Sociétés étrangères contrôlées*

Dans le cas des sociétés étrangères contrôlées, n'est-il pas contraire au traité conclu entre l'Etat de la résidence de l'actionnaire et celui de la résidence de la société contrôlée d'imposer dans le premier le revenu gagné dans le second alors que la société établie dans le second n'a pas d'établissement stable dans le premier Etat? L'OCDE, dans son commentaire, considère qu'il n'y a pas violation du traité. Les règles sur les sociétés étrangères contrôlées sont des règles de droit interne et non des règles conventionnelles. Le revenu est attribué à une personne différente de la société, à savoir l'actionnaire. Il y a donc double imposition économique, impliquant taxation du même revenu dans le chef de deux personnes, non couvertes par le traité, et non pas double imposition internationale, prohibée par le traité dans le cas de taxation du même revenu dans le chef de la même personne dans deux Etats.

Divers pays ont exprimé des réserves quant à cette interprétation, notamment la Belgique et les Pays-Bas.

La jurisprudence est divisée: le Conseil d'Etat français, dans l'affaire Schneider du 28 juin 2002, a considéré qu'une telle imposition, en France, violait le traité conclu par la France avec la Suisse. En revanche, les juridictions britanniques (Bricom Holdings, 3 avril 1996) et finnoises (Ozy Abp, 20 mars 2002) ont considéré que le traité n'était pas enfreint.

2.b *Sociétés Conduits*

La jurisprudence sur les sociétés conduits est toute aussi incertaine. La juridiction suprême autrichienne (décision du 10 décembre 1997), dans un cas d'interposition entre une filiale autrichienne et une société mère britannique d'une société intermédiaire néerlandaise dans le but d'obtenir une réduction de retenue à la source, a attribué le revenu directement à la société anglaise en raison de l'absence de substance de la société

néerlandaise. Le traité entre l'Autriche et les Pays-Bas n'avait donc pas à être appliqué car aucun revenu n'était, selon la Cour, attribuable à la société néerlandaise.

Une juridiction canadienne a été confrontée au même problème dans l'affaire *Prévost*. Les faits étaient plus complexes. Une société suédoise avait acquis les parts d'une société canadienne, puis, créant une «joint venture» avec une société britannique, avait transféré 49% de ses parts à la société britannique. Les deux sociétés avaient ultérieurement fait apport de leurs participations respectives de 51% et 49% à une société intermédiaire néerlandaise. Le but était d'obtenir l'application d'un taux réduit de retenue à la source aux Pays-Bas: le traité entre le Canada et les Pays-Bas prévoyait une retenue à la source de 5% tandis que le traité conclu entre le Canada et la Suède prévoyait 15% et le traité conclu entre le Canada et le Royaume-Uni 10%.

Le dividende payé par la société néerlandaise aux sociétés mères britannique et suédoise n'était pas soumis à retenue à la source et le dividende était exonéré aux Pays-Bas en vertu de l'exemption de participation applicable dans ce pays.

L'administration canadienne a refusé l'application du taux prévu par le traité entre le Canada et les Pays-Bas mais a accepté, par voie de concession, d'appliquer les taux prévus à l'égard du Royaume-Uni et de la Suède.

Cette solution est critiquable: le propriétaire légal du revenu était indiscutablement la société néerlandaise. Comment peut-on dès lors considérer que les bénéficiaires effectifs («*beneficial owner*») de ce revenu seraient les sociétés mères britannique et suédoise?

2.c Le concept de «bénéficiaire effectif» (l'affaire *Indofood*)

L'affaire *Indofood*, jugée par une Cour britannique, présente cette caractéristique d'être un litige civil et non un litige fiscal.

La société indonésienne *Indofood* avait levé des fonds sur les marchés financiers à l'intervention d'une société spécialisée («*special purpose company*») située à l'Île Maurice. En effet, il existait à l'époque un traité entre l'Indonésie et l'Île Maurice, réduisant les retenues à la source sur intérêts à 10%.

L'Indonésie a ensuite résilié son traité avec l'Île Maurice. Pour résoudre le problème de retenue à la source, une société néerlandaise a été interposée entre la société de l'Île Maurice et la société indonésienne. La question se posait de savoir si cette société néerlandaise était le bénéficiaire effectif, au sens du traité, des intérêts payés.

La Cour anglaise a considéré que la notion de bénéficiaire effectif était un concept de droit international des traités: le bénéficiaire effectif est celui qui n'est pas obligé de transférer le revenu à un autre, soit juridiquement, soit économiquement, soit en pratique. En l'espèce, la société néerlandaise devait transférer le revenu puisque la société de l'Île Maurice devait elle-même rémunérer les investisseurs.

L'interposition de la société néerlandaise ne constituait donc pas, d'après les contrats en vigueur, une mesure de réorganisation qui pouvait normalement être prise.

2.d Historique du concept de bénéficiaire effectif

Le panel a ainsi eu l'occasion de rappeler l'origine historique de ce concept de bénéficiaire effectif, qui ne trouve généralement pas d'équivalent en droit interne. Si, en 1923, la société des Nations avait considéré que les dividendes devaient être imposables dans le pays de la résidence, les conférences de Mexico (1943) et de Londres

(1946) ont considéré que l'Etat de la source avait le droit de taxer les dividendes. Le modèle OCDE (à l'époque OECD) de 1963, divisant le droit d'imposition entre Etat de la source (retenue à la source) et Etat de la résidence, ne contenait pas l'exigence que le percepteur des revenus en soit le bénéficiaire effectif. En 1977, ce concept fut introduit, excluant les situations dans lesquelles le bénéficiaire était un mandataire ou un «*nominee*». Il fut toutefois spécifié que ce terme ne devait pas être pris dans un sens technique étroit.

3. *Trusts*

Un troisième problème est celui des trusts. Le trust de droit anglo-saxon crée une relation entre le constituant, qui transfère des biens à un trustee aux termes d'un acte de trust, en faveur d'un bénéficiaire qui percevra le cas échéant un revenu et ultérieurement le capital. Les trusts peuvent être révocables ou irrévocables et le trustee a parfois un pouvoir discrétionnaire ou, au contraire, doit verser au bénéficiaire un revenu fixe. La situation envisagée est celle d'un «grantor trust» dans lequel le constituant a conservé des pouvoirs, est lui-même bénéficiaire ou a fait bénéficier des revenus du trust certains membres de sa famille. Dans de tels cas, le constituant peut rester imposable d'après la législation locale, notamment au Canada et aux Etats-Unis.

La situation imaginée est la suivante: des revenus mobiliers sont payés au trust en provenance de l'Etat de la source. Dans l'Etat de la résidence, ces revenus sont attribués au constituant. Dans l'Etat de la source, ils sont attribués, d'après la loi de cet Etat, au bénéficiaire. Dès lors, l'Etat de la résidence refuse d'accorder au constituant, imposable dans cette juridiction, un crédit d'impôt pour l'impôt payé dans l'Etat de la source par le bénéficiaire, puisque l'impôt a été payé par une personne différente.

Comment résoudre ce conflit? Le panel a rappelé la solution proposée par M. Robert Danon, auteur d'une remarquable étude sur les trusts en droit suisse. M. Danon se fonde sur le rapport émis par l'OCDE sur les associations fiscalement transparentes. Pour l'OCDE, l'Etat de la source doit appliquer les règles de l'Etat de la résidence. La solution se déclinera dès lors en trois propositions:

a) il y aura lieu à application de la convention préventive de la double imposition entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence, conformément au rapport de l'OCDE;

b) l'Etat de la source peut sans doute imposer le bénéficiaire mais doit appliquer le traité;

c) l'Etat de la résidence accorde un crédit d'impôt au constituant pour l'impôt payé dans l'Etat de la source.

Cette solution se heurtera sans doute à critique. D'abord, il faut considérer que l'Etat de la source impose son propre résident et n'est donc pas forcé d'appliquer le traité. Ensuite, un traité ne s'applique pas à des revenus en tant que tels mais, en vertu de l'article 1 de la convention modèle, à des personnes. Le rapport de l'OCDE sur les associations envisage l'hypothèse d'investissements dans le cadre des affaires alors que le trust concerne généralement des investissements privés.

4. *Groupe de sociétés*

Un quatrième problème concerne l'imposition des groupes de sociétés. Deux méthodes d'imposition des groupes existent: dans l'une, un Etat considère chaque société du groupe comme séparée pour le calcul du profit ou de la perte et attribue celui-ci à la société qui contrôle le groupe. Dans la seconde approche, dite de l'absorption, il y

a consolidation complète et le résultat de l'activité de la filiale est attribué à la société mère du groupe comme s'il n'existait qu'un seul contribuable. Toutefois, les sociétés filiales sont des sociétés soumises à impôts, à défaut de quoi elles ne pourraient pas faire partie d'un groupe consolidé.

4.a Méthode des entités séparées

Dans la méthode des entités séparées, l'Etat de la source d'un revenu consistant, par exemple, en intérêts est-il tenu d'appliquer le traité sur la base d'une relation avec l'Etat de résidence de la filiale? Celle-ci a-t-elle le droit de transférer à sa société mère le crédit d'impôts à réclamer du chef de la retenue à la source dans le pays de la source? La consolidation étant généralement, sous réserve de critiques de droit européen exprimées notamment dans l'affaire Marks & Spencer, nationale, la société mère et la filiale consolidée seront situées en principe dans le même Etat de résidence. La question à résoudre est donc celle du droit à crédit d'impôt. Toutefois, la situation pourrait être différente si l'Etat de la résidence permettait la consolidation dans le chef d'un établissement stable tête de groupe. Dans ce cas, l'établissement stable étant un non-résident, l'Etat de la source pourrait refuser d'appliquer une réduction de retenue à la source puisque le traité ne s'applique par hypothèse pas aux non-résidents.

4.b Méthode de l'absorption

Dans la méthode de l'absorption, les mêmes problèmes se posent. La société mère est-elle le bénéficiaire effectif du revenu perçu par sa filiale et peut-elle réclamer un crédit d'impôts au titre de la retenue à la source effectuée dans l'Etat de la source? L'Etat de la source n'est pas obligé par le traité de suivre la règle de l'Etat de la résidence selon laquelle le revenu de la filiale est attribué à la société mère.

5. Usufruit et transfert de coupons

Un cinquième et dernier problème concerne la séparation du manteau et du coupon des titres sous forme de constitution d'usufruit portant sur les dividendes ou de transfert de coupons de dividendes.

Un transfert d'usufruit a donné lieu à la décision du Conseil d'Etat français du 29 décembre 2006 dans l'affaire Bank of Scotland. La filiale française d'une société mère américaine désirait obtenir des fonds d'une banque du Royaume-Uni. Plutôt que de convenir d'un paiement d'intérêts, qui aurait été fiscalement moins avantageux, la société mère américaine a transféré un usufruit de trois ans sur les actions de la filiale française à la banque britannique. Celle-ci, recevant ainsi des dividendes au lieu d'intérêts, pouvait bénéficier d'un avoir fiscal français, lui permettant l'imputation d'une partie de l'impôt des sociétés payé en France sous forme d'un remboursement partiel de cet impôt en faveur de titulaires d'actions. L'administration a considéré, avec succès, que la banque écossaise n'était pas le bénéficiaire effectif des dividendes mais que le bénéficiaire était resté la société mère américaine. D'autre part, elle a considéré qu'il y avait abus de droit et que l'opération était artificielle: en l'espèce, la société américaine avait assumé diverses obligations qui équivalaient pratiquement à une garantie du prêt.

La décision est critiquable en tant qu'elle applique la notion de bénéficiaire effectif: le propriétaire juridique du revenu était en effet indiscutablement la banque écossaise.

Dans l'affaire Royal Dutch, décidée par une Cour britannique, une société holding luxembourgeoise détenait les actions de la société néerlandaise cotée Royal Dutch. Le

traité entre les Pays-Bas et le Luxembourg ne s'appliquait pas à la distribution de dividendes, la société holding luxembourgeoise étant exclue de l'application du traité. La société luxembourgeoise a alors vendu des coupons donnant droit à 80% du dividende à une société britannique, de façon à faire appliquer le traité entre les Pays-Bas et le Royaume-Uni.

La Cour avait à décider si la société britannique était bénéficiaire effectif des dividendes néerlandais. Elle a opté pour l'affirmative. La société britannique n'était pas obligée de retransférer le produit des coupons à la société luxembourgeoise. Il n'est pas nécessaire d'être propriétaire des actions pour être titulaire du revenu.

L'examen de ces diverses hypothèses révèle la complexité du problème juridique posé. Les règles d'attribution du revenu sont souvent des règles nationales. Sont-elles censées incorporées dans les traités? En revanche, le concept de bénéficiaire effectif est un concept conventionnel. Comment l'appliquer en droit national?

III. Séminaires

IFA – UE

Un séminaire confronte traditionnellement la conception européenne et l'approche internationale générale. Il était présidé par M. Jonathan Schwartz, barrister, qui a donné l'occasion à M. Michel Aujean, directeur de la politique fiscale à la Commission européenne, de présenter les initiatives attendues de la Commission en matière fiscale.

En matière de TVA, la lutte contre la fraude demeure une priorité, avec la prévention de la double imposition et inclusion des services financiers dans le champ d'application de la taxe.

Au plan des impôts directs, les travaux se poursuivent sur le projet d'assiette commune consolidée pour les multinationales à l'impôt des sociétés, avec pour échéance 2008.

De nouvelles communications en vue d'une coordination fiscale entre Etats membres sont annoncées, sur les règles anti-abus, les retenues à la source sur dividendes, la solution des différends et les droits de succession, sans oublier les institutions charitables.

Les droits sur les rassemblements de capitaux seraient supprimés à l'horizon 2010.

M. Jean-Charles Balat a appelé de ses vœux, à propos de l'examen par le séminaire de la notion d'abus de droit, soit une définition législative commune, soit une harmonisation des législations nationales pour mettre fin à l'insécurité qui résulte de l'application de cette notion en droit européen.

Un séminaire spécial a été consacré aux clauses dites de limitation des avantages des traités (*limitation on benefits* – «LOB»). Ces clauses, nées surtout du Traité modèle américain excluent du bénéfice du Traité, pour l'application des réductions à la source sur revenus mobiliers, les sociétés du pays cocontractant qui sont contrôlées en droit ou économiquement par des non-résidents, de façon à éviter le «treaty shopping», permettant à des résidents de pays n'ayant pas conclu de traités avec l'Etat de la source d'interposer des sociétés situées dans un pays ayant conclu un tel traité.

La compatibilité de ces dispositions avec le droit européen a été mise en doute, sans qu'une décision définitive ait été rendue à cette date.

IFA - OCDE

Au cours du séminaire IFA-OCDE, présidé par M. John Avery-Jones, «special commissioner» au Royaume-Uni, chargé donc de statuer en premier ressort sur les litiges fiscaux, les représentants de l'OCDE, Mary Bennet, Pascal Saint-Amans et Jacques Sasseville, ont exposé les projets en cours à l'OCDE. Des documents sont en préparation sur l'attribution des bénéfices aux établissements stables, les restructurations d'entreprises, les prix de transfert, particulièrement en matière de comparabilité et application des méthodes de partages des profits ainsi que des rapports entre prix de transfert en matière d'impôts sur les revenus et de valeur en douane et, enfin, sur l'application des traités aux véhicules d'investissement collectifs, particulièrement en valeurs immobilières. Sont aussi revus les services transfrontaliers soumis à l'article 15. Il s'agit de déterminer l'employeur réel pour appliquer la règle dite des 183 jours qui permet d'échapper à la taxation d'un pays d'exercice de l'activité par un employé.

