



SAPIENZA UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI TEORIA DELLO STATO

RIVISTA DI DIRITTO
TRIBUTARIO INTERNAZIONALE
INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

3

2008

settembre/dicembre

Fondata da • Founded by
Giovanni Puoti

Diretta da • Directed
GIOVANNI PUOTI

*Professore di Diritto tributario italiano
e internazionale nell'Università
«La Sapienza» di Roma
nell'Università «Luiss» di Roma*

ANDREA AMATUCCI

*Professore di Diritto finanziario
e di Diritto tributario internazionale
nell'Università «Federico II» di Napoli*

ISTITUTO POLIGRAFICO E ZECCA DELLO STATO



LIBRERIA DELLO STATO



Sezione I – Dottrina

Section I – Academic essays

MERCEDES RUIZ GARIJO

La lucha contra el fraude carrusel en el derecho tributario español 3

La lotta contro la frode carosello nel diritto tributario spagnolo 29

ELENA MANZANO SILVA

El principio de suficiencia financiera regional en los ordenamientos español e italiano 55

Il principio di autosufficienza finanziaria regionale negli ordinamenti spagnolo ed italiano 77

MARCO D'ABBRUZZO AND MARIA TERESA MONTEDURO

The consequences of the introduction of a single consolidated tax base for the groups of companies operating within the eu: The application for Italy of different apportionment formulas 99

Gli effetti dell'introduzione di una base imponibile unica consolidata per gruppi di imprese operanti nell'ue: l'applicazione di diverse formule di apportionment per l'Italia 111

PIERGIORGIO VALENTE

2008 OECD Model Convention Modifications to articles and Commentary 125

Modello di Convenzione ocse 2008 – Modifiche agli articoli e Commentario 153

Sezione II – Documenti commentati

Section II – Commented documents

Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV

European Court of Justice – Grand Chamber – Judgment May 20th 2008 – Case C-194/06 – Pres. Skouris – Rel. Levits

Concession granted to a fiscal investment enterprise on account of tax deducted at source by another State from dividends received by that enterprise – Restriction of that concession to the amount that a shareholder resident in the Member State of establishment of that enterprise who has made an investment without such an enterprise acting as intermediary could have had credited to income tax on the basis of a convention for the prevention of double taxation – Restriction of that concession by reference to the shares of non-resident shareholders in the capital of that enterprise Free movement of capital – Restrictions – Tax legislation – Corporation tax – Taxation of dividends received by collective investment enterprises Free movement of capital – Restrictions on movements of capital to or from third countries – Restrictions on capital movements involving direct investment which existed on 31 December 1993 – Meaning of 'direct investment' Free movement of capital – Restrictions – Meaning – Same interpretation with regard to relations with third countries and within the Community – Limits 183

ANDREA CATASTI

The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?

184

Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV

Corte di Giustizia delle Comunità europee - Grande Sezione - Sentenza 20 maggio 2008 - Causa C-194/06 - Pres. Skouris - Rel. Levits
Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Legislazione fiscale - Imposta sulle società - Tassazione dei dividendi versati a fondi di investimento - Concessione di una compensazione per l'imposta trattenuta alla fonte sui dividendi di origine straniera - Limitazione all'importo che può essere imputato da una persona fisica residente in virtù di una convenzione contro la doppia imposizione conclusa con lo Stato membro di imposizione alla fonte - Ammissibilità

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Legislazione fiscale - Imposta sulle società - Tassazione dei dividendi versati a fondi di investimento - Concessione di compensazione per l'imposta trattenuta alla fonte sui dividendi di origine straniera - Riduzione della compensazione proporzionalmente alla quota di capitale di questi organismi detenuta da non residenti - Inammissibilità - Giustificazione - Insussistenza

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione o provenienti da paesi terzi - Le restrizioni ai movimenti di capitali che comportano investimenti diretti in vigore il 31 dicembre 1993 - Definizione di investimenti diretti - gli investimenti utilizzati per creare o mantenere diretti e duraturi rapporti tra il finanziatore e la società che riceve i fondi per l'esercizio di attività economica - Inclusione

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Nozione - Interpretazione identica nei rapporti con i paesi terzi e all'interno della Comunità - Restrizioni

205

ANDREA CATASTI

La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?

206

Italy - Italian Revenue Agency - Central Tax Provisions and Litigation Department (Agenzia delle Entrate - Direzione Centrale Normativa e Contenzioso) - Resolution n. 128 of 3 april 2005

Article 12, paragraphs 1 and 2 of Double Taxation Convention with France - Concurrent taxation - Royalties are taxed in the State in which they arise at a facilitated rate of 5%.

Article 12, paragraph 4 of Double Taxation Convention with France - Definition of royalty - The provisions of Article 12 apply only to the cases expressly referred to.

Article 23, paragraph 2, letter c) of the Italian Consolidated Act on Income taxes (TUIR) - Royalties paid to non-residents in consideration for the use of intellectual works - Taxation in Italy.

Article 25, paragraph 4 of DPR 600/1973 - Withholding tax on royalties paid to non-residents in consideration for the use of intellectual works - Standard tax rate of 30%.

- Resolution No. 169 of 30 July 1997 – Distinction between the acquisition of computer software for mere personal use and the acquisition of computer software for reproduction and marketing purposes – Only payments made in consideration for the reproduction and marketing of the software are classified as royalties.* 227
- CIRIACO R. PETRILLO**
The application of withholding tax on software 227
- Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso – Risoluzione 3 aprile 2008, n. 128**
Articolo 12, paragrafi 1 e 2 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con la Repubblica francese – Tassazione concorrente – Tassazione nel Paese di provenienza del compenso con aliquota agevolata del 5%.
Articolo 12, paragrafi 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con la Repubblica francese – Definizione di royalty – Applicazione dell’articolo 12 soltanto ai casi indicati.
Articolo 23, secondo comma, lettera c), del TUIR – Luogo di produzione dei compensi per l’utilizzazione delle opere dell’ingegno corrisposti a soggetti non residenti – Tassazione in Italia
Articolo 25, quarto comma, del DPR 600/1973 – Ritenuta sui compensi per l’utilizzazione delle opere dell’ingegno corrisposti a soggetti non residenti – Tassazione ordinaria del 30%
Risoluzione 30 luglio 1997, n. 169 – Distinzione tra acquisto di software finalizzato al puro utilizzo personale e acquisto destinato alla riproduzione e commercializzazione – Compenso qualificato di royalty soltanto nel caso di riproduzione e commercializzazione 237
- CIRIACO R. PETRILLO**
Il software e l’applicazione della ritenuta alla fonte 237
- Italy – Italian Revenue Agency – Central Tax Provisions and Litigation Department (Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso) – Resolution n. 128 of 3 april 2005**
Articles 167 and 168 of the Italian Consolidated Text on Income Taxes T.U.I.R. (D.P.R. No. 917 of 22 December 1986) – Provisions on controlled foreign companies
Use of a trust in the chain of ownership– Not relevant for the purpose of the control test Article 11 of Law 27 July 2000 (Taxpayers’ Bill of Rights) – Request for a CFC ruling 247
- MARIO DEL VAGLIO AND GIOVANNI PAUDICE**
The use of a trust in the C.F.Cs’ chain of ownership: observation on a recent tax authority notice 247
- Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso – Risoluzione 23 ottobre 2008, n. 400**
Articoli 167 e 168 T.U.I.R. (D.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917) – Disposizioni in materia di imprese estere controllate e collegate.