L'élargissement de l'OCDE à différents pays, notamment à la Russie, est en cours tandis que le dialogue a été renforcé pour assurer l'application mondiale des principes de l'OCDE, avec d'importants acteurs économiques nouveaux comme le Brésil, la Chine et l'Inde.

Différentes études de cas ont été consacrées à l'étude de l'article du Traité modèle qui concerne la non discrimination.

Autres séminaires

D'autres séminaires ont abordé des sujets spécialisés:

- la négociabilité des droits d'émissions polluantes² (Krister Andersson);
- l'application des traités aux institutions d'investissements collectifs (Philippe Derouin);
- les associations de prestations de services internationales (Gregory May);
- la résolution des conflits relatifs à l'application des traités, notamment par des clauses d'arbitrage (David Tillinghast);
- l'application de la TVA en matière de prix de transfert (Satya Boddar);
- les accords de partage des coûts en matière de prix de transfert (Barbara Kessler).

Prochains Congrès

Le prochain congrès de l'Association aura lieu à Bruxelles du 31 août au 5 septembre 2008. Les deux sujets principaux traités seront, d'une part, la non discrimination en droit international et européen (rapporteurs généraux: MM. L. et P. Hinnekens) et, d'autre part, les nouveautés en matière de taxation internationale des intérêts (rapporteur général: M. P. Hinny).

Deux importantes réunions sont par ailleurs annoncées par l'OCDE: un séminaire organisé par la branche indienne de l'IFA et l'OCDE à Mumbai les 23 et 25 janvier 2008 et une conférence à l'occasion du 50^e anniversaire du Traité modèle de l'OCDE, organisée à Paris les 8 et 9 septembre 2008, soit immédiatement après le congrès de l'IFA à Bruxelles. L'agenda fiscal international suit donc l'évolution incessante de cette matière mouvante.

² Sur le sujet, on consultera également le rapport de Madame Isabelle Richelle (Université de Liège) présenté au congrès de la European Association of Tax Law Professors à Helsinki les 8 et 9 juin 2007.

I prezzi di trasferimento dei beni immateriali e l'attribuzione del reddito: temi generali del 61° Congresso Internazionale IFA - International Fiscal Association (Kyoto – 1-5 Ottobre 2007)

di Jacques Malherbe e Philippe Malherbe*

L'International Fiscal Association fu fondata nel 1938 da un gruppo di amici, tra i quali, in particolare, l'avvocato americano Mitchell B. Carroll.

L'associazione ha oggi 12.000 membri e organizza congressi a cui partecipano tra le 1.000 e le 2.000 persone, relatori e visitatori inclusi. Suddivisa in numerose filiali nazionali (più di 60), l'associazione è presieduta dall'avvocato svizzero Marcus Desax. Il comitato scientifico è il motore di ricerca dell'organizzazione del congresso. Sino a quest'anno, è stato diretto dal Professore Jean-Pierre Le Gall (Francia), i cui lavori hanno sempre avuto un'alta qualità scientifica, e al quale succede Robert Couzin (Canada), che ha praticato il diritto fiscale dalle due coste dell'Atlantico, in particolare Parigi e Toronto. Il congresso si svolge secondo un rituale che si è sviluppato nel corso degli anni: discussioni in plenaria su due temi generali d'interesse internazionale, seguiti da un certo numero di seminari.

I. Primo tema del Congresso: prezzi di trasferimento e beni immateriali

Toshio Miyatake, avvocato in Tokyo e principale organizzatore del congresso, è stato anche il relatore generale del primo tema discusso, dedicato all'applicazione dei prezzi di trasferimento nell'ambito dei diritti di proprietà intellettuale¹.

La maggior parte del commercio internazionale si svolge tra società collegate nell'ambito di gruppi. I prezzi che le società collegate ma residenti in Paesi differenti applicano ai trasferimenti di beni e servizi – in particolare i diritti di proprietà intellettuale, che rappresentano oggi un valore considerevole – sono fonte di preoccupazione sia per il fisco che per il contribuente. Il fisco non intende lasciarsi sfuggire la materia imponente di propria competenza a favore di altri Paesi, talvolta a bassa fiscalità. Il contribuente incontra grande difficoltà nel fissare il prezzo di tali transazioni in misura pari al loro valore normale, essendo spesso privo di elementi di comparazione.

È stato quindi scelto il tema della discussione, presieduta da Robert H. Green, associato dello studio legale americano Caplin & Drysdale, a suo tempo «autorità com-

* Avvocati (Association Liedekerke). Traduzione di Claudia Calogero

¹ Le relazioni generali e le relazioni nazionali dedicate ai temi principali sono pubblicate, come ogni anno, nei *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 92 A e 92 B. Le relazioni italiane sono a cura di Domenico Busetto e Gianni De Robertis, per il tema 1, e di M. Alessandro Bavila, per il tema 2.

petente» dell'amministrazione fiscale americana, incaricato di decidere sulle differenti applicazioni delle convenzioni fiscali bilaterali.

Senza dubbio, l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), il cui Comitato degli Affari Fiscali ha elaborato il modello di convenzione sul quale si basa la maggior parte delle convenzioni bilaterali in materia fiscale, ha stabilito le linee guida sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali.

Questa sorta di Bibbia è rispettata nella maggior parte dei Paesi membri dell'OCSE e serve da ispirazione per tutti, in particolare nelle procedure di consultazione dell'Organizzazione con altri Stati.

Sono stati scelti vari esempi per illustrare i problemi da risolvere.

1. Come definire un diritto di proprietà intellettuale in situazioni marginali?

Immaginiamo che una società madre M nel Paese A sviluppi un nuovo prodotto, che viene fabbricato dalla filiale F situata nel Paese B, paese a bassa fiscalità, sulla base di un accordo di licenza. F fabbrica e vende il prodotto, assumendo tutti i rischi d'impresa. F paga a M una royalty del 5% sulle vendite effettuate. Quando M vende dei prodotti a F, conserva un margine netto del 3% rispetto al prezzo di vendita applicato.

2. La società madre ha trasferito un bene immateriale alla filiale? Questo trasferimento dà luogo all'imposizione del reddito nel Paese A, dove risiede M?

Le direttive OCSE ci insegnano che l'imposta è applicata all'operazione così come strutturata dai contribuenti, salvo che la sostanza dell'operazione differisca dalla forma o quando gli accordi presi differiscano da quelli che sarebbero stati convenuti tra parti indipendenti. Nella fattispecie, la filiale assume i rischi collegati alla funzione di distribuzione e quindi non è un semplice «contract manufacturer».

Il pericolo, nell'analizzare queste situazioni, è nell'adozione di posizioni differenti da parte del Paese di uscita e del Paese di entrata, nella fattispecie A e B. Un diritto di proprietà intellettuale deve necessariamente poter essere oggetto di un trasferimento commerciale. L'OCSE insiste su due elementi: l'esistenza di una tutela giuridica per il diritto e la possibilità di iscriverlo in bilancio.

3. La forza lavoro come bene immateriale

Un gruppo di dipendenti altamente qualificati può costituire un bene immateriale? Si pensi in particolare a una banca d'affari, dove i quadri direttivi posseggono una potenziale capacità di mantenimento (*retention*) della clientela. Se sono acquisiti in gruppo da un'altra banca, il costo che dovrà sostenere la banca per ricostituire una tale forza lavoro sarà superiore agli importi degli stipendi pagati: la differenza rappresenta un bene immateriale. Tutto dipenderà dal verificare se la clientela è attirata più dalla personalità dei quadri che dal nome e dalla reputazione della banca.

Si pone, quindi, un problema di prezzi di trasferimento se una banca d'affari trasferisce i suoi quadri a una filiale situata in un altro Paese. Il medesimo problema potrebbe porsi, per esempio, nel caso del reparto «acquisti» di una multinazionale.

4. Il proprietario di un bene immateriale

Un bene immateriale deve essere attribuito al suo proprietario. L'identificazione di quest'ultimo può risultare difficile: sarà il proprietario economico, il proprietario giuridico oppure occorrerà basarsi su considerazioni pratiche? Se un marchio appartiene alla società madre, ma la filiale distributrice, attraverso l'utilizzo del marchio stesso e le spese di pubblicità sostenute, sviluppa il successo del marchio, non si crea forse un bene immateriale all'interno della filiale?

Questa era la questione posta dal caso Glaxo: una società madre britannica aveva sostenuto delle spese di ricerca e di sviluppo, mentre la filiale americana aveva effettuato una significativa attività di marketing all'interno del proprio mercato di riferimento. L'amministrazione fiscale americana ritenne che i canoni pagati dalla filiale dovevano essere ridotti sulla base di tre considerazioni: la campagna di marketing era specifica del mercato americano; le spese di pubblicità erano state dedotte; le funzioni della filiale non si limitavano a una semplice distribuzione.

Il caso è stato risolto in via stragiudiziale; non si conoscono i dettagli della decisione.

5. Ristrutturazioni

Il problema risulta particolarmente critico nel caso delle ristrutturazioni. Si immagini una società madre M stabilita nel Paese A, la quale svolge la funzione di produzione e vende alla filiale F stabilita nel Paese B che svolge la funzione di vendita. Dopo la ristrutturazione, i brevetti e i marchi sono trasferiti dalla società madre a una società committente («*principal*») stabilita in una giurisdizione a bassa fiscalità. La società madre assume la funzione di «*contract manufacturer*», mentre la filiale di vendita assume la funzione di venditore a provvigione, che gli garantisce una commissione e un pagamento per i servizi svolti.

Se il trasferimento di un bene immateriale è indiscutibile da parte della società madre, è necessario ritenere che la società figlia abbia sviluppato un bene immateriale locale? Ne è ancora in possesso nel momento in cui è divenuta una commissionaria? È pur vero che il cliente continua ad avere rapporti solo con la filiale.

D'altra parte, la società committente assume i rischi legati alla vendita: costituzione del magazzino, irrecuperabilità dei costi relativi alle fatture da ricevere.

Molto spesso, la legge del Paese di distribuzione tutela il distributore solo in caso di risoluzione del contratto e non quando vi è una modifica dello stesso. Alla domanda se una parte indipendente accetterebbe una tale modifica di funzioni senza corresponsione di un compenso, si può rispondere che non ci si può aspettare che tale compenso venga corrisposto se non è giuridicamente obbligatorio.

Questa conclusione del panel ci è apparsa preoccupante: in molti Paesi, una modifica di questo genere equivale a una risoluzione. Inoltre, nella maggioranza degli Stati, sia il distributore-rivenditore che il commissionario sono tutelati giuridicamente, anche se non sempre in modo equivalente.

Nell'opinione dell'amministrazione fiscale, indubbiamente, il primo distributore, essendosi assunto i rischi del caso, è stato privato di un bene immateriale consistente in possibili utili futuri ed è quindi necessario considerare il valore di questo bene prima e dopo il trasferimento, dovendo la differenza essere assoggettata a imposizione in ragione del trasferimento dal primo distributore alla società committente.

L'OCSE distingue tra il distributore semplice, che si limita ad acquistare dei prodotti e a rivenderli (ad esempio, un supermercato), e il distributore autorizzato in base a un accordo di licenza, che ha il diritto di utilizzare il marchio accrescendone il valore con lo sviluppo di nuovi prodotti o collegandovi dei servizi. Quest'ultimo sviluppa un bene immateriale.

6. Valutazione

Altro problema riguarda la valutazione del diritto di proprietà immateriale.

Spesso si rivela difficile trovare un'operazione comparabile tra parti indipendenti.

D'altra parte, la valutazione può basarsi su comparazioni interne, tenendo conto delle differenze esistenti tra operazioni comparabili (clausole di accordi di concessione di licenza, differenze geografiche, stadio di sviluppo dei beni immateriali, pagamenti iniziali, promessa d'acquisto del concessionario, esistenza di marchi o altri diritti intellettuali).

Sarà parimenti difficile utilizzare i metodi basati sull'utile della transazione.

Talvolta, si farà ricorso al metodo basato sulla ripartizione degli utili residui: per remunerare le funzioni di routine, il confronto è possibile con parti indipendenti. Il valore del saldo, che rappresenta quello degli utili residui, deve essere ripartito tra le due parti. Questo è il metodo più adatto.

Talvolta si farà ricorso ai metodi non previsti nelle direttive OCSE: il metodo del cash flow scontato, basato sul rendimento economico; il metodo della capitalizzazione del mercato, comparabile a quello della valutazione dei titoli, oggetto di ripetute critiche per via della sua relatività.

7. Le «*Super-royalty*»

È noto che gli Stati Uniti, allontanandosi dalla valutazione dei beni immateriali al momento del loro trasferimento, considerano che il prezzo di trasferimento di questi beni debba comprendere un elemento che tenga conto dell'utile futuro derivante. Secondo i regolamenti applicativi statunitensi, la ragionevolezza del prezzo di trasferimento deriva da tre fattori: un pagamento iniziale a un prezzo normale; una determinazione di questo prezzo normale sulla base di una previsione degli utili futuri attribuibili al bene immateriale; un regime di protezione («*safe harbor*») se il reddito previsto si colloca tra l'80% e il 120% del reddito ottenuto dal concessionario.

L'OCSE ha sempre criticato l'obbligo di effettuare valutazioni in presenza di un elemento d'incertezza, ciò implicando l'introduzione, su base ipotetica, di una clausola di revisione del prezzo all'interno del contratto.

Ciononostante, in Germania, dopo essere stato criticato per venti anni, questo metodo è stato da poco adottato nel caso in cui gli utili ottenuti differiscano considerevolmente, in riferimento a un periodo di dieci anni, dagli utili previsti. L'amministrazione ritiene che, in tal caso, le parti indipendenti avrebbero previsto una clausola di rettifica del prezzo sulla base degli utili effettivamente realizzati.

Infine, bisogna tener conto del fattore geografico. La problematica del trasferimento dei beni immateriali si è aggravata per via della delocalizzazione, un fenomeno molto frequente attualmente. Inoltre, è molto facile che la Germania possa ritenere che le funzioni siano state trasferite all'estero.

Essa considererà un avviamento per calcolare la exit tax. Effettuerà un confronto degli utili potenziali del cedente e del cessionario prima e dopo l'operazione. Il trasferimento di utile si collocherà tra un minimo, il profitto del cedente, e un massimo, il profitto del cessionario. Se non è disponibile un dato specifico, si adotterà la media per effettuare questa determinazione. Una exit tax, quindi, sarà percepita sul 50% dei risparmi prodotti da una delocalizzazione. Ci si può chiedere se lo Stato in cui si effettua la delocalizzazione accetterà questa posizione ammettendo l'esistenza, sul proprio territorio, di un bene che rappresenta questa capitalizzazione dell'utile, bene suscettibile d'ammortamento. E' fortemente possibile che questo Stato consideri che l'aumento di utili sia dovuto alla struttura dei costi vantaggiosi che è offerta sul suo territorio.

L'OCSE si è interessato di questo problema e sta preparando, per il 2008, un rapporto sulle ristrutturazioni, compresa la delocalizzazione. Il reimpiego transfrontaliero delle funzioni di attivo e di rischio comporta una riduzione della base imponibile nei Paesi di uscita. Esistono, inoltre, distributori trasformati in commissionari, fabbricanti in fabbricanti per conto terzi o in appalto («toll or contract manufacturers») con società «principal» in giurisdizioni a bassa fiscalità. Una reazione contro questa erosione delle basi imponibili è normale e ha assunto forme diverse.

Certi Paesi hanno abbassato la soglia che rivela la presenza di una stabile organizzazione: inoltre, un commissionario può essere considerato come la stabile organizzazione del proprio committente. Una exit tax è stata percepita sull'avviamento trasferito con valore aggiunto. Varie modifiche sono state apportate nell'applicazione dei metodi sugli utili di trasferimento, dando la preferenza al metodo della ripartizione dell'utile residuo rispetto agli altri metodi di ripartizione dell'utile.

II. Secondo tema del Congresso: Attribuzione dell'utile al contribuente

Il secondo tema del Congresso affronta una questione fondamentale ma raramente esaminata: a chi deve essere attribuito il reddito? Sotto la direzione del Prof. Claus Staringer e sulla base della relazione generale di Joanna Wheeler, sono stati esaminati vari casi.

I problemi sono rilevanti: l'addebito dell'imposta comporta necessariamente il sorgere, in capo a un soggetto, del diritto alla prevenzione della doppia imposizione previsto dai trattati? In particolare, si eviterà la doppia imposizione quando l'imposta estera è stata versata a nome di un altro soggetto?

1. Società di servizi

Un primo caso riguarda le società di servizi personali. Se una persona fisica che effettuava prestazioni di servizi personali trasferisce questa attività a una società di servizi, lo Stato della fonte del pagamento, in cui si trova il cliente, considererà la persona fisica o la società come soggetto d'imposta? La retribuzione compete indubbiamente alla società, esiste tuttavia un collegamento tra questa retribuzione e l'attività della persona fisica. Talvolta, la legislazione dello Stato della fonte potrebbe attribuire questa retribuzione a una persona fisica in conformità sia di una specifica norma, sia di una norma anti-abuso, sia dei principi di attribuzione del reddito basati su considerazioni economiche. Si avrà la medesima situazione nello Stato di residenza, che in più potrebbe ritenere distribuito un dividendo.

L'articolo 15 del Modello OCSE relativo alla tassazione delle retribuzioni ricevute nel Paese dove si è svolta la prestazione ha subito una significativa evoluzione. In presenza di una società che mette a disposizione i propri lavoratori, il Prof. Vogel, nel suo Commentario alle convenzioni contro le doppie imposizioni, considerava inizialmente che l'impresa fosse il datore di lavoro. Conseguentemente, se il lavoratore soggiornava meno di 183 giorni nel Paese di prestazione della propria attività, il reddito poteva essere tassato solo nel Paese di residenza del datore di lavoro, spesso caratterizzato da una bassa fiscalità.

Il Commentario OCSE contiene un'eccezione al riguardo (art. 15.8): il datore di lavoro reale sarà quello che utilizza il lavoro messo a disposizione con la conseguenza che la retribuzione potrà essere tassata nel Paese dove è esercitata l'attività.

2. Società controllate e società «conduit»

La seconda questione esaminata è stata quella relativa alle società straniere controllate e alle società «conduit». Nel primo caso, il reddito realizzato all'estero in un Paese a bassa fiscalità è attribuito generalmente agli azionisti dal loro Stato di residenza. In caso d'interposizione di una società «conduit», è lo Stato della fonte che rifiuta di considerare la residenza della società «conduit» e ritiene che il reddito sia stato realizzato direttamente dagli azionisti di quest'ultimo, applicando quindi alla ritenuta alla fonte il regime che sarebbe applicabile nel caso di questa attribuzione diretta.

In entrambi i casi si pone la questione di una violazione del trattato.

2.a. Società straniere controllate

Nel caso di società straniere controllate, non è contrario al trattato concluso con lo Stato di residenza dell'azionista e quello di residenza della società controllata tassare nel primo il reddito realizzato nel secondo, nel caso in cui la società stabilita nel secondo Stato non abbia una stabile organizzazione nel primo Stato? L'OCSE, nel suo commentario, non ritiene che vi sia una violazione del trattato. Le regole sulle società estere controllate sono regole di diritto interno e non di diritto convenzionale. Il reddito è attribuito a un soggetto differente dalla società, ossia l'azionista. Si ha quindi una doppia imposizione economica, che comporta la tassazione dello stesso reddito in capo a due soggetti, non considerata dai trattati, e non una doppia imposizione internazionale, proibita dal trattato nel caso di tassazione dello stesso reddito in capo al medesimo soggetto in due Stati differenti.

Alcuni Stati hanno espresso la loro riserva a questa interpretazione, in particolare Belgio e Paesi Bassi.

La giurisprudenza è divisa: il Consiglio di Stato francese, nel caso *Schneider* del 28 giugno 2002, ha ritenuto che questa applicazione dell'imposta, in Francia, violava la convenzione tra Francia e Svizzera. Al contrario, la giurisdizione britannica (*Bricom Holdings*, 3 aprile 1996) e finlandese (*Ozy Abp*, 20 marzo 2002) hanno ritenuto che la Convenzione non fosse stata violata.

2.b Società «conduit»

La giurisprudenza sulle società «conduit» è molto incerta. La Corte Suprema (decisione del 10 dicembre 1997), in un caso d'interposizione effettuata tra una filiale austriaca e una società madre britannica di una società intermediaria olandese al fine di ottenere una riduzione della ritenuta alla fonte, ha attribuito il reddito direttamente alla società inglese essendo la società olandese fittizia. La Convenzione tra l'Austria e i Paesi Bassi non doveva quindi essere applicata non essendo attribuibile, secondo la Corte, alcun reddito alla società olandese.

Una corte canadese ha dovuto affrontare una situazione analoga nel caso *Prévost*. I fatti erano più complessi. Una società svedese aveva acquistato le partecipazioni di una società canadese, poi, creando una «joint venture» con una società britannica, aveva trasferito il 49% delle sue partecipazioni a quest'ultima. Le due società avevano apportato altre partecipazioni, rispettivamente del 51% e del 49%, a una società intermediaria olandese. L'intento era quello di ottenere l'applicazione di un'aliquota ridotta di ritenuta alla fonte nei Paesi Bassi: la Convenzione tra Canada e Paesi Bassi

prevedeva una ritenuta alla fonte del 5% mentre la Convenzione tra Canada e Svezia prevedeva una percentuale del 15% e la Convenzione tra Canada e Regno Unito del 10%.

Il dividendo versato dalla società olandese alle società madri del Regno Unito e della Svezia non era soggetto a ritenuta alla fonte e il dividendo era esente nei Paesi Bassi in virtù dell'esenzione applicabile alle partecipazioni in questo Paese.

L'amministrazione canadese ha rifiutato di applicare l'aliquota prevista nella Convenzione tra Canada e Paesi Bassi, ma ha accettato, attraverso concessione, di applicare le aliquote previste per il Regno Unito e la Svezia.

Questa soluzione è criticabile: il proprietario giuridico del reddito era indiscutibilmente la società olandese. Come si può allora ritenere che i beneficiari effettivi («*beneficial owner*») di questo reddito fossero le società madri del Regno Unito e della Svezia?

2.c La nozione di «beneficiario effettivo» (il caso Indofood)

Il caso Indofood, giudicato da una corte britannica, è una controversia di diritto civile e non fiscale.

La società indonesiana Indofood aveva reperito dei fondi sui mercati finanziari attraverso una società veicolo («*special purpose company*») situata nell'Isola Mauritius. A quel tempo, esisteva infatti una Convenzione tra l'Indonesia e l'Isola Mauritius, in base alla quale le ritenute alla fonte applicate sugli interessi erano ridotte al 10%.

L'Indonesia ha successivamente risolto il trattato con Mauritius. Per risolvere la questione della ritenuta alla fonte, una società olandese è stata interposta tra la società di Mauritius e la società indonesiana. Si trattava di verificare se questa società olandese fosse la beneficiaria effettiva, ai sensi del trattato, degli interessi versati.

La Corte inglese ha considerato che la nozione di beneficiario effettivo fosse un concetto utilizzato nell'ambito del diritto internazionale dei trattati: il beneficiario effettivo è colui che non è obbligato a trasferire il reddito a un altro soggetto, sia dal punto di vista giuridico ed economico, sia dal punto di vista pratico. Nella fattispecie, la società olandese doveva trasferire il reddito poiché la società dell'Isola Mauritius doveva remunerare gli investitori.

L'interposizione della società olandese non rappresentava, quindi, secondo i contratti vigenti, una idonea misura di riorganizzazione nel caso in esame.

2.d. Storia del concetto di beneficiario effettivo

Il panel ha anche avuto l'occasione di ricordare l'origine storica del concetto di beneficiario effettivo, che generalmente non ha un equivalente in diritto interno. Se, nel 1923, la Società delle Nazioni aveva ritenuto che i dividendi dovessero essere tassati nel Paese di residenza, le conferenze del Messico (1943) e di Londra (1946) avevano previsto che il diritto di tassare i dividendi fosse dello Stato della fonte. Il modello OCSE (all'epoca OECD) del 1963, ripartendo il diritto impositivo tra lo Stato della fonte (ritenuta alla fonte) e lo Stato della residenza, non prevedeva il requisito che il percettore del reddito fosse il beneficiario effettivo dello stesso. Questo concetto fu introdotto nel 1977, con esclusione delle situazioni in cui il beneficiario effettivo fosse un mandatario o un «*nominee*». Fu tuttavia specificato che questo termine non doveva essere inteso in senso strettamente tecnico.

3. *I Trust*

La terza questione riguarda i trust. Il trust di diritto anglosassone crea una relazione tra il costituente che trasferisce i beni a un trustee secondo i termini dell'atto di costituzione del trust, a favore di un beneficiario che percepirà, in quel caso, un reddito e, in una fase successiva, il capitale. I trust possono essere revocabili o irrevocabili e il trustee ha talvolta un potere discrezionale oppure, al contrario, deve versare al beneficiario un reddito fisso. La situazione prevista è quella di un «grantor trust», nel quale il costituente ha conservato specifici poteri, è lui stesso beneficiario o ha disposto che alcuni membri della famiglia siano i beneficiari del reddito del trust. In tal caso, il costituente può continuare a essere soggetto a imposta secondo la normativa locale, nella fattispecie, del Canada e degli Stati Uniti.

La situazione è la seguente: i redditi da capitale, provenienti dallo Stato della fonte, affluiscono al trust. Nello Stato di residenza, questi redditi sono attribuiti al costituente. Nello Stato della fonte, essi sono attribuiti al beneficiario, in conformità della legislazione di questo Stato. Di conseguenza, lo Stato di residenza rifiuta di accordare al costituente, tassabile in questa giurisdizione, un credito d'imposta per l'imposta versata nello Stato della fonte dal beneficiario, poiché l'imposta è stata versata da un soggetto differente.

Come risolvere questo conflitto? Il panel ha ricordato la soluzione proposta da Robert Danon, autore di un importante studio sul concetto di trust nell'ambito del diritto svizzero. Danon si basa sul rapporto pubblicato dall'OCSE sulle entità fiscalmente trasparenti. Per l'OCSE, lo Stato della fonte deve applicare le regole dello Stato di residenza. La soluzione si strutturerà, quindi, in tre fasi:

- a) si applicherà la convenzione contro le doppie imposizioni in vigore tra lo Stato della fonte e lo Stato di residenza, in conformità al Rapporto OCSE;
- b) lo Stato della fonte può assoggettare il beneficiario all'imposta, ma in applicazione del trattato;
- c) lo Stato di residenza riconosce il credito d'imposta al costituente in relazione all'imposta versata nello Stato della fonte.

Naturalmente, questa soluzione presterà il fianco a numerose critiche. Innanzitutto, occorre considerare che lo Stato della fonte applica l'imposta a un suo residente e non è, quindi, obbligato ad applicare il trattato. Secondariamente, un trattato non si applica ai redditi in quanto tali, ma ai soggetti, in virtù dell'articolo 1 del Modello di Convenzione. Il rapporto OCSE sulle entità fiscalmente trasparenti prevede l'ipotesi di investimenti di tipo imprenditoriale, mentre il trust riguarda generalmente investimenti di tipo privato.

4. *Gruppi societari*

La tassazione di gruppi societari è la quarta questione affrontata. Esistono due metodi di tassazione dei gruppi societari: nel primo, lo Stato considera ogni società del gruppo come un'entità separata per il calcolo degli utili o delle perdite e li attribuisce alla società che controlla il gruppo; nel secondo approccio, detto dell'assorbimento, si ha un consolidamento completo e il risultato dell'attività della società figlia è attribuito alla società madre del gruppo come se esistesse un solo contribuente. Tuttavia, le società figlie sono società soggette a imposizione, altrimenti non potrebbero far parte di un gruppo consolidato.

4.a Metodo delle entità separate

Secondo il metodo delle entità separate, nel caso di redditi consistenti, per esempio, in interessi, lo Stato della fonte è tenuto ad applicare il trattato sulla base del rapporto esistente con lo Stato di residenza della società figlia? Ha questa il diritto di trasferire alla propria società madre il credito d'imposta da far valere per il pagamento della ritenuta alla fonte nel Paese della fonte? Considerato che il consolidato, sul quale sono state espresse varie critiche a livello di diritto europeo, in particolare nel caso Marks & Spencer, è generalmente domestico, la società madre e la società figlia consolidata, in teoria, dovrebbero essere situate nel medesimo Stato di residenza. La questione da risolvere riguarda, quindi, il diritto al credito d'imposta. Tuttavia, la situazione potrebbe essere differente se lo Stato di residenza consentisse il consolidato in capo a una stabile organizzazione capo-gruppo. In tal caso, essendo la stabile organizzazione non residente, lo Stato della fonte potrebbe rifiutarsi di applicare una riduzione della ritenuta alla fonte, poiché si ipotizza che il trattato non si applichi ai non residenti.

4.b Metodo dell'assorbimento

I medesimi problemi si pongono nell'applicazione del metodo dell'assorbimento. La società madre è la beneficiaria effettiva del reddito percepito dalla società figlia e può far valere un credito d'imposta a fronte della ritenuta alla fonte versata nello Stato della fonte? Lo Stato della fonte non è obbligato dal trattato a seguire la regola dello Stato di residenza, secondo la quale il reddito della società figlia è attribuito alla società madre.

5. Usufrutto e trasferimento di cedole

La quinta questione riguarda la separazione del mantello e delle componenti cedolari dei titoli attraverso la costituzione di un diritto di usufrutto sui dividendi o il trasferimento delle cedole dei dividendi.