Indice

Utilizzo di un trust nella catena di controllo – irrilevanza ai fini della realizzazione dei requisiti del controllo e del collegamento.
 Articolo 11, legge 27 luglio 2000 (Statuto dei diritti del Contribuente) - Istanza di interpello finalizzata alla disapplicazione della normativa C.F.C. 253

MARIO DEL VAGLIO AND GIOVANNI PAUDICE
 L'utilizzo del trust nella catena di controllo delle C.F.C.: note a margine di una recente risoluzione ministeriale 253

Sezione III – Appunti e rassegne

Section III – Notes and surveys

LÁSZLÓ KOVÁCS
 Keynote speech at the Congress of the International Fiscal Association – 31 August 2008 263

Discorso di apertura al Congresso dell'International Fiscal Association – 31 agosto 2008 269

JACQUES MALHERBE, EDOARDO TRAVERSA, MARIE CENTNER E MARIE-ALINE PEETERMANS
 International Fiscal Association IFA - 62ème Congrès (Bruxelles - 31.08.2008 - 4.09.2008) 275

International Fiscal Association IFA - 62ème Congrès (Bruxelles - 31.08.2008 - 4.09.2008) 289

JACQUES MALHERBE, AGOSTINO ENNIO LA SCALA
 Institut Latino-Americain de droit fiscal (ILADT) – Congres d'Octobre 2008 303

Instituto latino-americano di diritto tributario (ILADT) – Conferenza dell'ottobre 2008 307

MASSIMO DAFANO
 Il ruolo della Corte di Giustizia UE in una fase di crisi del modello sovranazionale (“Colloquio Altiero Spinelli” con Antonio Tizzano. Roma, Sede ANSA, 28 novembre 2008) 311

ECJ's role in a period of difficulties of multi-lateral international relationships 311

Opinion Statement of the Confédération Fiscale Européenne (CFE) Fiscal Committee on the European Commission's proposal of directive and action plan to better combat VAT fraud 319

Parere del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE) sulla proposta di direttiva e sul piano d'azione della Commissione Europea per migliorare la lotta contro le frodi IVA 323

SEZIONE I
DOTTRINA
Academic essays



La lucha contra el fraude carrusel en el derecho tributario español

Mercedes Ruiz Garijo*

SUMARIO: I. Introducción; II. Justificación de la medida; III. Antecedentes en Derecho Comparado: la sentencia *Federation of Technological Industries* y otros, de 11 de mayo de 2006; IV. Ámbito objetivo, subjetivo y alcance de la responsabilidad; V. Problemas de derecho comunitario; 1. El principio de proporcionalidad. La presunción como presupuesto de la responsabilidad; A) El precio anómalo; B) Idoneidad del uso de presunciones en la lucha contra el fraude fiscal; 2. El principio de interdicción del abuso de derecho; A) Introducción; B) Concepto y requisitos del abuso de derecho. Los montajes puramente artificiales; 3. El derecho a la deducción del IVA soportado; VI. Algunas alternativas a la utilización de este supuesto de responsabilidad. En especial, las experiencias británica, austriaca y alemana; 1. Primera alternativa: generalización de la regla de inversión del sujeto pasivo. El caso de Austria y Alemania; 2. Segunda alternativa: la regla de inversión del sujeto pasivo para determinados sectores. El caso de España y Reino Unido; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

I. Introducción

La Ley 36/2006, de medidas de prevención del fraude fiscal contempla determinadas figuras cuya finalidad parece ser, según el legislador, prevenir el fraude fiscal actual y que parece preocupar al legislador con más intensidad que en otros tiempos.

Se trata de una ley ambiciosa que recoge un gran número de medidas (pretendidamente preventivas). Algunas tienen una trascendencia práctica reseñable (como los dos nuevos supuestos de responsabilidad), otras van a tener, en nuestra opinión, un alcance muy limitado como la obligación de identificar la referencia catastral de los bienes inmuebles en los contratos de suministro.

Se pudiera decir que, también, es una «ley-catálogo». En ella resulta llamativa la ausencia de una definición clara de fraude fiscal. En nuestra opinión esta labor es fundamental en una sociedad como la actual. En el ámbito del fenómeno de la globalización la búsqueda constante de una cierta invisibilidad de las fronteras nacionales ha provocado que las Haciendas de los Estados se hayan visto perjudicadas. De este modo, también se pudiera hablar de un fraude fiscal globalizado: el fraude fiscal que se trata de combatir por los poderes públicos en una economía globalizada se nutre también de sus ventajas e inconvenientes y, lógicamente, presenta características que no son exclusivas de un único Poder Tributario. Esto debería obligar a que los Estados afectados se pudieran de

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario Universidad Rey Juan Carlos.

acuerdo acerca de los caracteres de fraude que pretenden combatir¹. En el ámbito comunitario estas divergencias han dado lugar a una interesante doctrina del TJCE sobre cláusulas antiabuso, a la que más adelante haremos referencia y que, sin embargo, aún no ha sido incorporada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Dentro de las medidas contenidas en la ley del 2006, el legislador español ha vuelto a ver en la figura de la responsabilidad tributaria la solución a una serie de maniobras fraudulentas que se producen, especialmente, en el ámbito empresarial. Se crean dos nuevos supuestos de responsabilidad tributaria. El primero, por levantamiento del velo, que se incorpora al propio texto de la Ley General Tributaria y el segundo el ya conocido supuesto de responsabilidad tributaria por precio anómalo. En la primera impresión del mismo surge ya un cierto desconcierto dado que con este nuevo precepto la Administración Tributaria va a poder exigir el impuesto una serie de sujetos que, en la mayoría de los casos, son totalmente ajenos a la obligación tributaria (y totalmente ajenos, por tanto, al contribuyente defraudador). Y todo ello en base a una presunción legal. Las consecuencias son preocupantes. Aunque con la nueva Ley General Tributaria el responsable tiene un derecho de reembolso frente al deudor principal, al tratarse de responsabilidad subsidiaria (que requiere declaración de fallido del contribuyente) este derecho tiene pocos visos de prosperar. Como advirtió el profesor Calvo Ortega (2003) la LGT ha decidido desconocer el principio de no indiferencia de los sujetos pasivos en lugar de haber prestado su poder administrativo al sujeto que ejercita la acción de regreso con objeto de facilitarle el restablecimiento patrimonial. Por otro lado, si lo que se quiere es sancionar, la responsabilidad tributaria no es la técnica más adecuada, tal y como ha advertido la doctrina² e incluso el TJCE.

El nuevo art. 87.Cinco de la LIVA reza de la siguiente manera:

«1. Serán responsables subsidiarios de las cuotas tributarias correspondientes a las operaciones gravadas que hayan de satisfacer los sujetos pasivos aquellos destinatarios de las mismas que sean empresarios o profesionales, que debieran razonablemente presumir que el Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse por el empresario o profesional que las realiza, o por cualquiera de los que hubieran efectuado la adquisición y entrega de los bienes de que se trate, no haya sido ni va a ser objeto de declaración e ingreso.

2. A estos efectos, se considerará que los destinatarios de las operaciones mencionadas en el número anterior debían razonablemente presumir que el Impuesto repercu-

¹ El profesor Calderón Carrero (2000:194) ya expuso hace unos años las consecuencias de la falta de uniformidad en el concepto de fraude fiscal, tanto en un plano interno como en un plano internacional. Quizás algunas de sus conclusiones sean extrapolables al nuevo esfuerzo de prevención del legislador español. Señala el citado autor que «los resultados derivados de la aplicación de medidas unilaterales o cláusulas antifraude internas en relación con una operación internacional, generalmente, no será aceptada o reconocida en los demás países que pudieran estar relacionados con la operación» lo cual tiene, básicamente, dos consecuencias: la falta de efectividad de la medida y una «sobrecarga fiscal» o doble imposición sobre el contribuyente. Asimismo, la falta de uniformidad a la hora de definir el fraude fiscal obstaculiza el establecimiento de mecanismos concertados para luchar contra este fenómeno. En el caso de que existan estas cláusulas antifraude concertadas, también puede ocasionarse un defectuoso funcionamiento de las mismas.

² Entre otros, GARCÍA NOVOA, C. *El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I y II)*, Quincena Fiscal, (2006), n. 10 e 11. Y es que, como advierte MARTÍN FERNÁNDEZ (2000) la responsabilidad subsidiaria tiene unos ciertos tintes burlescos ya que el Estado, que no ha podido obtener el cumplimiento de la obligación tributaria, por haber sido declarado insolvente el sujeto principal, le dije al responsable que puede recuperar lo pagado, posibilidad que en el caso de la responsabilidad tributaria es de imposible realización. Y todo ello sin prejuzgar la eficacia de la Administración en el desarrollo del procedimiento de apremio.

tido o que hubiera debido repercutirse no ha sido ni será objeto de declaración e ingreso, cuando, como consecuencia de ello, hayan satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo.