Un trasferimento del diritto di usufrutto ha condotto alla decisione del Consiglio di Stato francese del 29 Dicembre 2006 nel caso Bank of Scotland. La società figlia francese di una società madre americana intendeva ottenere dei fondi da una banca del Regno Unito. Piuttosto che concordare un pagamento d'interessi, che sarebbe stato fiscalmente meno vantaggioso, la società madre americana trasferisce un diritto di usufrutto sulle azioni della società figlia francese alla banca britannica per un periodo di tre anni. La banca britannica, ricevendo in tal modo dividendi invece che interessi, può beneficiare dell'*avoir fiscal* francese, che le consente di imputare una parte dell'imposta societaria versata in Francia come rimborso parziale di detta imposta a favore dei titolari delle azioni. L'amministrazione ha ritenuto, con successo, che la beneficiaria effettiva dei dividendi non fosse la banca scozzese, bensì la società madre americana. Ha altresì ritenuto che vi fosse abuso di diritto e che l'operazione fosse artificiosa: nella fattispecie, la società americana aveva assunto diverse obbligazioni che equivalevano in pratica a una garanzia del prestito.

La decisione è criticabile per il fatto che utilizza il concetto di beneficiario effettivo: in effetti, il proprietario giuridico del reddito era indiscutibilmente la banca scozzese.

Nel caso Royal Dutch, giudicato da una corte britannica, una società holding di diritto lussemburghese deteneva le azioni della società olandese Royal Dutch, quotata in Borsa. Il trattato tra i Paesi Bassi e il Lussemburgo non si applicava alla distribuzione di dividendi, essendo la società holding di diritto lussemburghese esclusa

dall'applicazione del trattato. La società lussemburghese, di conseguenza, vende un certo numero di cedole che danno diritto all'80% dei dividendi a una società britannica, così da dare attuazione al trattato tra i Paesi Bassi e il Lussemburgo.

La corte doveva decidere se la società britannica fosse la beneficiaria effettiva dei dividendi olandesi. Ha optato per l'affermativa. La società britannica non era obbligata a ritrasferire gli introiti derivanti dalle cedole alla società lussemburghese. Non era necessario essere proprietari delle azioni per essere titolari del reddito derivante.

L'esame delle diverse ipotesi rivela la complessità del problema giuridico sottostante. Le regole di attribuzione del reddito sono spesso regole di diritto interno. Si suppone che siano incorporate nelle convenzioni? Al contrario, il concetto di beneficiario effettivo è un concetto di diritto convenzionale. Come applicarlo in diritto nazionale?

III. Seminari

IFA – EU

Il seminario mette a confronto, tradizionalmente, il concetto europeo e l'approccio internazionale generale. Presieduto dall'Avvocato Jonathan Schwartz, che ha dato l'opportunità a Michel Aujean, capo della Direzione Politica Fiscale presso la Commissione europea, di presentare le iniziative intraprese dalla Commissione in materia fiscale.

Riguardo all'IVA, è prioritaria la lotta contro la frode, insieme alla prevenzione della doppia imposizione e l'allargamento del campo di applicazione dell'imposta ai servizi finanziari.

Sul piano delle imposte dirette, proseguono i lavori relativi al progetto di una base comune consolidata per le imprese multinazionali nell'applicazione dell'imposta societaria, con scadenza 2008.

Sono state annunciate nuove comunicazioni, in vista di un coordinamento fiscale tra gli Stati membri, in relazione alle regole anti-abuso, alle ritenute alla fonte sui dividendi, alla soluzione delle controversie e ai diritti di successione, senza dimenticare gli enti non profit.

I diritti sulla raccolta di capitali sono soppressi entro il 2010.

Jean-Charles Balat si è augurato vivamente, a proposito della nozione di abuso di diritto esaminata nel corso del seminario, di arrivare a una definizione legislativa comune e a un'armonizzazione delle legislazioni nazionali per mettere fine all'insicurezza che deriva dall'applicazione di questa nozione in diritto europeo.

Un seminario speciale è stato dedicato alle cosiddette clausole di restrizione dei benefici (*limitation on benefits* – «LOB»). Queste clausole, derivate soprattutto dal Modello di Convenzione statunitense, escludono dai benefici convenzionali relativi all'applicazione delle riduzioni sulle ritenute alla fonte sui redditi da capitale le società dello Stato partner controllate giuridicamente o economicamente da non residenti, evitando così il «*treaty shopping*», che consente ai residenti dello Stato non *partner* convenzionale dello Stato della fonte d'interporre delle società situate in uno Stato che ha concluso un tale trattato.

La compatibilità di queste disposizioni con il diritto europeo è stata posta in dubbio, ma non è stata ancora presa una decisione definitiva al riguardo.

IFA - OCSE

Nel corso del seminario IFA-OCSE, presieduto da John Avery-Jones, «*special commissioner*» del Regno Unito, incaricato di decidere in prima istanza sulle controversie in materia fiscale, i rappresentanti dell'OCSE, Mary Bennet, Pascal Saint-Amans e Jacques Sasseville, hanno esposto i progetti in corso in seno all'OCSE. Sono in preparazione vari documenti riguardanti l'attribuzione degli utili alle stabili organizzazioni, le ristrutturazioni societarie, i prezzi di trasferimento, con particolare riguardo al tema della comparabilità e di applicazione dei metodi di ripartizione degli utili, oltre che sui rapporti tra i prezzi di trasferimento in materia di imposte sui redditi e del valore doganale e, infine, sull'applicazione dei trattati ai veicoli d'investimento collettivo, specialmente in valori immobiliari. Anche i servizi transfrontalieri di cui all'articolo 15 sono oggetto di revisione. Si tratta di determinare il datore di lavoro effettivo per applicare la regola dei 183 giorni, la quale consente di evitare l'imposta applicata nel Paese d'esercizio dell'attività del lavoratore.

È in corso l'allargamento dell'OCSE a nuovi Stati, in particolare la Russia, mentre è stato intensificato il dialogo con importanti attori economici, come il Brasile, la Cina e l'India, per assicurare l'applicazione mondiale dei principi dell'OCSE.

Allo studio dell'articolo del Modello di Convenzione sulla non discriminazione è stato dedicato l'esame di vari casi concreti.

Altri seminari

Altri seminari hanno affrontato temi specializzati:

- la negoziabilità dei diritti sulle emissioni inquinanti² (Krister Andersson);
- l'applicazione dei trattati agli enti d'investimento collettivo (Philippe Derouin);
- gli enti di prestazioni di servizi internazionali (Gregory May);
- la risoluzione dei conflitti relativi all'applicazione dei trattati, in particolare attraverso le clausole di arbitraggio (David Tillinghast);
- l'applicazione dell'IVA in materia di prezzi di trasferimento (Satya Boddar);
- gli accordi di ripartizione dei costi in materia di prezzi di trasferimento (Barbara Kessler).

Prossimi congressi

Il prossimo congresso dell'Associazione avrà luogo a Bruxelles dal 31 agosto al 5 settembre 2008. I due temi principali trattati saranno, da una parte, la non discriminazione in diritto internazionale ed europeo (relatori generali: L. e P. Hinnekens) e, dall'altra parte, le novità in materia di tassazione internazionale degli interessi (relatore generale: P. Hanny).

Inoltre, due importanti riunioni sono state annunciate dall'OCSE: un seminario organizzato dalla filiale indiana dell'IFA e dall'OCSE a Mumbai il 23 e 25 gennaio 2008 e una conferenza in occasione del 50° anniversario del Modello di Convenzione dell'OCSE, organizzato a Parigi l'8 e il 9 settembre 2008, immediatamente dopo il congresso dell'IFA a Bruxelles. L'agenda fiscale internazionale segue, dunque, l'evoluzione continua di questa materia in divenire.

² Al riguardo, consultare altresì il rapporto di Isabelle Richelle (Università di Liegi) presentato al congresso dell'European Association of Tax Law Professors tenutosi a Helsinki l'8 e il 9 giugno 2007.

The Transitional Period Of The Savings Directive (Abstract)

Juan Salvador Pastoriza Vázquez*

The second stage of the transitional period of the savings directive will start in 2008. At that stage the withholding tax rate applied by Austria, Belgium and Luxembourg, as well as third countries and dependant territories who have signed the agreements with the EU, will rise to 20%.

This article can be divided into two parts. The first part is a general overview about the Savings Directive. It starts with a historical approach related to the freedom of movement of capital and the tax package. Then, it briefly describes the Savings Directive's legal regime.

In the second part, the article focuses more on the transitional period. It starts with a general overview of the transitional regime. Then it goes into a detailed examination of the application of the withholding to some financial instruments as hybrid instruments. Then it turns to the exceptions to the application of withholding tax and avoiding double taxation. The following paragraph is about the territorial scope of the withholding regime with reference to the agreements signed with third countries, Channel Islands and the isle of Man. The last part is composed of a comparative law study and all of the relevant legislation implementing the agreements in these third countries and territories. The conclusion tries to determine whether the transitional period as a derogation from the general regime will be a temporary derogation or if at the end of the day it will constitute two different regimes within the EU.

* Research Doctor in European Tax Law in the University of Bologna; LL.M. in European Law in the European College of Bruges; Lawyer in Garrigues Bruxelles. Many thanks to Franco Roccagiatia and Mauro Davanzo for their patient help in the Italian language.

Il periodo transitorio nella Direttiva “risparmio”

Juan Salvador Pastoriza Vázquez*

1. Introduzione

La Direttiva “risparmio” è entrata in vigore il 1° luglio 2005 dopo un lungo periodo di trattative politiche in seno alle istituzioni dell’UE. Il suo obiettivo è di permettere che gli interessi percepiti in uno Stato membro da persone fisiche che hanno la loro residenza fiscale in un altro Stato membro, siano tassati conformemente alla legislazione di quest’ultimo Stato. L’esclusione delle persone morali dal campo d’applicazione della misura è stata giustificata dalla Commissione europea per i maggiori controlli fiscali a cui tali soggetti sono sottoposti.

Concretamente, la Direttiva copre l’insieme degli investimenti finanziari. Inoltre, fa riferimento ai redditi da risparmio sotto forma di interessi su crediti.

Per raggiungere questo obiettivo, la Direttiva stabilisce un “regime di diritto comune” ed un “regime derogatorio”. Il regime comune stabilisce lo scambio d’informazione fiscale. Tuttavia è previsto un periodo transitorio durante il quale il Belgio, il Lussemburgo e l’Austria non sono tenuti ad applicare lo scambio d’informazioni, ma hanno comunque diritto a ricevere informazioni fiscali dagli altri Stati membri (d’ora in poi SSMM). Anziché comunicare informazioni fiscali, questi tre Stati membri sono tenuti ad applicare una ritenuta alla fonte sugli interessi.

In questo articolo si cercherà di capire se il regime derogatorio sarà effettivamente transitorio o se ci si trova dinnanzi ad una dualità di sistemi con una vocazione alla permanenza. A questo fine si analizzerà il campo di applicazione della Direttiva Risparmio e le sue disposizioni relative al periodo di transizione. Gli strumenti analizzati sono: la legislazione comunitaria, i documenti ufficiali delle istituzioni comunitarie, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli accordi internazionali firmati con gli Stati terzi (Svizzera, Liechtenstein, San Marino, Andorra e Monaco), le disposizioni legislative ed amministrative di questi Stati, gli accordi bilaterali con certi territori dipendenti o associati degli Stati membri (isole anglo-normanne, isola di Man e territori dei Caraibi), le disposizioni legislative ed amministrative applicabili in questi territori e, infine, la dottrina giuridica.

Cominciamo con una breve introduzione storica.

* Ringrazio Franco Roccagiatà e Mauro Davanzo per il loro paziente aiuto con la lingua italiana.

Dottore di Ricerca in Diritto Tributario Europeo per la Università degli Studi di Bologna; LL.M. in Diritto Europeo presso il Collegio d’Europa di Bruges; Avvocato in Garrigues Bruxelles.

2. Inquadramento storico

2.1 Il mercato unico dei capitali come precedente della Direttiva risparmio

L'entrata in vigore della Direttiva 88/361/CEE¹, del primo luglio 1990, ha avuto un doppio effetto: da un lato l'apertura totale della libera circolazione dei capitali tra Stati membri e, dall'altro l'implementazione della prima tappa dell'Unione Economica e Monetaria, già concepita nel rapporto Werner².

La libertà di circolazione dei capitali era già stata riconosciuta dall'articolo 67 del Trattato di Roma. Tuttavia, essa non aveva l'effetto diretto riconosciuto ad altre disposizioni del Trattato³, ragione per la quale l'efficacia di questa norma dipendeva da uno sviluppo successivo mediante atti di diritto derivato⁴. Attraverso diverse direttive, a partire dagli anni sessanta, questa libertà è stata sottoposta ad una liberalizzazione crescente⁵.

Tra gli antecedenti della Direttiva "risparmio" si trova la Direttiva 88/361/CEE che ha creato il mercato unico dei capitali. Da quel momento, ogni cittadino residente in uno SM ha avuto la possibilità di aprire un conto in una banca localizzata in un altro SM. I controlli alle frontiere sono stati eliminati creando uno spazio finanziario europeo⁶ per i titoli a breve termine. Questa liberalizzazione in certi SSMM ha fatto insorgere la paura di perdere la loro autonomia monetaria così come la prospettiva di perdere la sovranità fiscale nel campo della fiscalità sul capitale ed i suoi redditi derivati, come il risparmio⁷.

Per quanto riguarda l'armonizzazione fiscale, l'art. 6.5 della Direttiva 88/361/CEE aveva stabilito la necessità di far elaborare delle proposte alla Commissione, in modo

¹ Direttiva del Consiglio, del 24 giugno 1988 per l'attuazione dell'articolo 67 del Trattato, GUCE L 178, dell'8 luglio 1988, p. 5. La data d'entrata in vigore prevedeva eccezioni per certi SSMM.

² Bollettino CE 1970, supplemento 11.

³ Sentenza CGCE del 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, aff. C-26/62, Racc. 1963, p. 9. Sentenza CGCE dell'11 novembre 1981, *Casati*, aff. C-203/80, Racc. 1981, p. 2595, in questa sentenza la Corte afferma che l'art 67 del Trattato non aveva effetto diretto.

⁴ Cf. D. CARBAJO VASCO, «La libre circulación de capitales en la Unión Europea: del Tratado de Roma al Tratado de la Unión Europea», *Noticias CEE*, n. 93, 1992, pp. 95-96; G. PANICO, *La libera circolazione dei capitali*, *Manuale di Diritto Comunitario*, UTET, Torino, vol. II, 1984, p. 193-194 e J. A. USHER, *The Law of Money and Financial Services in the EC*, 2nd ed., Oxford University Press, 2000, p. 16.

⁵ La liberalizzazione dei movimenti di capitali è stata progressivamente realizzata tramite diverse direttive che hanno ripartito i movimenti di capitale in quattro gruppi, ognuno con diversi gradi di liberalizzazione (liste A, B, C et D) seguendo un parallelismo con il sistema dell'OCSE. Queste direttive sono: Direttiva dell'11 maggio 1960 (GUCE del 12 luglio 1960); Direttiva 63/21/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1962 (GUCE del 22 gennaio 1963); Direttiva 72/156/CEE del Consiglio, del 21 marzo 1970 (GUCE L 091, del 18 aprile 1972, p. 13); Direttiva 85/583/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985 (GUCE L 372, del 31 dicembre 1985) e Direttiva 86/566/CEE del Consiglio, del 17 novembre 1986 (GUCE L 332, del 26 novembre 1986).

⁶ Creazione di uno spazio finanziario europeo (comunicazione della Commissione), Doc. COM (87), 550 fin. del 4 novembre 1987.

⁷ Cf. E. ALBI IBÁÑEZ, *Las repercusiones fiscales de la liberalización europea de los movimientos de capital. Consideración especial de la inversión directa*, *La política fiscal en España ante la libre circulación de capitales*, Hacienda Pública Española, I/1990, p. 9; v. E. ASSIMACOPOULOU, *L'harmonisation de la fiscalité de l'épargne dans les pays de la Communauté*, L.G.D.J., Paris, 2000, pp. 168 e ss; A. MAITROT DE LA MOTTE, *Souveraineté fiscale et construction communautaire*, L.G.D.J., Paris, 2005, pp. 402-407; e S. DELAUDE, *Fiscalité européenne de l'épargne: le grand bouleversement est-il pour demain?*, *Revue Générale de Fiscalité*, n° 6, 2003, pp. 7-9.

tale da eliminare o ridurre “i rischi di distorsione, di evasione e di frode fiscale legati alla diversità dei regimi nazionali concernenti la fiscalità del risparmio”.

La prima proposta di una norma di diritto derivato per far fronte all’armonizzazione del risparmio è datata 10 febbraio 1989⁸. Ciò nonostante, ogni iniziativa di coordinamento legislativo tra SSMM è stata accantonata fino al Consiglio Ecofin di Verona del 1996.

2.2 Il pacchetto fiscale

A causa dell’unanimità richiesta in seno del Consiglio, per far progredire la fiscalità europea il concetto di “pacchetto” è particolarmente importante. In questo approccio strategico ogni SM ritrova nel pacchetto almeno un elemento di suo interesse. In questo modo, tutti gli SSMM hanno la prospettiva di ricavare qualche vantaggio dalla sua approvazione e ciò facilita l’accordo sull’insieme degli elementi del pacchetto.

Nel Consiglio Ecofin di Verona del 1996, la Commissione aveva presentato un memorandum⁹ sulla fiscalità dei fattori di produzione in cui si constatava che negli anni 1981-1995 c’era stato un aumento della pressione fiscale sulla mano d’opera ed una diminuzione della pressione fiscale sugli “altri fattori di produzione” (tra cui il capitale rappresentava una proporzione di circa l’80%). La Commissione aveva constatato che l’assenza di coordinamento fiscale tra gli SSMM aveva prodotto una perdita generalizzata delle risorse e della sovranità fiscale. Questo memorandum suggeriva di riesaminare gli obiettivi d’integrazione fiscale. In particolare, tre elementi dovevano essere presi in considerazione: la stabilizzazione delle entrate fiscali degli SSMM, il buon funzionamento del Mercato Unico e la promozione dell’occupazione. Per raggiungere questi obiettivi, il primo memorandum Monti suggeriva di rivedere la regola dell’unanimità “perché è un ostacolo all’armonizzazione fiscale”¹⁰, e di avere “una visione globale dei problemi fiscali per ottenere un vero coordinamento delle politiche fiscali nazionali a livello europeo”¹¹.

Dopo questa riunione del Consiglio, nel novembre 1996, la Commissione ha pubblicato un secondo memorandum Monti¹² che ha fissato le modalità di implementazione di questa strategia attraverso la proposta di un “Pacchetto fiscale” da approvarsi nel suo insieme da parte del Consiglio. Questo pacchetto era costituito da un “codice di condotta” in materia della fiscalità delle imprese; da misure finalizzate ad eliminare le distorsioni nella tassazione dei redditi di capitale; una proposta di direttiva relativa alla fiscalità del risparmio¹³ e, per concludere, da una proposta di direttiva destinata ad eliminare le ritenute alla fonte sui pagamenti transfrontalieri d’interessi e di canoni tra imprese¹⁴.

⁸ COM (89) 60 fin., GUCE C 141 del 7 giugno 1989, p. 5.

⁹ V. Commission des Communautés européennes, 20 marzo 1996, «La fiscalité dans l’Union européenne», SEC (96) 487.

¹⁰ V. Commissione europea, 20 marzo 1996, *La politica tributaria nell’Unione europea*, SEC (96) 487, p. 10.

¹¹ V. Commissione europea, 20 marzo 1996, *La politica tributaria nell’Unione europea*, SEC (96) 487, pp. 10-11.

¹² V. Commissione europea, Comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo, *Un pacchetto di misure volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa nell’Unione Europea*, 5 novembre 1997, COM (97) 564.

¹³ Adottato nel 2003, v. Direttiva 2003/48/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 157 del 26 giugno 2003, p. 38.

¹⁴ V. Direttiva 2003/49/CE del Consiglio del 3 giugno 2003 concernente il regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni fra società consociate di Stati membri diversi, GUCE L 157 del 26 giugno 2003, p. 49.

Nei capitoli successivi di questo articolo, si farà un breve esame dell'ambito di applicazione della Direttiva sulla tassazione del risparmio¹⁵.

3. Il campo di applicazione della Direttiva

La Direttiva 2003/48/CE è entrata in vigore nella Comunità dal primo luglio 2005 al fine di consentire che gli interessi percepiti in uno Stato membro da persone fisiche che hanno la loro residenza fiscale in un altro Stato membro siano tassati conformemente alla legislazione di quest'ultimo Stato.

Il regime fiscale applicabile agli interessi pagati ai residenti resta immutato. Di conseguenza, si può affermare che questa Direttiva non realizza una vera armonizzazione del regime fiscale dei redditi sotto forma di interessi, ma coordina semplicemente le procedure di scambio d'informazione in materia di fiscalità del risparmio nella Comunità¹⁶.

La Direttiva riguarda gli investimenti finanziari, e tra questi le operazioni di cessione a terzi di capitali propri produttivi di interessi. Occorre tuttavia menzionare due esclusioni importanti: le persone morali e certi strumenti di risparmio, come le assicurazioni e le pensioni, che restano al di fuori del campo di applicazione della Direttiva¹⁷.

Queste due esclusioni riducono in modo considerevole il campo d'applicazione della Direttiva e possono favorire l'elusione fiscale, quando si opera attraverso una persona morale o si effettuano investimenti in prodotti assicurativi. Torneremo su questo tema più avanti.

In un primo momento, era previsto che le assicurazioni e le pensioni fossero regolate da un'altra Direttiva, ma quest'idea è stata abbandonata dal 2001. L'esclusione delle persone morali è stata giustificata dalla Commissione sostenendo che tali soggetti sono sottoposti a controlli fiscali maggiori.

¹⁵ Per uno studio più approfondito v. S. PASTORIZA VAZQUEZ, *La nuova Direttiva sulla tassazione del risparmio: applicabilità ed efficacia*, Rassegna Tributaria, n. 4, 2005, pp. 1095-1127.

¹⁶ Di diverso avviso sembra la Corte di Giustizia, che nella sua sentenza *Kerckhaert-Morres*, del 14 novembre 2006, causa C-513/04 ha stabilito che "orbene, il diritto comunitario, al suo stato attuale ed in una situazione come quella di cui alla causa principale, non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità. Infatti, fatta eccezione per la Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 225, pag. 6), la convenzione del 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (GU L 225, pag. 10) e la Direttiva del Consiglio 3 giugno 2003, 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (GU L 157, pag. 38), non è stata finora adottata, nell'ambito del diritto comunitario, alcuna misura di unificazione o di armonizzazione intesa ad eliminare le situazioni di doppia imposizione", punto 22.

¹⁷ Cfr. Direttiva 2003/41/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 giugno 2003, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali, GUCE L 235 del 23.9.2003, pagg. 10-21. In certi SSMM, gli agenti assicurativi hanno cominciato a fare pubblicità dei loro prodotti cercando di convincere i risparmiatori a cambiare i loro portafogli a causa dell'arrivo della Direttiva. Cf. M. DASSESE, *La proposition de Directive sur la taxation de l'épargne. Echange d'informations, ou désinformation? Y a-t-il un agenda caché?*, pubblicato su l'Echo del 19 giugno 2002.

3.1 Il campo d'applicazione oggettiva: gli interessi pagati

Il pagamento di interessi costituisce il campo d'applicazione oggettivo della Direttiva. Secondo l'art. 6, questo pagamento fa riferimento agli interessi pagati o accreditati su un conto di qualsivoglia natura, assistito (o meno) da garanzie ipotecarie e corredati (o meno) da una clausola di partecipazione agli utili del debitore, agli interessi maturati o capitalizzati alla cessione, al rimborso o al riscatto dei crediti, e ai redditi derivanti da pagamenti d'interessi, direttamente, o tramite un'entità terza, come gli organismi di investimento collettivo in valori mobiliari (OICVM).

Il concetto di interesse ingloba sia gli interessi diretti, art. 6.1 a) e b), sia gli interessi indiretti, art. 6.1. c), e d)¹⁸. A questo proposito, occorre rilevare che si possono riscontrare differenze tra i concetti economici e giuridici nel diritto interno degli SSMM¹⁹. È questa la ragione per cui certi autori hanno affermato che "la fiscalità del risparmio UE" tocchi anche altri redditi che, tradizionalmente, sono considerati come delle plusvalenze o dei dividendi nei diversi ordinamenti giuridici degli SSMM²⁰.

In teoria, la Direttiva riguarda solamente gli interessi nel senso economico del termine. Per esempio in un titolo a sconto, sul prezzo di vendita vi sarà una parte di remunerazione dello sconto stesso (differenza tra il prezzo d'esercizio ed il prezzo - inferiore - d'emissione), conosciuta al momento dell'emissione, che è qualificabile come interesse; ma esiste anche un'altra parte del prezzo di cessione legata all'andamento del mercato che sarà piuttosto considerata come una plusvalenza. Quest'ultimo tipo di reddito non è soggetto alla Direttiva. La stessa cosa è applicabile alle plusvalenze realizzate all'epoca della cessione, del rimborso o del riscatto di parti o di unità ai sensi dell'art. 6.1. d)²¹. È stata lasciata agli Stati la scelta di non includere i redditi citati nel punto d), se non nella misura in cui tali redditi corrispondono a redditi che provengono da pagamenti di interessi, fatto salvo il fatto che si possa distinguere in questi redditi la parte qualificabile come "interessi"²².

¹⁸ Su questo argomento v. I. GARCIA-OVIES SARANDESES et B. SESMA SANCHEZ, «Rendimientos íntegros del capital mobiliario», *Comentarios a la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y a la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio (Homenaje a Luis Mateo Rodríguez)*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pp. 563 e ss.; L.M. CAZORLA PRIETO, «Los rendimientos del capital mobiliario», *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 344 e ss.; et P. ALVAREZ BARBEITO, *Los Rendimientos del Capital en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, 2ª ed., Cedecs, Barcelona, 1999.

¹⁹ V. IBFD, *The Notion of Income from Capital*, EATPL International Tax Series, vol. I, Amsterdam, 2005 e S. CNOSSEN, *Taxing Capital Income in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

²⁰ V. fra gli altri F. A. GARCIA PRATS, «La propuesta de Directiva de imposición sobre el ahorro: algunos apuntes», *Crónica Tributaria*, n. 96/2000, pp. 40 e ss.

²¹ Cfr. i punti 84 e 85 della circolare belga d'applicazione della legge di trasposizione della Direttiva, in *Circulaire AFER n° 29/2005*, Service Public Fédéral Finances, Bruxelles, 8 luglio 2005, p. 21.

²² V. art. 6 (1) d) paragrafo 2. Sembra che tutti gli SSMM che applicano la ritenuta abbiano dichiarato la loro capacità a fare questo tipo di distinzione e quindi di essere in misura d'applicare la ritenuta soltanto sulla parte proporzionale corrispondente agli interessi. Questo non è comunque il caso di certi SSMM che applicano lo scambio d'informazioni; colloquio con G. MIRABILE, Commissione Europea, DG TAXUD, 27 aprile 2006.

3.2 Il campo d'applicazione soggettiva

3.2.1 Il concetto di beneficiario effettivo

L'applicazione soggettiva della Direttiva s'incentra sul concetto di beneficiario effettivo. La Direttiva stabilisce nell'art. 8 che gli agenti pagatori hanno il compito di comunicare una serie di notizie sui beneficiari effettivi, come la loro identità, la residenza e l'ammontare degli interessi pagati, mentre gli SSMM che beneficiano del periodo di transizione applicheranno la ritenuta alla fonte, ex art. 10 e 11.

L'agente pagatore può, in certi casi, coincidere col debitore, ed il beneficiario effettivo può essere un soggetto diverso del creditore. Questa scelta può fare apparire dei problemi d'interpretazione, di tecnica giuridica e di rapporto tra il diritto comunitario e le convenzioni contro la doppia imposizione.

Secondo l'art. 2, il beneficiario effettivo è *“qualsiasi persona fisica che percepisce un pagamento di interessi o qualsiasi persona fisica a favore della quale è attribuito un pagamento di interessi, a meno che essa dimostri di non aver percepito tale pagamento a proprio vantaggio o che non le sia stato attribuito”*²³.

Per completare questa definizione, occorre aggiungere che certi accordi bilaterali firmati con i territori dipendenti o associati, hanno previsto un obbligo di reciprocità. Un residente in questi territori che percepisce interessi in uno SM deve essere considerato anche beneficiario effettivo²⁴. Questo non è il caso per i residenti degli Stati terzi i cui accordi non prevedono un tale obbligo di reciprocità.

3.2.2 L'agente pagatore

La persona su cui gravano gli obblighi della Direttiva è l'agente pagatore, mentre il contribuente resta soggetto agli obblighi tributari dello SM della sua residenza. L'art. 4 definisce l'agente pagatore come *“ogni operatore economico che paga degli interessi o attribuisce il pagamento d'interessi al profitto immediato del beneficiario effettivo”*. Chiameremo questi soggetti agente pagatore o categoria standard, ai sensi dell'art. 4 (1), rispetto alla categoria allargata o agente pagatore al ricevimento degli interessi, previsto dall'art. 4 (2).

L'agente pagatore può essere il debitore stesso o un intermediario che agisce per conto sia del debitore sia del beneficiario effettivo. Il riferimento al profitto immediato è destinato probabilmente ad escludere quegli intermediari che ricevono pagamenti per conto del beneficiario, ma che li conservano soltanto per versarli agli altri intermediari con cui il beneficiario effettivo ha un rapporto più stretto²⁵. È lo Stato del pagamento materiale ed effettivo del capitale al beneficiario effettivo che deve essere

²³ V. G. ASHFORD, EU Savings Directive, The Tax Journal, agosto 2005, p. 19.

²⁴ Cf. «Guide To The European Savings Tax Directive», Isle of Man, chiffré 11, <http://www.gov.im/lib/docs/iomfinance/brochures/guidetotheeuropeansavingtaxdirectiv.pdf> e Circolare belga di applicazione della legge di trasposizione, Service Public Fédéral Finances, Circulaire AFER n° 29/2005, Bruxelles, 8 luglio 2005, punto 22 e ss., p. 5. Tutti i territori hanno un obbligo di reciprocità tranne le isole Cayman. Per Anguilla e le isole Turks e Caicos vi è una riserva sospensiva che sarà sciolta al momento in cui essi tasseranno questi pagamenti con un'imposta diretta.