Se entenderá por precio notoriamente anómalo:

a) El que sea sensiblemente inferior al correspondiente a dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos.

b) El que sea sensiblemente inferior al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega.

Para la calificación del precio de la operación como notoriamente anómalo la Administración tributaria estudiará la documentación de que disponga, así como la aportada por los destinatarios, y valorará, cuando sea posible, otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada, con objeto de cuantificar el valor normal de mercado de los bienes existente en el momento de realización de la operación.

No se considerará como precio notoriamente anómalo aquel que se justifique por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del Impuesto.

3. Para la exigencia de esta responsabilidad la Administración tributaria deberá acreditar la existencia de un Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse que no ha sido objeto de declaración e ingreso.

4. Una vez que la Administración tributaria haya constatado la concurrencia de los requisitos establecidos en los apartados anteriores declarará la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el artículo 41.5 de la Ley 58/2003, General Tributaria» (énfasis añadido).

II. Justificación de la medida

Qué ha llevado al legislador a crear este supuesto de responsabilidad tributaria?

La respuesta, a simple vista, parece sencilla: se trata de hacer frente a lo que se ha denominado como fraude carousel en el IVA y que, por otro lado, no es novedoso en el ámbito del derecho comunitario³. Este fraude pertenece normalmente a una de las dos categorías siguientes⁴:

1. *Fraude en la adquisición*: Una sociedad (A) establecida en un Estado miembro vende bienes a una sociedad (B) establecida en un segundo Estado miembro. La sociedad B, que es el operador incumplidor o que utiliza sin autorización un número de identificación a efectos del IVA usurpado, revende esos bienes a muy bajo precio a una sociedad intermediaria (C), establecida en ese segundo Estado miembro. Las ventas posteriores

³ En el Derecho francés son diversas las obras que se han encargado de su estudio. Destacamos la obra de BRARD J. P., *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales: retrouver l'égalité devant l'impôt*, Assemblée nationale. (1999).

⁴ En el Primer Informe del Observatorio del Delito Fiscal también se habla de una tercera categoría, denominada "Fraude carousel": «en esta modalidad de fraude, la circulación (entrega y posterior transporte) de mercancías a través de los diferentes Estados Miembros no existe en realidad, sustituyéndose por la exclusiva circulación de las facturas que se emiten para documentar las sucesivas operaciones. En ocasiones, incluso, dicha circulación de documentos se acompaña de movimientos reales de medios de pago, que se realizan para dar verosimilitud a la operación de entrega de bienes simulada».

pueden de este modo realizarse obteniendo beneficios. La sociedad B devenga el IVA que grava la compra de tales bienes, pero, al haberlos utilizado para operaciones imponibles, tiene asimismo derecho a deducir dicho IVA como cuota del impuesto soportado. En cambio, está sujeta al IVA repercutido facturado a la sociedad C, pero desaparece antes de abonar su importe al Tesoro Público.

2. *Fraude carrusel*. Tal denominación responde a la manera en que los mismos bienes viajan por la Unión de un Estado miembro a otro y vuelven de nuevo al primero sin llegar a un usuario final. En su forma más sencilla, este fraude requiere tres operadores inscritos a efectos del IVA en dos Estados miembros distintos (aunque también pueden participar más operadores, en dos o más Estados miembros).

La primera parte de este fraude funciona del mismo modo que el fraude en la adquisición:

- Una sociedad (A) establecida en un Estado miembro vende bienes a una sociedad (B) establecida en un segundo Estado miembro.

- B (empresa trucha o *missing trader*) adquiere los bienes exentos de IVA y a continuación realiza una entrega interior a una tercera empresa (C), también establecida en el mismo Estado miembro. Repercute IVA pero, sin embargo, no lo declara ni lo ingresa. Posteriormente desaparece. Como puede observarse, es este eslabón el que resulta realmente problemático dado que nos encontramos con un operador incumplidor, es decir, un operador que devenga el IVA pero que posteriormente desaparecerá sin abonar éste a las autoridades fiscales.

- La sociedad C (*broker* o agente o distribuidor) revende los bienes de que se trata a otra sociedad intermediaria (D) en el mismo Estado miembro, abonando el IVA repercutido al Tesoro Público después de haber deducido el impuesto soportado, y así sucesivamente, hasta que

- Una sociedad, en ese segundo Estado miembro, exporta esos bienes a otro Estado miembro. Esa exportación está exenta del IVA, pero la sociedad exportadora, sin embargo, tiene derecho a pedir la devolución del IVA soportado por la compra de dichos bienes. Cuando el comprador es la sociedad A, se trata de un verdadero fraude *en cadena*.

- El procedimiento puede repetirse.

Pues bien, si dicho reembolso se lleva a cabo, la Administración tributaria del primer Estado miembro paga el IVA soportado en la venta por la última empresa intermediaria pero no percibe la cantidad correspondiente al IVA del primer eslabón. Lo distintivo de un auténtico fraude en cadena es que los bienes se venden en última instancia al vendedor original, la empresa A.

Tal y como se expone en la propia Exposición de Motivos, este nuevo supuesto de responsabilidad tributaria ha sido “importado” del Reino Unido, si bien con algunos matices. Bien es cierto que, como bien se reconoce también en dicha ley, «la procedencia de esta medida ha sido cuestionada ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el Asunto C-384/04. Las Conclusiones del Abogado General, presentadas el 7 de diciembre de 2005, defienden la adecuación de la misma al derecho comunitario, siempre que se cumplan unos requisitos que son los que se incorporan al precepto que la ha de regular en nuestro país».

Lo primero que nos ha suscitado una cierta “perplejidad” es lo arriesgado de la medida. En el momento en que se publicó el Anteproyecto de Ley, el TJCE aún no

había fallado sobre el asunto y el Gobierno defendía la responsabilidad citada en base a los argumentos del Abogado General del Reino Unido (argumentos que se citaban casi literalmente en la Exposición de Motivos del Anteproyecto). Desde el mismo plano formal resultaba aventurado introducir el supuesto de responsabilidad antes de la existencia de un pronunciamiento del TJCE. Esta peculiar referencia al Derecho Comparado obligó durante la tramitación de la ley a efectuar algunos ajustes, tras la STJCE de 11 de mayo de 2006 (asunto C-384/04), a la que más adelante haremos referencia.

Estos ajustes, sin embargo, no tuvieron en cuenta otra sentencia, no menos importante. Nos referimos a la STJCE de 12 de enero de 2006, *Optigen y otros* (As. ac. C-354/03, C-355/03 y 484/03). En ella, también la Administración tributaria de Reino Unido intentó hacer frente a un fraude en cadena, negando el derecho a la devolución del IVA soportado por dos de los “eslabones” de dicha cadena argumentando que las ventas correspondientes no constituían entregas efectuadas en el marco de una actividad comercial. Quizás lo más acertado hubiese sido su supresión, tal y como inicialmente se hizo en el Senado⁵.

Pero el legislador español no ha sido el único que, de alguna forma, se ha arriesgado a la hora de hacer frente a este tipo de fraude. Como pone de relieve Puebla Agramunt (2007), también Portugal e Italia han introducido normas semejantes en sus ordenamientos internos⁶.

III. Antecedentes en Derecho Comparado: la sentencia *Federation of Technological Industries y otros*, de 11 de mayo de 2006

Como hemos anticipado anteriormente, el legislador español se planteó la introducción de este nuevo supuesto de responsabilidad siguiendo la experiencia británica, a la espera de un pronunciamiento del TJCE y en base a los argumentos del Abogado General del Reino Unido. Finalmente, esta responsabilidad ha sido aprobada, si bien con algunos ajustes para adaptar sus requisitos a los pronunciamientos del TJCE.