²⁵ Cf. L. LARKING, Another go at the Savings Directive, third time lucky?, EC Tax Review, 4/2001, p. 224.

preso in conto e non lo Stato del debitore²⁶. Così, nel diritto spagnolo, la “Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes” (LIRNR), esclude la condizione d’agente pagatore per colui che fa una semplice mediazione nel pagamento. Per intermediazione nel pagamento s’intende il semplice accredito in conto di una somma di denaro per conto ed ordine di uno terzo.

3.3 *Campo d’applicazione territoriale e misure equivalenti nei territori dipendenti o associati e in alcuni Stati terzi*

L’articolo 7 della Direttiva stabilisce che “la presente Direttiva concerne gli interessi corrisposti da un agente pagatore stabilito all’interno del territorio in cui si applica il trattato in forza dell’articolo 299 del medesimo”. Secondo il testo dell’art. 299, il Trattato CE non si applica nella sua integrità in tutti i territori dipendenti o associati. Infatti, solamente le disposizioni della quarta parte del Trattato si applicherebbero ai paesi o territori d’oltre mare inclusi nell’allegato II del Trattato (tra cui le isole Cayman)²⁷. C’era dunque un concreto pericolo di fuga di capitali verso questi territori, dovuto al fatto che alcuni di loro erano considerati come paradisi fiscali. Per questo gli Stati membri da cui dipendono, hanno convenuto d’assicurare l’applicazione della Direttiva nei suddetti territori, secondo quanto citato nell’art.17 della stessa. Questo articolo ha stabilito una condizione sospensiva secondo la quale gli Stati membri applicano le disposizioni della Direttiva purché la Confederazione Svizzera, il Principato di Monaco, il Principato di Liechtenstein, la Repubblica di San Marino, il Principato d’Andorra e tutti i territori dipendenti o associati, applichino, a partire dalla stessa data, misure equivalenti²⁸.

Tuttavia, dal punto di vista del diritto comunitario, questi accordi hanno delle caratteristiche particolari perché assicurano l’applicazione di una norma di diritto comunitario derivata in un territorio al di fuori di quelli riconosciuti nel Trattato. Questa situazione avrà delle conseguenze particolari anche perché la responsabilità dell’applicazione corretta di queste norme sarà dello SM da cui questi territori dipendono.

Riassumendo, la Direttiva è applicabile in quanto tale nei territori segnalati nell’articolo 299 del Trattato CE ed attraverso gli accordi internazionali nei territori dipendenti o associati seguenti:

- Territori dipendenti dalla Corona britannica: a) isole caraibiche: Anguilla, Isole Vergini britanniche, isole Cayman, Montserrat, e Turks e Caicos; b) isole del Canale: Jersey e Guernsey; e c) isola di Man.
- Territori dipendenti del regno dei Paesi Bassi: Aruba ed Antille olandesi.

²⁶ Ad esempio, il concetto di ‘agente pagatore’ non coincide con quello del Real Decreto legislativo spagnolo n. 5/2004, del 5 marzo, “por el que se aprueba el texto refundido de la ley del impuesto sobre la renta de no residentes”.

²⁷ Per quel che riguarda le Isole del Canale e l’isola di Man il Trattato si applica solamente nella misura prevista nel Trattato d’adesione del Regno Unito del 22 gennaio 1972, v. art. 299.6.c) TCE.

²⁸ Cf. Art. 17 paragrafo 2.

Rispetto agli Stati terzi²⁹, la base giuridica di questi accordi internazionali sono gli articoli 300 e 94 TCE. Secondo l'obbligo dell'art. 17 della Direttiva, sono stati firmati accordi con ciascuno degli Stati terzi sopra indicati. Attraverso questi accordi, si stabilisce una ritenuta alla fonte unilateralmente e senza condizione di reciprocità durante la durata del periodo transitorio. L'entrata in vigore di questi accordi ha come conseguenza la loro sovrapposizione e prevalenza sulle convenzioni contro la doppia imposizione firmate con gli SSMM nel campo di applicazione della Direttiva. Vi sono degli accordi di futura revisione di queste convenzioni³⁰. Ci troviamo di fronte ad un fatto che potrebbe considerarsi come una "esportazione del diritto comunitario". In questa ottica, occorre guardare anche gli "Accordi bilaterali II" con la Svizzera³¹ dove sono state incluse delle disposizioni simili a quelle della Direttiva madre-figlia, della Direttiva sul pagamento d'interessi e canoni, della Direttiva fusioni e degli accordi di Schengen³².

3.4 Campo d'applicazione temporale: vigore, efficacia, clausola di salvaguardia, periodo di transizione e riesame

La Direttiva risparmio è entrata in vigore il 16 giugno 2003³³. Tuttavia, la sua efficacia pratica era legata ad una condizione sospensiva secondo la quale quest'efficacia sarebbe stata piena soltanto una volta che il Consiglio, deliberando all'unanimità, avesse deciso che erano state soddisfatte le condizioni previste ed assicurata l'attuazione delle misure equivalenti per quel che riguarda i territori dipendenti o associati e i cinque Stati terzi indicati nella Direttiva³⁴. Questa efficacia è stata fissata dal Consiglio al primo luglio 2005³⁵.

L'articolo 15 prevede una clausola di salvaguardia. Si tratta di una disposizione con effetti limitati nel tempo e di natura non sistemica poiché l'eccezione prevista dalla clausola di salvaguardia non è giustificata dal punto di vista del regime giuridico generale della Direttiva. Si tratta dunque di una decisione più politica che giuridica -

²⁹ V. K. LANZ, *Fiscalità del risparmio: la nuova proposta di Direttiva e l'introduzione di misure equivalenti in Svizzera*, Rassegna di Fiscalità Internazionale, n. 6, 2002.

³⁰ Ad esempio, la Spagna ha posto una riserva d'applicazione del comma primo e secondo dell'articolo 15 all'entrata in vigore di un accordo bilaterale fra la Spagna e la Svizzera, relativo allo scambio di informazioni su richiesta nei casi di frode fiscale. La firma del protocollo di modifica della Convenzione contro la doppia imposizione fra la Spagna e la Svizzera è avvenuta il 29 giugno 2006, data di applicazione dello scambio di informazioni. Il protocollo è entrato in vigore il 1° marzo 2007, e pertanto le nuove aliquote di ritenute alla fonte per dividendi ed interessi sono applicabili dal 1° giugno 2007. Per le altre materie la data d'applicazione è il primo gennaio 2008. Altrettanto succede in Germania, dove le questioni relative all'art. 15 (2) che rimanevano in sospeso, sono in vigore dal primo gennaio 2007 (Sekt. 50g (6) dell'*Einkommensteuergesetz*) per quel che riguarda i canoni.

³¹ Accordo tra la Comunità europea e la Confederazione svizzera che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 385 del 29.12.2004, p. 30.

³² V. A. KURT, *Bilaterales II: Dossier de la fiscalité de l'épargne. Les intérêts de la place financière préservés*, Dossierpolitique, n. 36/1, Economiesuisse; V. X. OBERSON, *Coordination entre l'Union européenne et la Suisse de l'imposition des revenus de l'épargne*, Journal des Tribunaux, n. 6053, 2002; et «accord politique sur la fiscalité de l'épargne», Swissinfo del 22 gennaio 2003, www.swissinfo.org

³³ V. art. 19.

³⁴ V. art. 17.

³⁵ Decisione del Consiglio del 19 luglio 2004, GUCE L 257, del 4 agosto 2004, p. 7.

fortemente voluta dal Regno Unito - con lo scopo di evitare una fuga di capitali verso altri centri finanziari internazionali³⁶. Questa esclusione tocca anche l'obbligo dello scambio d'informazioni. Infine, l'art. 15 paragrafo 1 permette di estendere l'efficacia della clausola di salvaguardia anche oltre il 31 dicembre 2010. Questo come conseguenza del fatto che la durata del periodo di transizione è assoggettata ad una condizione risolutiva stabilita nell'articolo 17. Ciò consente alla nostra analisi d'approfondire anche il termine di conclusione del periodo di transizione. Il paragrafo 2 dell'articolo 10 stabilisce che *"il periodo transitorio termina alla fine del primo esercizio tributario successivo all'ultima delle seguenti date:*

- la data di entrata in vigore di un accordo tra la Comunità Europea, a seguito di una decisione all'unanimità del Consiglio, e l'ultimo dei seguenti Paesi: Confederazione svizzera, il Principato del Liechtenstein, la Repubblica di San Marino, il Principato di Monaco ed il Principato d'Andorra e che prevede lo scambio d'informazioni su richiesta, come definito nel modello di accordo dell'OCSE del 18 aprile 2002, riguardo ai pagamenti d'interessi, come definiti nella presente Direttiva, corrisposti da agenti pagatori stabiliti nei rispettivi territori a beneficiari effettivi residenti nel territorio in cui si applica la Direttiva, oltre all'applicazione simultanea da parte degli stessi Paesi di una ritenuta alla fonte su tali pagamenti ad un'aliquota definitiva per i periodi corrispondenti di cui all'art. 11, paragrafo 1,

- la data in cui il Consiglio conviene all'unanimità che gli Stati Uniti d'America si sono impegnati a procedere allo scambio di informazioni su richiesta come definito nel modello di accordo dell'OCSE riguardo ai pagamenti d'interessi, quali definiti nella presente Direttiva, corrisposti da agenti pagatori stabiliti sul loro territorio a beneficiari effettivi residenti nel territorio in cui si applica la Direttiva".

Gli Stati membri non hanno voluto un sistema classico di periodo transitorio come quello stabilito nel progetto di Direttiva "risparmio" del 2001³⁷. Si è invece preferito il sistema attuale, legato ad una condizione risolutiva. Questo sistema è stato stabilito per mantenere il segreto bancario in tre SSMM³⁸. La fine del periodo di transizione è sottomessa ad una doppia condizione: da una parte, alla conclusione degli accordi con gli Stati terzi sullo scambio d'informazione su richiesta, in ciò che riguarda i pagamenti d'interessi; dall'altra parte alla firma di un tale accordo con gli Stati Uniti.

Gli Stati terzi di cui all'art. 17 si sono impegnati alla conclusione di questi accordi sullo scambio d'informazioni, su richiesta, nei loro rispettivi accordi internazionali con l'UE³⁹.

Rispetto allo scambio d'informazioni con gli Stati Uniti, esistono già delle convenzioni che seguono il Modello OCSE con gli SSMM. Queste convenzioni prevedono lo scambio di informazioni nell'art. 26⁴⁰. Per questo motivo l'amministrazione Bush aveva annunciato

³⁶ INLAND REVENUE, *International bonds and the draft directive on taxation of savings*, A paper by the United Kingdom, HM Treasury, settembre, 1999.

³⁷ Il progetto stabilisce un periodo transitorio di sette anni, cf. art. 10 della Proposta di Direttiva del Consiglio intesa a garantire un'imposizione effettiva sui redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi all'interno della Comunità, COM (2001) 400, del 18 luglio 2001, p. 13.

³⁸ V. S. SCARNA, *Le secret bancaire: chronique d'une mort annoncée?*, Revue Générale de Fiscalité, n. 2, février 2004, p. 7.

³⁹ V. *supra* note a piè di pagina da 33 a 36.

⁴⁰ V. G. COMI et G. GIGANTINO, *La Direttiva UE sulla tassazione dei redditi da risparmio: ritorno al passato tra questione ancora aperte e prospettive future*, Fiscalità Internazionale, n. 1, 2003, pp. 665-666.

l'intenzione di non adottare delle misure equivalenti⁴¹. Tuttavia questi accordi non sono specifici per il pagamento di interessi e l'amministrazione americana non dispone di questo tipo di informazione⁴². Occorre precisare che dopo gli attentati di New York, gli Stati Uniti hanno favorito lo scambio d'informazioni nel campo penale sia sul riciclaggio di denaro sia sulle attività del crimine organizzato. Questi tipi di misure rientrano tra quelle elaborate dall'OCSE contro i territori che hanno un'opacità totale d'informazione. Nel campo della cooperazione fiscale le cose stanno in maniera diversa. Esiste una forte lobby negli Stati Uniti che non vuole lo scambio di informazioni con l'Europa perché pensa che non sia una buona politica, visto che potrebbe essere allargata ad altri Paesi, e che diminuirebbe la concorrenza sui mercati finanziari e la concorrenza fiscale, considerata come un elemento positivo⁴³. Si esaminerà questo più in dettaglio nel prossimo capitolo relativo al periodo di transizione.

Il Consiglio Ecofin ha dichiarato che il Capitolo III della Direttiva (periodo transitorio) non è applicabile ai dieci nuovi Stati membri con l'eccezione degli articoli 14 e 15 (misure per eliminare la doppia imposizione e clausola di salvaguardia)⁴⁴.

L'art. 18 prevede che ogni tre anni la Commissione presenti un rapporto al Consiglio sul funzionamento della Direttiva. All'occorrenza, sulla base di questi rapporti, la Commissione proporrà al Consiglio le modifiche necessarie.

4. Il periodo di transizione

4.1 Introduzione

La Direttiva stabilisce una deroga al regime generale per tre Stati membri. Questa deroga consiste nell'applicazione di una ritenuta alla fonte al posto di comunicare l'informazione. È applicabile in Belgio, nel Lussemburgo ed in Austria per un periodo di tempo che ha cominciato a decorrere dal primo luglio 2005.

⁴¹ Cf. «The end of Europe's Savings Tax Cartel», *The Wall Street Journal*, 25 luglio 2002.

⁴² Cf. art. 26 del Modello di Convenzione dell'OCSE.

⁴³ «The Center for Freedom and Prosperity Foundation, joined by more than 30 of the country's largest and most influential free-market groups, urged Treasury Secretary John Snow to immediately withdraw the Internal Revenue Service (IRS) regulation "first proposed by the Clinton Administration three days before President Bush's first inauguration over five years ago." The proposed rule (Reg 133254-02) would force U.S. banks to report deposit interest paid to non resident aliens (...) Daniel Mitchell of the Heritage Foundation added, "The Clinton-era IRS regulation represents bad tax policy, bad regulatory policy, bad privacy policy, and bad economic policy. It should have been withdrawn the day President Bush was inaugurated, but the principle of better-late-than-never certainly applies to this misguided proposal (...) Veronique de Rugy of the American Enterprise Institute added, "If other countries are worried that their taxpayers are sending money to American banks, they should reduce their tax rates and reform their tax regimes. Excessive tax burdens are the problem, and it is not the job of American banks to enforce the bad tax laws of other nations», dans «Coalition for Tax Competition Urges Immediate Withdrawal of Proposed Clinton-Era IRS Regulation», CFPF, 202-285-0244, 22.03.2006; «The European Union savings tax directive is about as effective as a leaky bucket. To protect themselves from onerous tax burdens, investors are shifting money into non-taxable forms or taking their money out of Europe. The European Commission wants to solve this problem by bullying more jurisdictions into joining the tax cartel. This almost surely is a fool's errand. The United States already rejected any form of participation, and it is inconceivable that Hong Kong and Singapore would be foolish enough to damage their own economies just to help enforce the bad tax laws of Europe's welfare states», in «Europe's tax-addicted governments seek to extend savings tax cartel», Center for Freedom and Prosperity Foundation, 22.03.2006.