Esta importación, a nuestro juicio, resulta criticable teniendo en cuenta, sobre todo, el contexto en el que la medida británica fue incorporada. Conviene tener presente que

⁵ La supresión fue fruto de las enmiendas de los grupos parlamentarios en el Senado. Así la 46, del Grupo Parlamentario de Senadores de Coalición Canaria (GPCC); y la núm. 65 bis, del Grupo Parlamentario Popular en el Senado (GPP). BOCG. Senado, de 21 de septiembre de 2006, pág. 67, 80, respectivamente.

Posteriormente, sin embargo, fue reintroducido en el Congreso de los Diputados al considerarse que se trata de una de las más importantes medidas de la ley de prevención del fraude, junto a la supresión del trámite de audiencia. Vid. el debate en el Pleno. BOCG núm. 210, de 2 de noviembre de 2006, pág. 10534.

⁶ Tal y como pone de relieve la citada profesora, en el primero, su ley de presupuestos para el 2005 «introdujo la responsabilidad solidaria en el ámbito del IVA para cualquier sujeto pasivo que interviniera en prestaciones de servicios o entregas de bienes realizadas en cadena, desde que se demostrara la falta de pago de la totalidad o parte del IVA en cualquier transacción, y sólo por el hecho de tener o incluso deber habido tener conocimiento e que no se hubiera ingresado o podía no ingresarse el impuesto en el Tesoro Público. Para el legislador portugués, se presume que el sujeto pasivo tiene este conocimiento si el precio pagado por los bienes o servicios es inferior al precio más bajo que sería razonable pagar en una situación de libre competencia o inferior al precio relativo a esos bienes o servicios en fases anteriores del circuito económico. En Italia, con efectos desde el 1 de enero de 2005, hay responsabilidad solidaria del pago del IVA en caso de falta de ingreso del impuesto relativa a entregas de bienes efectuadas a precios inferiores al valor normal; el supuesto de hecho sólo atañe a la cesión de determinados bienes, entre ellos vehículos de motor, productos de telefonía, ordenadores personales, animales vivos de la especie bovina, ovina y sus carnes, y se prevé expresamente la posibilidad de demostrar que el precio pagado por los bienes es inferior al normal por razones o situaciones de hecho objetivas, por disposiciones legales, o en cualquier caso que la causa no es ni está relacionada con la falta de pago del impuesto».

la respuesta del Reino Unido al fraude carrusel fue doble. Dos clases de medidas no aisladas, además, sino complementarias y con un mismo fin.

La primera consistió en el establecimiento de la obligación de constituir una garantía como requisito para reconocer un crédito de IVA. El apartado 4 del anexo 11 de la Ley de 1994 del IVA (Value Added Tax Act 1994) disponía que.

«1) Los Commissioners podrán exigir a cualquier persona, como condición para la deducción o el reembolso del impuesto soportado, la aportación de las pruebas referidas al IVA que se especifiquen.

1A) Si lo estiman necesario para la protección de los intereses del Tesoro, los Commissioners podrán imponer, como requisito para reconocer un crédito de IVA, la obligación de constituir la garantía que consideren adecuada por la cantidad objeto de pago.

2) Si lo estiman necesario para la protección de los intereses del Tesoro, los Commissioners podrán exigir al sujeto pasivo, como requisito previo para realizar o recibir una entrega de bienes o prestación de servicios sujeta al impuesto, que constituya una garantía o que complemente la ya constituida, por la cuantía del IVA que adeude o pueda adeudar:

- a) el sujeto pasivo, o
- b) cualquier persona a la que se entreguen los bienes o se presten los servicios correspondientes»

La segunda medida, la que más nos interesa, fue la incorporación de un supuesto de responsabilidad tributaria solidaria, al amparo del art. 21.3 y 22.8 de la Sexta Directiva 77/388/CE, en los siguientes términos (art. 77A de la Value Added Tax Act 1994)⁷:

«Responsabilidad solidaria de los consecutivos proveedores en caso de impago del impuesto

1) El presente artículo es aplicable a los bienes de cualquiera de las siguientes categorías:

- a) teléfonos y cualesquiera otros equipos, incluidas partes y accesorios, fabricados o adaptados para su uso en telefonía o telecomunicaciones;
- b) ordenadores y cualesquiera otros equipos, incluidas partes, accesorios y software, fabricados o adaptados para su uso en relación con ordenadores o sistemas informáticos.

2) Cuando:

- a) se haya efectuado una entrega de bienes imponible, a la que resulte de aplicación este artículo, a un sujeto pasivo, y
- b) en el momento en que se efectuó la entrega tal sujeto sabía, o podía razonablemente sospechar, que la totalidad o una parte del IVA correspondiente a dicha entrega, o a cualquier entrega anterior o posterior, quedaría impagada, los Commissioners podrán

⁷ El artículo 21.3 de la Sexta Directiva reza de la siguiente forma:

«En las situaciones a que se refieren los apartados 1 y 2 (definición de los diversos sujetos deudores del IVA en operaciones interiores) los Estados miembros podrán disponer que una persona distinta del deudor del impuesto quede obligada solidariamente al pago del mismo».

A continuación, el artículo 22.8, de la Sexta Directiva dispone que:

«8. Los Estados miembros podrán establecer otras obligaciones que estimen necesarias para garantizar la correcta recaudación del impuesto y prevenir el fraude, siempre que [se] respete el principio de igualdad de trato de las operaciones interiores y de las operaciones efectuadas entre Estados miembros por sujetos pasivos, a condición que dichas obligaciones no den lugar, en los intercambios entre los Estados miembros, a formalidades relacionadas con el paso de una frontera».

enviar a dicho sujeto una notificación que indique el importe del impuesto pendiente de pago y le advierta de los efectos que surte dicha notificación.

(...)

4) A los fines del precedente apartado 2, la cantidad del IVA adeudado en relación con una transacción será la menor entre:

a) la cantidad correspondiente a la transacción, y

b) la cantidad que figure como adeudada en la declaración del proveedor relativa al período impositivo correspondiente (si efectúa dicha declaración) sumada a cualquier otra cantidad que se estime adeudada por éste en el mismo período (sin perjuicio de recurso por su parte).

5) La referencia que efectúa el precedente apartado 4, letra b), a la estimación de la cantidad adeudada por un sujeto comprende los supuestos en los que no se le ha informado de dicha cantidad, por resultar imposible la notificación.

6) A los efectos del precedente apartado 2, se considerará que un sujeto pudo razonablemente tener sospechas del hecho a que se refiere la letra b) de dicho apartado, si el precio pagado por él por los bienes de que se trata

a) fuese inferior al precio más bajo al que, de forma razonable, puede esperarse encontrar esos bienes en el mercado, o

b) fuese inferior al precio pagado por esos mismos bienes en anteriores adquisiciones.

7) La presunción establecida en el precedente apartado 6 puede ser refutada demostrando que el bajo precio pagado por los bienes se debe a circunstancias ajenas a la falta de pago del IVA.

8) Lo dispuesto en el precedente apartado 6 se entiende sin perjuicio de cualquier otro modo de determinar la existencia de motivos razonables de sospecha».

Este precepto fue el origen de una intensa polémica que, a pesar de todo, fue aprovechada por nuestro legislador para introducir en nuestro ordenamiento un nuevo supuesto de responsabilidad. En el marco de un litigio iniciado por diversos empresarios del sector de teléfonos móviles y ordenadores contra los *Commissioners*, se planteó cuestión prejudicial al TJCE acerca de la compatibilidad de las medidas anteriores con el Derecho Comunitario. Si son medidas objetivamente justificables, racionales y proporcionadas y garantizan la seguridad jurídica.

El Tribunal, en la Sentencia *Federation of Technological Industries y otros*, de 11 de mayo de 2006, considera que es el artículo 21.3 de la Sexta Directiva 77/388/CE (y no el 22.8) el que permite “en principio” a los Estados miembros adoptar medidas en virtud de las cuales se obligue solidariamente a una persona a pagar el importe del IVA adeudado por otra persona que resulte ser deudora» (ap. 28).