⁴⁴ Addendum al progetto di processo-verbale della 2513 sessione del Consiglio Ecofin, Lussemburgo 3 giugno 2003, DOC 10173/03 ADD 1 (PV/CONS 38; ECOFIN 179), Bruxelles, 25 giugno 2003, pp. 4 e 5.

Questa deroga ha la sua origine nell'esistenza del segreto bancario negli SSMM menzionati. Questo principio protettivo è riconosciuto nella costituzione austriaca, in una legge costituzionale in Belgio ed in una legge ordinaria in Lussemburgo. Questi Paesi hanno da sempre una forte tradizione in materia di segreto bancario.

Nei negoziati della Direttiva risparmio, il Regno Unito ha difeso lo scambio d'informazione come migliore soluzione per la tassazione del risparmio rispetto all'applicazione di un'aliquota proporzionale⁴⁵. Gli SSMM con segreto bancario avevano accettato di discutere i principi della Direttiva, ma soltanto a condizione che, cinque Stati terzi, concorrenti europei, la avessero a loro volta accettata. In questo stato di cose, gli attentati del 2001 negli Stati Uniti hanno provocato un cambiamento d'opinione in seno all'OCSE circa la necessità di promuovere uno scambio d'informazioni più elevato a livello internazionale. Quest'ultimo avvenimento ha aiutato sicuramente il completamento della Direttiva.

L'accordo finale consiste in un periodo transitorio durante il quale è prevista una deroga al sistema generale dello scambio d'informazioni per tre Stati membri, cinque Stati terzi europei e sei territori dipendenti o associati. La Commissione intende negoziare un'estensione del campo di applicazione territoriale anche con Hong Kong e Singapore⁴⁶. In tutti questi territori, anziché effettuare lo scambio d'informazioni, si applica una ritenuta alla fonte.

4.2 Regime generale

4.2.1 Ritenuta alla fonte e ripartizione delle entrate tributarie

L'articolo 10 della Direttiva stabilisce che nel periodo di transizione, cominciato il 1° luglio 2005, il Belgio, il Lussemburgo e l'Austria non sono tenuti ad applicare lo scambio d'informazioni ma sono tenuti a prelevare una ritenuta alla fonte del 15% durante i primi tre anni, del 20% dal 1° luglio 2008 e del 35% a partire dal 1° luglio 2011⁴⁷. Questi paesi hanno tuttavia il diritto di ricevere informazioni degli altri Stati membri, conformemente al capitolo II della Direttiva.

L'articolo 11 paragrafo 2 si occupa del prelevamento della ritenuta dall'agente pagatore in funzione della categoria d'interessi:

a) nel caso di pagamento di interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, punto a): sull'importo degli interessi pagati o accreditati;

b) nel caso di pagamento d'interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, punto b) o d): sull'importo degli interessi o dei redditi previsti alle lettere in questione o tramite un prelievo d'effetto equivalente a carico del destinatario sull'importo dei proventi della cessione, del riscatto o del rimborso;

c) nel caso di pagamento di interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera c): sull'importo dei redditi previsti alla lettera in questione;

⁴⁵ V. R. FORT, «E.U. Interest and Savings Directive: Impact on the United Kingdom», Tax Planning International EU Focus, 04/05, p.19.

⁴⁶ «The European Commission says it would like to persuade authorities in these other jurisdictions to comply with tax agreements. "They would like to extend the measure to include Singapore and Hong Kong," Germano Mirabile at the Commission said», «Revenue widens its scrutiny of offshore funds», Financial Times, 17 marzo 2006, in www.ft.com.

⁴⁷ V. art. 11.

d) per un pagamento di interessi ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 4: sull'importo degli interessi attribuibile a ciascuno dei membri dell'entità di cui all'articolo 4, paragrafo 2 che soddisfano le condizioni di cui all'articolo 1, paragrafo 1, e all'articolo 2, paragrafo 1;

e) qualora uno Stato membro eserciti l'opzione di cui all'articolo 6, paragrafo 5: sull'importo degli interessi annualizzati".

In altre parole, la nozione di interessi ai sensi della Direttiva è vasta ed ingloba sia gli interessi percepiti direttamente in rapporto coi crediti - punto a) e b) - sia gli interessi ottenuti indirettamente da certi fondi di investimento collettivo - punto c), e d).

Interessi diretti:

a) Sono considerati come interessi, gli interessi pagati o accreditati su un conto, relativi a crediti di qualsivoglia natura, in particolare i redditi dei titoli del debito pubblico e i redditi prodotti dalle obbligazioni, compresi i premi connessi a tali titoli o obbligazioni. La ritenuta si applica sull'importo degli interessi pagati o accreditati.

b) Gli interessi maturati o capitalizzati alla cessione, al rimborso o al riscatto dei crediti sono ugualmente coperti dalla Direttiva. È in particolare il caso della parte di sconto dei titoli a sconto; della differenza tra i prezzi d'emissione e di rimborso per le obbligazioni rimborsabili al di sotto della pari così come gli interessi anatocistici maturati ottenuti su interessi periodici al momento dell'alienazione. La ritenuta si applica sull'importo degli interessi o per un prelevamento di effetto equivalente (*pro rata temporis*), a carico del destinatario sull'importo totale del prodotto della cessione, del riscatto e del rimborso.

Interessi indiretti:

c) Sono considerati come interessi, le distribuzioni effettuate da fondi di investimento. Secondo la Direttiva, ci può essere una regola *de minimis* per i fondi che hanno investito meno del 15% in prodotti finanziari che generano interessi⁴⁸. Tecnicamente si tratta di un caso di redditi non soggetti a tassazione (secondo la Direttiva). La ritenuta si applica sull'importo dei redditi pagati.

d) I redditi realizzati alla cessione, al rimborso o al riscatto di partecipazioni o quote nei fondi di investimento sono ugualmente sottoposti alla Direttiva nel momento in cui i fondi investono più del 40% dei loro attivi (a partire dal 1° gennaio 2011, il 25%), in investimenti che generano degli interessi ai sensi della Direttiva. La ritenuta si applica sull'importo degli interessi, o tramite un prelevamento d'effetto equivalente (*pro rata temporis*), a carico del destinatario sull'importo totale del prodotto della cessione, del riscatto o del rimborso.

Secondo l'art. 12, gli SSMM che applicano la ritenuta alla fonte, conservano il 25% del gettito di questo tributo, per le spese d'applicazione e gestione della ritenuta, e ne trasferiscono il 75% allo SM di residenza del beneficiario effettivo. Questi trasferimenti hanno luogo al più tardi nei sei mesi che seguono la fine dell'esercizio fiscale dello Stato membro dell'agente pagatore.

⁴⁸ V. Comma 6 dell' art. 6. Tutti gli Stati che applicano la ritenuta hanno previsto la deroga secondo la regola *de minimis*.

4.2.2 Trattamento dei derivati e degli strumenti finanziari ibridi, composti, o strutturati.

La nozione di prodotti finanziari ‘derivati’ a rigore ingloba le *options*, i *forwards*, i *futures* e le *swaps*⁴⁹. In un senso più ampio, tuttavia, l’insieme degli strumenti di cui l’evoluzione del valore dipende interamente, o in parte, da quella del valore dello strumento sottostante (*underlying*) fanno parte dei cd. ‘derivati’. Secondo la Direttiva i derivati non generano interessi⁵⁰.

Gli strumenti finanziari ibridi e strutturati sono ripartiti in tre gruppi: i derivati a capitale protetto, i certificati ed i *reverse convertibles*.

4.2.2.1 Strumenti a capitale protetto

Prestiti ad opzione e prestiti convertibili: in questo caso vengono presi in conto solo gli eventuali interessi periodici, il *disaggio* d’emissione o l’*aggio* di rimborso.

Derivati a capitale protetto: fanno parte degli strumenti finanziari strutturati. Risultano in generale dalla riunione in un solo prodotto di un investimento monetario e di un derivato. Per questi strumenti, un valore minimo è garantito all’investitore al momento del rimborso. Il valore dello strumento e delle eventuali distribuzioni è essenzialmente in funzione all’evoluzione del valore del riferimento al quale si riferisce il derivato.

In principio, i derivati a capitale protetto sono considerati nella loro interezza come i derivati. Non generano interessi ai sensi della Direttiva. Quando delle distribuzioni legate a dei derivati a capitale protetto sono effettuate per mezzo di titoli separati, questi importi fissi predeterminati e garantiti sono considerati come interessi. Le obbligazioni a tasso d’interesse variabile non sono considerate come derivati a capitale protetto. L’interesse variabile è sottoposto alla Direttiva.

4.2.2.2 Certificati

I certificati sono dei derivati in cui l’evoluzione del valore dipende direttamente (senza effetto moltiplicatore), da quella del valore di uno strumento sottostante. Non sono assistiti da una protezione del capitale.

Certificati su indici d’azioni (borsistici) o pacchetti d’azioni: i certificati su indici e su paniere sono considerati come derivati e non generano interessi ai sensi della

⁴⁹ V. fra le altre, la Circolare relativa all’applicazione dell’Accordo sottoscritto il 7 dicembre 2004 dalla Repubblica di San Marino con la Comunità Europea e della Legge 25 maggio 2005, n. 81, del 15 giugno 2005, Prot. n. 6244/UT/7-15/06/2005-17-02, pp. 25-28; *Hybrid Financing*, Bureau Francis Lefebvre, Loyens & Volkmaars, Oppenhoff & Rädler, Amsterdam, 1996, pp. 7 e ss; e M. HELMINEN, *Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments*, Bulletin IBFD, vol. 58, n. 2, 2004, pp. 56 e ss.

⁵⁰ Fonte per questo paragrafo: Circolare relativa all’applicazione dell’Accordo sottoscritto il 7 dicembre 2004 dalla Repubblica di San Marino con la Comunità Europea e della Legge 25 maggio 2005, n. 81, del 15 giugno 2005, Prot. n. 6244/UT/7-15/06/2005-17-02, pp. 25-28; e Confederazione svizzera, Amministrazione federale delle contribuzioni, *Le projet de Directive relative à la fiscalité de l’épargne de l’UE du 19 octobre 2004*, , punti 172-196, pp. 27-30.

Direttiva. Ciò si applica anche sui certificati che cadono su pacchetti di cui la composizione può essere modificata durante il corso della vita (*managed certificates*).

Certificati su indici obbligatori o pacchetti di obblighi: i certificati obbligatori sono considerati come derivati e non generano interessi ai sensi della Direttiva. I certificati su un'obbligazione isolata sono trattati come i LEPO vedere *infra* punto 4.2.2.5.

Certificati su fondi di investimento: i certificati su fondi sono considerati alla stessa stregua dei derivati e non generano interessi ai sensi della Direttiva.

4.2.2.3 *Reverse convertibles*

I *reverse convertibles* sono dei derivati di cui il rimborso si fa sia in contanti sia per consegna fisica di uno strumento sottostante. Il rimborso è effettuato in contanti, quando il corso dello strumento sottostante alla scadenza supera il prezzo d'esercizio predeterminato. Si ricorre ad una consegna fisica, quando il corso dello strumento sottostante è inferiore al prezzo d'esercizio. La remunerazione accordata, è fatta sotto forma di uno sconto (differenza tra il prezzo d'esercizio ed un prezzo d'emissione inferiore), o da pagamenti diagonali effettuati su titoli, che si compongono di due parti, il premio d'opzione e l'interesse. Generalmente queste due componenti sono presentate separatamente.

Le *reverses* convertibili sono considerate come obbligazioni. Gli interessi accreditati oltre al premio d'opzione sono considerati come interessi ai sensi della Direttiva. Se la componente d'interessi non è contabilizzata separatamente, l'insieme della remunerazione è considerato come un interesse.

Le *reverses* convertibili della durata di un anno non generano interessi ai sensi dell'accordo se non sono proceduti da pagamenti diagonali di buoni separati.

4.2.2.4 *Derivati strutturati su credito e su sinistro*

I derivati strutturati su credito senza protezione del capitale sono trattati come *reverse convertibles*, vedi sopra.

Per i derivati strutturati su credito senza protezione del capitale (*credit linked notes*), il premio di rischio deve essere assimilato al rischio di solvibilità del rischio di credito trasferito. L'insieme della remunerazione costituisce un interesse ai sensi della Direttiva.

4.2.2.5 *Low Exercise Price Options (LEPO)*

Generalmente la componente d'interessi contenuta nel premio (prezzo di opzione) non è contabilizzata separatamente (come per le opzioni classiche), e non è dunque sottomessa alla Direttiva.

LEPO su obbligazioni: i LEPO su un'obbligazione isolata sono considerati allo stesso modo dei derivati e non generano interessi ai sensi della Direttiva. Mentre,

quando l'emittente dell'opzione e l'emittente dell'obbligazione s'identificano nello stesso soggetto, l'investitore è trattato come se possedesse un'obbligazione, e lo sconto rientra nel campo d'applicazione della Direttiva.

4.2.2.6 *Prestito di titoli (securities lending)*

I versamenti a misura compensativa nell'ambito di un prestito a credito di titoli, anche se qualificati come interessi, non lo sono ai sensi della Direttiva.

4.2.2.7 *Operazioni di pronti contro termine (REPO)*

Gli interessi REPO (*repurchase agreements*) che sono pagati dal venditore dei titoli all'acquirente, sono considerati come interessi ai sensi dell'accordo. Gli interessi dovuti per la durata dell'operazione di pronti contro termine sui titoli trasferiti a garanzia devono essere rimborsati dalla controparte, conformemente all'impegno contrattuale. Questi versamenti compensatori non rientrano nella definizione di interessi ai sensi della Direttiva in esame.

4.2.2.8 *Swaps*

I versamenti effettuati tra le parti di un accordo di *swap* non sono considerati come interessi ai sensi della Direttiva, anche nel caso in cui si sia proceduto al pagamento d'interessi come nel caso di uno swap sui tassi d'interesse (*interest rate swap*).

4.2.3 *Eccezioni al sistema della ritenuta alla fonte*

L'articolo 13 stabilisce due procedure che permettono ai beneficiari effettivi di chiedere agli SSMM che prelevano la ritenuta alla fonte, che tale ritenuta non sia applicata. Gli SSMM sono liberi di scegliere una delle due procedure, o adottarle entrambe.

La prima di queste due procedure permette al beneficiario effettivo di autorizzare espressamente l'agente pagatore a comunicare delle informazioni conformemente al capitolo II (scambio d'informazioni).

La seconda consiste nel non prelevare la ritenuta, quando il beneficiario effettivo fornisce all'agente pagatore un certificato rilasciato a suo nome dall'autorità competente dello Stato membro di residenza fiscale. Questo certificato è valido al massimo per un periodo non eccedente tre anni. La Direttiva stabilisce l'informazione minima che deve contenere questo certificato, mentre le ulteriori regolamentazioni restano di competenza di ogni singolo SM.

È prevedibile che il numero dei contribuenti che scelgono la comunicazione dell'informazione al posto dell'applicazione della ritenuta aumenterà parallelamente all'elevazione dell'aliquota della ritenuta dal 15 al 35%.