No obstante, según advierte el Tribunal, dichas medidas deben respetar determinados principios generales del Derecho. En concreto, señala el principio de proporcionalidad. Y es que, como afirmó el propio TJCE en la Sentencia *Molenheide*, de 18 de diciembre de 1997 (as. Acumulados C-286/94, C-340/95, C-401/95 y C-47/96) si bien es legítimo que las medidas adoptadas por los Estados miembros pretendan preservar con la mayor eficacia posible los derechos de la Hacienda Pública, no deben ir más allá de lo que es necesario para dicho fin ni causar menoscabo a los objetivos y principios establecidos por la legislación comunitaria (apartado 47).

En nuestra opinión, en el tema de la responsabilidad tributaria, la clave del respeto a este principio se encontraría en el juego de las presunciones. Es decir, las presunciones utilizadas por el legislador deben encontrar un límite en el principio de proporcionalidad. Y son justamente, a juicio del Tribunal, las *iuris et de iure* las menos respetuosas con el citado principio: «a diferencia de una presunción *iuris tantum*, una presunción *iuris et de iure* iría más allá de lo que es necesario para garantizar una recaudación eficaz y menos cabaría el principio de proporcionalidad, en la medida en que no permitiría al sujeto pasivo aportar la prueba en contrario bajo el control jurisdiccional» (vid. también Sentencia *Molenheide*, apartado 52).

En el mismo sentido, para el Tribunal las presunciones deben estar basadas en circunstancias claramente reveladoras del fraude. El Tribunal, sin embargo, no entra a analizar si las circunstancias en las que basa la presunción el art. 77A de la Value Added Tax Act 1994: precio inferior al precio más bajo al que, de forma razonable, puede esperarse encontrar esos bienes en el mercado, o precio inferior al precio pagado por esos mismos bienes en anteriores adquisiciones.

Por último, tal y como señalaba el Abogado del Estado en sus Conclusiones, estas presunciones antifraude deben ser fácilmente rebatibles. Es decir, no pueden estar formuladas de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil para el sujeto pasivo refutarlas mediante prueba en contrario. Si así fuere se estaría estableciendo *de facto* un sistema de responsabilidad objetiva, lo que va más allá de lo necesario para preservar los derechos de la Hacienda Pública: «debe permitirse a los operadores que adoptan todas las medidas razonablemente exigibles para asegurarse que sus operaciones no forman parte de una cadena de entregas que incluya una operación constitutiva de fraude al IVA, confiar en la legalidad de dichas operaciones sin incurrir en el riesgo de que se les considere solidariamente obligados al pago del impuesto adeudado por otro sujeto pasivo» (ap. 30)⁸. Como vemos, el Tribunal realiza un ejercicio de prudencia loable, teniendo en cuenta la necesidad de conciliar la necesidad de asegurar la recaudación del IVA (y la prevención del fraude) y el interés en garantizar que una operación normal en el mercado no se vea amenazada por una responsabilidad objetiva y solidaria.

Pasemos a ver, a continuación, el modo, un tanto peculiar, en que se incorpora la medida a nuestro ordenamiento jurídico, a fin de dilucidar si superaría un juicio de proporcionalidad como el que acabamos de ver.

IV. Ámbito objetivo, subjetivo y alcance de la responsabilidad

De acuerdo con el art. 3.3 de la Ley 36/2006 se añade un nuevo apartado cinco al artículo 87 de la LIVA: «Serán responsables subsidiarios de las cuotas tributarias correspondientes a las operaciones gravadas que hayan de satisfacer los sujetos pasivos aquellos destinatarios de las mismas que sean empresarios o profesionales, que debieran razonablemente presumir que el Impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse por

⁸ Como afirmaba el Abogado del Estado, en clara defensa de una medida de este tipo si bien con ciertos límites, «las presunciones de fraude del IVA pueden derivar de circunstancias, indicativas de dicho fraude, de las cuales se puede suponer razonablemente que los operadores tuvieron conocimiento. Los Estados miembros pueden imponer a los operadores la obligación de estar alerta y de informarse acerca de los antecedentes de los bienes con los que comercian. Sin embargo, esta obligación no puede convertirse en una carga demasiado gravosa para los operadores que toman las precauciones necesarias para asegurarse de que actúan de buena fe» (ap. 28).

el empresario o profesional que las realiza, o por cualquiera de los que hubieran efectuado la adquisición y entrega de los bienes de que se trate, no haya sido ni va a ser objeto de declaración e ingreso».

Como puede observarse, son diversas e importantes las diferencias introducidas en nuestro ordenamiento y que, ante el TJCE, podrían llevar a resultados distintos a los del Reino Unido. En este sentido, se aplica a todo tipo de bienes (no a la prestación de un servicio), tiene carácter subsidiario; se hace responder del IVA no ingresado desde el primer eslabón (y no de la entrega inmediatamente anterior) y las posibilidades de destruir la presunción son más reducidas.

Con relación al *ámbito objetivo*, la pregunta que surge inmediatamente es cuáles han sido las razones que justifican que este nuevo supuesto se extienda a todo tipo de bienes. Como ha advertido algún autor, el fraude carrusel es propio de este tipo de bienes porque tienen un precio muy alto y son fácilmente transportables y pueden ser cedido rápidamente en un mercado dinámico (Brard, 1999).

En Reino Unido, como hemos visto, sólo se aplicaba a la telefonía móvil, telecomunicaciones y ordenadores. En el mismo sentido, en la enmienda núm. 122, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso se proponía que esta responsabilidad sólo se exigiera respecto de determinadas operaciones: transmisión de equipos o programas informáticos, de telefonía o de telecomunicaciones, o de vehículos de transporte: «Puesto que las tramas organizadas para la defraudación del impuesto sobre el Valor Añadido y el Impuesto Especial sobre determinados Medios de Transporte no afectan a la generalidad de los sectores de la economía española sino a sectores muy concretos, parece razonable que sea en el ámbito de esos sectores en los que se establezca una medida tan excepcional por su alcance y complejidad jurídica (opera a través de una cadena de presunciones que no tiene punto de comparación con ningún otro precepto de nuestro ordenamiento jurídico) y que no se proyecte, introduciendo una elevada dosis de inseguridad jurídica sobre el conjunto de los sectores de la economía española. Incluso por posibilidad real de comprobación y de aplicación del mismo a esos sectores específicos y no a otros»⁹.

Por último, el Plan de Prevención del Fraude también se refería a una serie de bienes concretos. Se refería a determinados sectores económicos en los que se ha producido dicho fraude: bebidas alcohólicas (sujetas a impuestos especiales), automóviles de ocasión (en el que el fraude aparece frecuentemente combinado con el régimen especial de bienes usados del IVA), oro y metales preciosos, en el que, según los casos, resulta de aplicación la regla de inversión del sujeto pasivo, o en el de materiales de recuperación, con los regímenes de renuncia a la exención o, desde 2004, inversión del sujeto pasivo. También resultan especialmente afectados los sectores informático y de la telefonía móvil¹⁰.

⁹ BOCG, *Congreso de los Diputados*, de 24 de marzo de 2006 Núm. 81-1, pág. 135.

¹⁰ En este Plan se reconoce que «en todo caso, el denominador común es la dificultad de controlar este tipo de tramas: «combatir este tipo de fraude resulta sumamente complejo. Entre otras razones, porque no sólo se ven involucradas las distintas áreas funcionales de la Agencia Tributaria (Gestión, Inspección, Recaudación y Aduanas), sino también otros organismos del propio Ministerio y, en los frecuentes casos en que se detectan indicios delictivos, el Ministerio Fiscal y el Poder Judicial. Todo ello hace necesario importantes esfuerzos de coordinación funcional. Además, las tramas se despliegan por todo el territorio nacional, exigiendo una adecuada coordinación interterritorial. Más aún, la lucha contra este fraude requiere habitualmente de intercambios de información internacional, con las dificultades operativas que ello entraña. A ello se unen los problemas derivados de la incorporación a la Unión Europea de diez nuevos Estados. También contribuye a esta complejidad la falta de adecuación de los tradicionales procedimientos de control a las situaciones que plantea este tipo de fraude». *Plan de Prevención del fraude fiscal*, pág. 66 y ss. En <http://descargas.aeat.es/campanyas/fraude/ppff.pdf>.

Ahora la Ley ha cambiado de planteamiento. Quizás se trate de una medida realmente preventiva. Aunque el fraude, en la actualidad, está localizado en los sectores anteriores, nada impide que en un futuro se extienda a otros y la lista pueda ampliarse. Conviene señalar, de este modo, que en el ámbito de la UE, en el año 2004, se habían identificado hasta unos 40 sectores diferentes¹¹.

Por lo que se refiere al *ámbito subjetivo*, la responsabilidad parece aplicarse con el único requisito de que los destinatarios sean empresarios y profesionales, aun cuando sean consumidores finales de determinados bienes. Es decir, creemos que ya no se recoge la necesidad de que se dediquen con habitualidad a la comercialización de los bienes de que se trate, tal como se hacía en el Anteproyecto¹². Basta con que hayan satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo. Tampoco parece exigirse que haya algún tipo de vinculación. Es decir, que el empresario o profesional en cuestión pertenezca a la trama de fraude carrusel que se trata de combatir. Solamente que sea el destinatario de la operación y presuma que el IVA no se haya ingresado ni se vaya a ingresar.

Por último, la responsabilidad alcanza a todo o parte del IVA no ingresado o que no se vaya a ingresar y que se corresponda a cualquier entrega anterior o posterior. Se responde del IVA en los mismos términos que el régimen de responsabilidad de contratistas o subcontratistas: el último adquirente puede llegar a responder de la totalidad del IVA devengado y no ingresado desde el primer eslabón (Vaquera García y Ruiz Garijo, 2005). La diferencia, sin embargo, es más notoria: aquí se responde tanto del IVA que no haya sido declarado ni ingresado como del que no va a serlo. No obstante, nos preguntamos cómo el destinatario de la operación puede presumir que el IVA no va a ser ingresado en un futuro, siquiera de forma extemporánea. Esto lleva a afirmar que, a pesar de la intención, este nuevo supuesto de responsabilidad tributaria resulta un tanto desproporcionado. No se puede hacer responder a un sujeto del IVA devengado desde el primer eslabón.

De esta forma debemos advertir cómo el TJCE, en la Sentencia *Optigen*, de 12 de enero de 2006, y ante un supuesto de fraude en cadena, señaló el carácter estrictamente individual de cada uno de los hechos imposables gravados por el IVA, interpretando que cada transacción debe ser considerada en sí misma, sin que pueda ser modificada por hechos anteriores o posteriores (ap. 54)¹³. Volveremos más adelante, también, sobre esta cuestión.

¹¹ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la utilización de mecanismos de cooperación administrativa en la lucha contra el fraude en el IVA, de 16 de abril de 2004 (COM/2004/0260 final).

¹² En el Anteproyecto la presunción se basaba en la obtención de un provecho extraordinario: «se considerará que el destinatario de las operaciones mencionadas en el número anterior debía razonablemente presumir que el impuesto repercutido no ha sido ni será objeto de declaración e ingreso, cuando, como consecuencia de ello, haya obtenido en la operación sujeta a gravamen un provecho extraordinario».

Además, se entendía, entre otros motivos («en particular») que se había obtenido un provecho extraordinario cuando «dedicándose con habitualidad a la comercialización de los bienes de que se trate, haya satisfecho por ellos un precio notoriamente anómalo para bienes transmitidos en circunstancias.» BOCG, Congreso de los Diputados, de 24 de marzo de 2006 Núm. 81-1, pág. 12.

¹³ «La cuestión de si se ha pagado o no al Tesoro Público el IVA devengado por las operaciones de venta anteriores o posteriores de los bienes de que se trata no tiene relevancia alguna por lo que se refiere al derecho del sujeto pasivo a deducir el IVA ingresado (véase, en este sentido, el auto de 3 de marzo de 2004, *Transport Service*, C-395/02, apartado 26). De la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia se desprende que, según el principio fundamental inherente al sistema común del IVA y resultante de los artículos 2 de las Directivas Primera y Sexta, el IVA se aplica a cada transacción de producción o de distribución, previa deducción del IVA que haya gravado directamente los costes de los diversos elementos constitutivos del precio (véanse, en particular, las sentencias de 8 de junio de 2000, *Midland Bank*, C-98/98, y *Zita Modes* apartado 37)».

V. Problemas de derecho comunitario

El principio de proporcionalidad. La presunción como presupuesto de la responsabilidad

A) El precio anómalo

La pregunta de mayor relevancia, que nos permitirá hacer un juicio de proporcionalidad sobre la medida, en los términos señalados por el TJCE es la siguiente: ¿cuándo los destinatarios de las operaciones deben presumir, de forma razonable, que no se ha efectuado o no se va a efectuar el ingreso del impuesto? Según dispone la ley, *cuando como consecuencia de ello haya satisfecho un precio notoriamente anómalo*. Es decir, cuando sea un precio sensiblemente inferior:

- al que correspondería pagar por dichos bienes en las condiciones en que se ha realizado la operación o al satisfecho en adquisiciones anteriores de bienes idénticos (el ordenamiento británico se refiere a que «sea inferior al precio más bajo al que, de forma razonable, puede esperarse encontrar esos bienes en el mercado») o.

- al precio de adquisición de dichos bienes por parte de quien ha efectuado su entrega (el ordenamiento británico se refiere a que «sea inferior al precio pagado por esos mismos bienes en anteriores adquisiciones»).

La ley española, sin embargo, no recoge de forma fiel los supuestos contemplados en la normativa del Reino Unido¹⁴. *Tampoco parece admitir otro tipo de hechos o circunstancias que puedan ser reveladores de que el destinatario de la operación presumía o podía presumir que no se había efectuado o se iba a efectuar el ingreso del impuesto, tal y como se hacía en el Anteproyecto.*

Bien es cierto que el fraude carrusel suele estar organizado para evitar el pago del IVA y, por tanto, para reducir de forma artificial el precio de productos. Es decir, el fraude es la causa y el precio anómalo la consecuencia. Sin embargo, no creemos que se puedan cambiar los términos (que de la consecuencia debemos extraer la causa). Es decir, que las circunstancias anteriores (pagar un precio anómalo) no revelan siempre la falta de pago del impuesto. No parece que el destinatario de las operaciones, a partir del precio, pueda deducir que se ha dejado o que se va a dejar de pagar el impuesto. Similares dudas manifestaba el profesor Falcón y Tella (2006) para el que se está introduciendo un claro supuesto de responsabilidad objetiva: «no cabe presumir que un sujeto conoce el fraude en una fase anterior, como hace la Ley española, sino que hay que demostrar que lo conoce o debía razonablemente sospecharlo, sin que

¹⁴ La enmienda núm. 107, del Grupo Socialista en el Congreso, sí proponía una redacción similar a la normativa del Reino Unido.

«2. A estos efectos se considerará que los destinatarios de las operaciones mencionadas en el número anterior debían razonablemente presumir que el impuesto repercutido o que hubiera debido repercutirse no ha sido ni será objeto de declaración e ingreso, cuando, como consecuencia de ello, hayan satisfecho por los bienes adquiridos:

a) Un precio que fuese inferior al precio más bajo al que, de forma razonable, puede esperarse respecto de dichos bienes en el mercado; o,

b) un precio que fuese inferior al precio pagado por esos mismos bienes en adquisiciones anteriores». BOCG, *Congreso de los Diputados*, de 24 de marzo de 2006 Núm. 81-1, pág. 12. En el Dictamen de la Comisión, sin embargo, se introdujo el texto que ahora conocemos. BOCG, *Congreso de los Diputados*, de 28 de junio de 2006, núm. 81-13, pág. 12.

en modo alguno sea indicio de tal conocimiento o sospecha la mera aplicación de un precio reducido»¹⁵.

En una economía mundial como la nuestra las diferencias en los precios pagados por un mismo bien pueden llegar a ser, en muchos casos, elevadísimas. Hacer de esto una presunción de conocimiento de falta de pago se nos antoja desproporcionado. En el mismo sentido, la segunda circunstancia va a ser de difícil observancia ya que obliga al adquirente a que conozca el precio que pagó quien le está efectuando ahora la entrega.