4.2.4 Eliminazione della doppia imposizione.

Lo Stato membro di residenza del beneficiario effettivo è incaricato di eliminare tutte le doppie imposizioni che potrebbero risultare dal prelievo della ritenuta, secondo l'art. 14 paragrafo 1.

La possibilità dell'esistenza di una doppia imposizione è dovuta al fatto che l'art. 16 autorizza gli SSMM a prelevare ritenute alla fonte di tipo diverso da quello di cui all'art. 11, in conformità alla loro legislazione nazionale o ai sensi di convenzioni contro le doppie imposizioni. Questo riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni è stato criticato dalla dottrina⁵¹.

Nella pratica, alcuni Stati hanno cambiato la loro legislazione nazionale per non creare un'imposizione "a cascata". Così, hanno eliminato la ritenuta alla fonte interna sugli stessi redditi e deciso di applicare per prima la ritenuta della Direttiva e, successivamente, la propria ritenuta (se vi era ancora margine)⁵². Con l'occasione il Lussemburgo ha deciso di stabilire una nuova ritenuta del 10% per i propri residenti⁵³.

Il sistema previsto dalla Direttiva stabilisce un credito d'imposta per l'importo della ritenuta nello SM di residenza del beneficiario effettivo. La grande differenza col sistema di credito d'imposta esistente nel Modello OCSE è che nel sistema della Direttiva questo credito d'imposta non è limitato all'imposta dovuta nel paese di residenza. Esiste dunque, un diritto al rimborso dell'eccesso pagato nello Stato della fonte. Con questo sistema esiste la possibilità teorica che lo SM di residenza debba rimborsare al proprio contribuente un importo maggiore a quanto ricevuto dallo Stato della fonte soltanto nella misura del 75% (v. *supra* per la ripartizione del gettito)⁵⁴.

4.2.5 Campo di applicazione territoriale

Ai sensi dell'art.10, la ritenuta alla fonte si applica in tre SSMM: il Belgio, il Lussemburgo e l'Austria.

La ritenuta si applica anche in certi territori dipendenti o associati del Regno Unito e dei Paesi Bassi: Jersey, l'isola di man, Guernsey, Alderney e Herm⁵⁵, le isole Vergini britannici, le isole Turks e Caicos e le Antille olandesi. Aruba, Montserrat, Anguilla e le isole Cayman, invece, comunicano le informazioni.

⁵¹ Cf. L. LARKING, Another go at the Savings Directive, third time lucky?, *supra* nota 26, p. 230; e J. MALHERBE et O. HERMAND, Fiscalité européenne de l'épargne: une directive en attente, originale fornito dagli autori, p. 23. Questo studio è l'elaborazione di un intervento alla «Journée de Droit Bancaire et Financier» organizzata dai professori L. THEVENOT et C. BOVET ed è stato pubblicato tra gli Atti di questo convegno (Stämpfli), Berne.

⁵² Ad esempio il Belgio, cf. Art. 4 (3) Legge del 17 maggio 2004, "transposant en droit belge la directive 2004/48/CE et modifiant le Code des impôts sur les revenus 1992 en matière de précompte mobilier et de l'article 338bis, paragraphe 1^{er}, alinéa 4, 1^{er} tiret du Code des impôts sur les revenus 1992"; e F. VANISTENDAEL, The interest-savings directive: European hide and seek, *A Tax Globalist*, IBFD Publications, Amsterdam, 2005, p. 345.

⁵³ Cf. la Legge del 23 dicembre 2005 "portant introduction d'une retenue à la source libératoire sur certains intérêts produits par l'épargne mobilière", J.O.L. del 28 dicembre 2005, p. 3366.

⁵⁴ Cf. F. VANISTENDAEL, The interest-savings directive: European hide and seek, v. *supra* nota 53, p. 346.

⁵⁵ Queste due isole fanno parte degli States of Guernsey.

La ritenuta si applica anche negli Stati terzi partner: **Svizzera** (Accordo tra la Comunità Europea e la Confederazione Svizzera che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 385 del 29.12.2004, p. 30), **Monaco** (Accordo tra la Comunità Europea e il Principato di Monaco che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio, GUCE L 19 del 21.01.2005, p. 55), **Andorra** (Accordo tra la Comunità Europea e il Principato d'Andorra che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 359 del 04.12.2004, p. 33), **San Marino** (Accordo tra la Comunità Europea e la Repubblica di San Marino che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 381 del 28.12.2004, p. 33) e **Liechtenstein** (Accordo tra la Comunità Europea e il Principato del Liechtenstein che stabilisce misure equivalenti a quelle definite nella Direttiva 2003/48/CE del Consiglio in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi, GUCE L 379 del 24.12.2004, p. 83).

4.3. Studio comparato sulla legislazione che ha dato applicazione alla Direttiva e sugli accordi internazionali collegati

Tutti gli Stati che applicano la ritenuta includono gli interessi maturati a partire dal 1 luglio 2005. Applicano anche la regola del *pro rata* o al periodo di detenzione del credito. Gli stessi applicano le regole *de minimis* del 15/40%⁵⁶.

4.3.1 Gli Stati membri: il Belgio, il Lussemburgo e l'Austria.

La ritenuta in Belgio è chiamata "prelievo per lo stato di residenza" (PER) ed è applicata sull'importo degli interessi prima della ritenuta mobiliare belga (*précompte*). Questo SM ha annunciato l'intenzione di non applicare mai l'aliquota del 35% e passare prima allo scambio d'informazioni⁵⁷.

Il Lussemburgo ha deciso di applicare il trattamento delle OICVM a tutte le entità stabilite nel suo territorio. Ha deciso inoltre d'introdurre una ritenuta del 10% ai suoi residenti.

La legge austriaca di trasposizione fa riferimento alla definizione interna di interessi⁵⁸.

⁵⁶ «as an entity could actually deviate from the fund rules and the articles, the member states can implement further anti-abuse rules», J.C. BROUWER et G.J.W. KINNEGIM, What the EU Savings Directive means, *International Tax Review*, marzo 2003, p. 12.

⁵⁷ Colloquio con G. MIRABILE, cit.

⁵⁸ V. EU-*Quellensteuergesetz* BGBl. I Nr. 33/2004.

4.3.2 I territori dipendenti o associati: isola di Man, Jersey e Guernsey

Questi territori hanno optato per l'applicazione degli accordi, su base di reciprocità, agli agenti pagatori ed ai beneficiari effettivi non residenti in questi territori, che risiedono nella Comunità. Questo è di grande importanza rispetto ai trust, che possono entrare nel campo d'applicazione della Direttiva sia nell'art. 4 (2) come agente pagatore, sia come beneficiario effettivo all'art. 2 paragrafo 2, (*discretionary trust*)⁵⁹.

Questi territori hanno deciso di passare allo scambio d'informazioni alla fine del periodo transitorio.

L'isola di Man ha una ritenuta propria del 18%, ma per evitare una ritenuta totale del 33%, concede una deduzione fiscale nel caso in cui debba applicare la ritenuta della Direttiva. La ritenuta deve essere pagata in sterline.

La ritenuta è chiamata "retention tax" anziché "withholding tax" al fine di permettere una chiara distinzione tra il prelievo interno e quello effettuato in conformità ai principi delle "misure equivalenti" previste dalla Direttiva e per sottolineare che le *Islands* non sono parte dell'UE e, di conseguenza, non possono essere soggette all'applicazione della Direttiva (ma solo a misure fiscali interne equivalenti)⁶⁰.

L'accordo si applica anche per certe piccole isole dipendenti di Guernsey come Alderney e Herm. Non è chiaro perché la Direttiva non si applichi in altri territori dipendenti dal Regno Unito come le isole Bermuda⁶¹.

Le caratteristiche degli accordi con questo gruppo di Paesi sono, principalmente, l'assenza di sottoscrizione degli accordi su base di reciprocità, e l'assenza di qualsiasi forma di automatismo per l'abbandono del periodo di transizione. Tutti hanno creato anche un registro degli agenti pagatori. Per la Svizzera⁶², San Marino⁶³ e, in modo sussidiario, per il Liechtenstein⁶⁴, il rimborso di un premio assicurativo non è mai considerato come un pagamento di interessi, ma come un risarcimento pecuniario, non sottoposto alla ritenuta.

Gli interessi derivanti da crediti originati da debitori che risiedono in Svizzera sono esclusi dalla fiscalità del risparmio della Direttiva UE⁶⁵.

Rispetto all'imposizione alla fonte, quando un pagamento soggetto a ritenute alla fonte d'origine straniera, queste sono dedotte dell'importo a favore dell'UE. Se la ritenuta UE supera l'importo della ritenuta estera, solo la differenza è prelevata e versata.

⁵⁹ Con riguardo ai *trust* v. S.A. STILL, Compliance under the EU Savings Directive the Perspective UK, *Journal of International Taxation*, april 2004, p. 33.

⁶⁰ ISLE OF MAN, Guide To The European Savings Tax Directive, v. *supra* nota 25.

⁶¹ Cf. V. NAHMANY, M. GROB, S. JARRETT, M. J. MICHAELS et P. MARCOVICI, Implementation of E.U. Savings Directive in Dependant and Associated Territories of E.U. Member States: Part III, *Tax Planning International Review*, 03/2004, p. 13.

⁶² Cf. Directives relatives à la fiscalité de l'épargne de l'UE, v. nota 51, numero 157, p. 25.

⁶³ Cf. Circolare relativa all'applicazione dell'Accordo, v. nota 51, numero 117, p. 22.

⁶⁴ Perché il Lussemburgo ha fatto un rinvio alle norme Svizzere per tutti i particolari non coperti dal Codice, cf. «Code of practice for the EU savings tax», del 16 agosto 2005, Government decision RA 2005/1737-0701 del 23 agosto 2005, chiffre 1.

⁶⁵ Per evitare la doppia imposizione perché questi redditi sono tassati per una ritenuta svizzera del 35%.

Andorra applica la stessa procedura⁶⁶. Idem per il Liechtenstein con il “*Liechtenstein Couponsteuer*”⁶⁷ del 4% e così anche per Monaco⁶⁸.

La legislazione svizzera non fa più riferimento al periodo di transizione nel caso della clausola di salvaguardia. Il fatto che non vi sia nulla di equivalente all’articolo 10 della Direttiva fa pensare a qualche cosa di ben più stabile nel tempo.

La Svizzera ha dichiarato che alla fine del termine di dichiarazione, fissato per il 31 marzo 2006, l’amministrazione federale dei contributi aveva incassato un importo di 166,5 milioni di euro⁶⁹.

La legislazione della Repubblica di San Marino ha stabilito che per il *trust* costituito ai sensi della legge del 17 marzo 2005 n. 37, il *trustee* è considerato agente pagatore. Questo potrebbe creare dei problemi per il *discretionary trust*⁷⁰.

Il Codice Penale d’Andorra, approvato il 25 febbraio 2005, ha introdotto all’art. 248, “*frau fiscale et l’impost sobre le rendes dell’estalvi*”, la soluzione che era stata concordata all’art. 12 prima linea secondo capoverso dell’accordo, relativo allo scambio d’informazione su domanda.

5. Conclusioni

La Direttiva “risparmio”, al fine di stabilire una cooperazione nel campo della fiscalità degli interessi, ha creato in modo transitorio due sistemi: quello della comunicazione dell’informazione fiscale e quello della ritenuta alla fonte. La durata di questo regime transitorio, contrariamente alla regola classica limitata nel tempo, dipende dalla conclusione di accordi internazionali. La prima condizione, accordi con gli “Stati partner” sullo scambio d’informazione su domanda più una ritenuta alla fonte, è già stata soddisfatta.

La seconda condizione, lo scambio d’informazione su richiesta con gli Stati Uniti è in fase di conclusione, ma esiste una forte *lobby* che si oppone. Si prevede la fine del periodo transitorio, quando gli americani applicheranno l’articolo 26 del Modello OCSE alle ritenute provenienti da interessi. Questo potrà coincidere con un cambiamento al governo. Come abbiamo segnalato, esiste un progetto legislativo presentato all’epoca dell’amministrazione Clinton, al quale sono stati interposti ostacoli negli ultimi tempi. Di conseguenza, si può affermare che questa dualità di regimi, può arrivare ad una conclusione vicina nel tempo, ma dipendente dalle scelte americane.

Un tale completamento avrà delle conseguenze nei diritti interni belga ed austriaco. Questi due SSMM dovranno infatti modificare le loro disposizioni relative al segreto bancario per passare al sistema dello scambio di informazione. Ciò necessiterà un cambiamento a livello costituzionale. Tuttavia, dati gli impegni comunitari presi, questi cambiamenti dovranno comunque essere compiuti.

⁶⁶ Cf. Art. 8 (3) de la Legge n. 11/2005, del 13 giugno, *d’aplicació de l’Acord entre el principat d’Andorra i la Comunitat Europea*, BOPA (Butlletí Oficial del Principat d’Andorra), n. 58 du 30.06.2005, p. 2780.

⁶⁷ Art. 3 (3) dell’Accordo con il Liechtenstein.

⁶⁸ Cf. Art. 6 (3) de la *Ordonnance Souveraine* n° 101 du 20 juin 2005, *Journal de Monaco*, n° 7709 du 24.06.2005; e allegato I.

⁶⁹ Fonte: *Retenue d’impôt UE: résultats définitifs de la période 2005*, DFF, 29.06.2006.

⁷⁰ V. *supra* nota 60.

La Direttiva utilizza delle categorie giuridiche proprie, differenti da quelle esistenti nei diritti interni degli Stati membri. È probabile che si vada incontro a problemi d'applicazione della Direttiva per quanto riguarda il *trust*, perché questa figura può creare confusione, in particolare con riguardo alla distinzione tra agente pagatore e beneficiario effettivo.

Questa scelta comunitaria può creare dei problemi nel rapporto tra il diritto comunitario ed il diritto internazionale fiscale in materia di redditi derivanti da *interessi*. Tre diversi Stati possono trovarsi implicati nella tassazione di questo tipo di redditi: sia due Stati della fonte differenti (uno secondo i principi del diritto internazionale ed un altro secondo il diritto comunitario), sia lo Stato della fonte, lo Stato del pagamento effettivo ed infine quello della residenza.

La Direttiva "risparmio" risponde più ad una logica di cooperazione nel campo della lotta all'evasione fiscale e contro la concorrenza fiscale dannosa che ad un meccanismo d'armonizzazione.

Malgrado le critiche fatte in quest'articolo, pensiamo che questa Direttiva sia uno dei migliori strumenti possibili per raggiungere la finalità della lotta contro l'evasione e la frode fiscale in questo campo. È uno dei migliori strumenti possibili perché ha raggiunto l'approvazione ad unanimità in seno al Consiglio, ed è per questo che il processo di completamento della Direttiva "risparmio" si è prolungato per quasi 20 anni. È anche vero che questa norma, come abbiamo indicato, è migliorabile.

Per concludere, una raccomandazione *de lege ferenda*. Introdurre un ventaglio di aliquote d'imposta, come nell'IVA, eviterebbe la volatilità dei capitali ed aiuterebbe ulteriormente la lotta contro la concorrenza fiscale dannosa.