Volviendo al precepto de la Ley del 2006, en él se establece que para la *declaración de la responsabilidad por ese precio anómalo*, la Administración tributaria debe cumplir determinados requisitos:

1. *Declarar fallido al contribuyente*. No olvidemos que, a diferencia del Reino Unido, se trata de un supuesto de responsabilidad subsidiaria que, como es sabido, es más respetuoso con los derechos jurídicos y económicos del responsable. Sea como fuere, creemos que las posibilidades de que este primer requisito prospere son escasas. Nos movemos en el ámbito de las adquisiciones intracomunitarias. De este modo, es más que probable que el obligado principal se encuentre en otro Estado miembro resultando sumamente costosa dicha declaración para la Administración tributaria española.

2. *Apreciar la existencia de un impuesto que se haya repercutido o que deba repercutirse y que no haya sido objeto de declaración ni de ingreso*. Este primer paso parece lógico y parece que no planteará problemas teniendo en cuenta la información de la que dispone la Administración.

3. *Calificar el precio de la operación como notoriamente anómalo*. Esta calificación corresponde, exclusivamente, a la Administración tributaria quien, a la luz de la documentación de la que dispone y de la que sea aportada por el destinatario deberá cuantificar el valor normal de mercado de los bienes existente en el momento de la realización de la operación. Dice la ley que siempre que sea posible valorará otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada.

Hasta aquí la ley sólo parece exigir una “justificación” teniendo en cuenta los *documentos aportados por el destinatario* (la valoración de “otras operaciones realizadas en el mismo sector económico que guarden un alto grado de similitud con la analizada” sólo tendrá lugar “cuando sea posible”). ¿Significa esto que no cabe refutar la presunción? En nuestra opinión, no. Y ello porque también se dispone que «no se considerará como precio notoriamente anómalo aquel que se justifique por la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del Impuesto». Es decir, aquí se está dando entrada a la posibilidad citada, demostrando que el bajo precio pagado por los bienes se debe a circunstancias ajenas a la falta de pago del IVA. Hubiera sido deseable, no obstante, que la ley lo hubiera reconocido expresamente, tal y como se hace en el ordenamiento británico. En el mismo sentido, la enmienda núm. 107, del Grupo Socialista en el Congreso, sí proponía esta referencia: «La presunción establecida en este número no será de aplicación si los adqui-

¹⁵ A esta opinión se adhiere el profesor CHECA GONZÁLEZ, *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson-Aranzadi (2007). En el mismo sentido, vid. a PUEBLA AGRAMUNT P., *Fraudes de IVA en cadena, actividades ilícitas*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Anteproyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, in Quincena Fiscal, (2006), n. 10; BANACLOCHE PALAO C., *El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas*, in Impuestos, 2006, n. 21.

rentes de los bienes demostrasen que el menor precio satisfecho se debe a la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del impuesto»¹⁶.

Ahora bien, advertimos que *quizás se trate de una refutación desproporcionada*. Tal y como vimos, el TJCE consideraba que las presunciones no pueden estar formuladas de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil para el sujeto pasivo refutarlas mediante prueba en contrario. Pues bien, por un lado, la responsabilidad abarca todo tipo de entregas de bienes y servicios. Es decir, en sectores en los que puede resultar sumamente difícil determinar el precio de mercado.

B) Idoneidad del uso de presunciones en la lucha contra el fraude fiscal

Como hemos visto, este supuesto de responsabilidad está basado en un *juego de presunciones* de consecuencias que pudiéramos denominar como un tanto caóticas.

La presunción ha sido definida por la doctrina como «aquella operación lógica tendente a fijar la existencia o dimensiones de un hecho desconocido a partir de otro conocido, que según la experiencia le sigue o precede»¹⁷. Se trata de un camino para adquirir una certeza en relación con un hecho cuya evidencia es difícil o imposible de probar. En el caso que estudiamos, sin embargo, *el legislador enlaza dos hechos desconocidos*, utilizando, además, conceptos jurídicos indeterminados. Se enlaza el hecho de que el destinatario de las operaciones es el responsable de la falta de ingreso de un tributo porque estaba satisfaciendo un precio anómalo (y en cierto modo se estaba enriqueciendo). Ese precio anómalo, a su vez, se basa en otra una presunción. Sin embargo, no hay conexión entre los dos hechos. El precio anómalo no es una realidad fácilmente constatable. Distinto es que se hubiese exigido que el adquirente o destinatario de las operaciones tuviese conocimiento, constancia o certeza de la falta de pago o, incluso, algún grado de participación. En este caso, claro está, el instrumento de reacción será la responsabilidad de los causantes o colaboradores en la realización de una infracción tributaria (art. 42.1.a) de la LGT).

Por otro lado, se podría afirmar que la presunción de que alguien debía haber presumido anula cualquier posibilidad de defensa. Y es que “cuando se dice de una persona que presume la realización de un hecho, se afirma que por no advertir la evidencia objetiva de lo ocurrido, ni contar con datos bastantes para tener una certeza subjetiva de los acontecimientos, se limita a emitir una opinión de lo ocurrido”¹⁸. Es decir, en este caso, el legislador ya parece partir de la certeza de qué fraude se está produciendo (fraude carousel) y quién es uno de los responsables del mismo (el destinatario, último eslabón de la cadena). Dado que no puede contar con elementos de prueba alternativos (que en muchos casos son de una dificultad extrema) establece este supuesto.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el uso de las presunciones como mecanismo antifraude. Y fue en relación con la Disposición Adicional 4ª de la LTPP que establecía una presunción de defraudación, *iuris et de iure*, en aquellos casos en los que las partes hubiesen declarado un valor inferior en más de un 20 por 100 al comprobado por la Administración como «valor real». En

¹⁶ BOCCG, *Congreso de los Diputados*, de 24 de marzo de 2006 Núm. 81-1, pág. 12. En el Dictamen de la Comisión, sin embargo, no se admitió esta propuesta. BOCCG, *Congreso de los Diputados*, de 28 de junio de 2006, núm. 81-13, pág. 12.

¹⁷ GONZÁLEZ GARCÍA E., Y PEREZ DE AYALA J. L., *Presunciones y ficciones en materia tributaria*, in *Crónica Tributaria*, (1992), n. 61.

¹⁸ ROZAS VALDÉS (1993). Este autor señala cómo en toda presunción jurídica media un hecho base y un hecho consecuencia enlazados por una relación lógica de probabilidad (pág. 89).

consecuencia, la diferencia se gravaba como una transmisión lucrativa. En la S. 194/2000, de 9 de julio, el máximo intérprete de la Constitución, se pronunció de la siguiente forma:

- Carácter desproporcionado de la medida: «estamos ante un acto del legislativo que otorga un mismo tratamiento a situaciones disímiles que tienen una solución distinta con carácter general en nuestro ordenamiento tributario, a saber: hipótesis en las que, al ocultar el precio efectivamente pactado, se ha cometido un ilícito tributario (en las que resultan aplicables los arts. 77 y siguientes L.G.T. y el procedimiento previsto en el Real Decreto 1930/1998); en las que se ha simulado el verdadero negocio (supuestos en los que el ordenamiento tributario prevé el empleo de los instrumentos recogidos en los arts. 25 y 28 L.G.T.); o, en fin, en las que ha existido una mera discrepancia respecto del valor del bien o derecho objeto de transmisión [para los que, en principio, está prevista una mera liquidación complementaria con exigencia de los correspondientes intereses de demora, por cuanto el art. 77.4 d) L.G.T. prevé la correspondiente causa excluyente de la responsabilidad para tales casos]. Desde luego, si la finalidad perseguida es evitar el fraude fiscal, no parece coherente dispensar el mismo trato a quienes, sin ánimo de defraudar a la Hacienda Pública declaran como valor el precio verdadero del negocio jurídico realizado, que a quienes torticeramente ocultan parte del precio cierto de la operación al Fisco incumpliendo de forma insolidaria con su deber constitucional de contribuir a las cargas públicas del Estado (art. 31.1 C.E.)».

- Vulneración del principio de capacidad económica: «la Disposición adicional cuarta L.T.P.P. (...), lejos de someter a gravamen la verdadera riqueza de los sujetos intervinientes en el negocio jurídico hace tributar a éstos por una riqueza inexistente, consecuencia ésta que, a la par que desconoce las exigencias de justicia tributaria que dimanarían del art. 31.1 C.E., resulta también claramente contradictoria con el principio de capacidad económica reconocido en el mismo precepto».

- Inidoneidad de la figura: «el modo ordinario de perseguir las conductas contrarias al ordenamiento es la imposición de medidas de carácter punitivo. Por esto puede calificarse de inhabitual que la prevención del fraude fiscal se haga mediante la amenaza con el aumento del gravamen tributario».

- Carácter sancionador de la medida: «el comportamiento que, de conformidad con la Disposición adicional cuarta L.T.P.P., determinaría la aplicación de una medida materialmente sancionadora, sería la consignación en el documento que plasma la transmisión onerosa de un valor inferior en más de un 20 por 100 al que la Administración haya comprobado como «valor real», cuya dificultad de cuantificación ya ha sido destacada con anterioridad (...) la medida no permite al ciudadano predecir con suficiente grado de certeza la conducta que constituye infracción, indeterminación de la conducta infractora que vulnera las exigencias de taxatividad que derivan del art. 25.1 CE [F] 9»¹⁹.

Se podría afirmar, sin embargo, que estos pronunciamientos no son extrapolables dado que la presunción que analizamos no es *iuris et de iure*. No lo creemos. Con este régimen se está haciendo responder al destinatario de las operaciones por el hecho de haber presumido o haber debido presumir la falta de pago del impuesto (pasado o futuro). No encontramos en el terreno de las opiniones sin evidencias objetivas en el que las *posibili-*

¹⁹ Para un estudio de esta sentencia puede verse, entre otros, a FALCÓN Y TELLA R., *La inconstitucionalidad de la disp. adicional 4ª de la Ley de Tasas y sus consecuencias: la prescripción del derecho a liquidar por TPO*, in QF (2000), n. 15; e SIMÓN ACOSTA E., *Fraude de ley y economías de opción*, in Cuestiones tributarias prácticas. La Ley, (1990), 2ª ed.

dades de prueba en contrario van a ser limitadas. No va ser fácil que el adquirente se encuentre en condiciones reales de probar que no presumía hecho alguno y que el precio anómalo se debía a «la existencia de factores económicos distintos a la aplicación del Impuesto». Estos factores económicos pueden ser desconocidos por dicho adquirente, posiblemente sólo son conocidos por la persona que entrega el bien (el bajo precio probablemente obedezca a los bajos costes de producción del bien de que se trata debidos, incluso, a fenómenos de deslocalización). A pesar de todo, se hace responder de todo el IVA que no haya sido ingresado desde el primer eslabón de la cadena, en merma del principio de capacidad económica.

En estos términos -dada la dificultad de prueba en contrario-, el nuevo supuesto de responsabilidad operará como *un supuesto de responsabilidad objetiva*, claramente desproporcionado y con mucha probabilidad producirá situaciones injustas y un roce con la Sexta Directiva 77/388/CE.

2. El principio de interdicción del abuso de derecho

A) Introducción

El TJCE también ha ido delimitando un concepto que, al objeto de nuestro estudio, resulta del mayor interés. Nos referimos, concretamente, a la figura del abuso de derecho y a su interdicción por parte de los Estados miembros mediante cláusulas diversas. Quizás el legislador español debería haberse aproximado a esta doctrina no solo a la hora de construir un nuevo y actual concepto de fraude fiscal en el ordenamiento tributario español sino también a la hora de configurar las medidas de prevención de la Ley 36/2006²⁰.

A través de esta interesante doctrina, elaborada en torno a las libertades comunitarias, el TJCE no es ajeno a la necesidad de multilateralidad de las medidas antifraude y ha ido dando pasos importantes en la lucha contra el mismo. El punto de partida ha sido la preocupación por el interés fiscal de los Estados miembros quienes pueden adoptar medidas destinadas a impedir que, aprovechando las posibilidades creadas por el Tratado, algunos de sus nacionales intenten evitar abusivamente la aplicación de su legislación nacional y que los justiciables puedan invocar el Derecho comunitario de forma abusiva o fraudulenta.

Este esfuerzo delimitador del Tribunal le lleva, de esta forma, a analizar y depurar las numerosísimas cláusulas antiabuso establecidas en los ordenamientos de los Estados miembros. Ruiz Almendral (2005) destaca cómo el afán por adoptar cláusulas de este tipo constituye un fenómeno expansivo que no es sino consecuencia de las tensiones a las que somete la propia globalización económica a los sistemas tributarios nacionales, al haberse multiplicado exponencialmente el número y posibilidades de planificación fiscal internacional.

Los resultados de la doctrina del TJCE, sin embargo, no vienen resultando del todo satisfactorios. Quizás la razón sea la primacía de las libertades comunitarias, sobre las que se ha construido y sobre las que descansa la propia superestructura comunitaria. Bien es cierto, también, que las cláusulas antiabuso aunque pretenden desarticular prácticas ilegítimas, en algunos casos no solo se llevan por delante conductas que constituyen auténticos abusos sino también otro tipo de prácticas legítimas.

²⁰ De la misma opinión parece ser MARTÍN JIMÉNEZ A., *Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas antielusión/abuso del derecho interno*, in Documento de trabajo del IEF, (2007), n. 7.

El Tribunal se ha ido encargando, pues, de establecer una serie de requisitos importantes para la apreciación del abuso del derecho, siempre intentando conciliar dos derechos²¹. Uno, el derecho del nacional comunitario a sacar provecho de las ventajas fiscales ofrecidas por la normativa en vigor del Estado de que se trate. El otro, el derecho del Estado a proteger su interés fiscal, particularmente el ejercicio de su competencia fiscal en relación con las actividades realizadas en su territorio y el propio reparto de la potestad tributaria entre Estados miembros.

Sea como fuere, y con independencia de la valoración de los resultados de esta doctrina, creemos que el Tribunal da un paso que estimamos de notable importancia en materia de lucha contra el abuso del Derecho y contra el fraude fiscal.

B) Concepto y requisitos del abuso de derecho. Los montajes puramente artificiales

La idea principal (y la advertencia del TJCE a los Estados miembros) es que el abuso debe acreditarse mediante elementos subjetivos (consistentes en la voluntad de obtener una ventaja fiscal) y elementos objetivos. Estos elementos objetivos serán los que nos den certeza de que se está utilizando una norma de cobertura pensada para otra finalidad. Tal y como ha advertido el profesor Calderón Carrero (2007) «podría decirse que hay abuso y puede aplicarse una cláusula antiabuso de tipo fiscal cuando el comportamiento del contribuyente no se ajusta o se encuentra cubierto por los fines que persigue la norma comunitaria (de cobertura)».

En este sentido, debe analizarse conjuntamente:

1. *Que las operaciones carezcan de realidad económica*, con el objetivo de eludir el impuesto. El problema no obstante, tal y como ha advertido la doctrina, es que el tribunal no ha delimitado con precisión qué debe entenderse por actividad o realidad económica (Calderón Carrero, 2007).

Algunas referencias se han realizado, no obstante, en sus pronunciamientos. Por ejemplo, en la sentencia *Halifax*, por ejemplo, se consideró que a fin de proteger a los sujetos contra toda apreciación subjetiva por las administraciones y jueces internos (la legislación comunitaria debe ser precisa y su aplicación previsible para los justiciables) la actividad económica, el concepto de entrega de bien y de prestación de servicios deben ser considerados en los términos estrictos de la Sexta Directiva 77/388/CE). Conviene advertir, para un mayor entendimiento, que esta Sentencia se refería a un fraude en el IVA²².

2. *Que la finalidad esencial de las operaciones de que se trate consista en obtener una ventaja fiscal contraria al derecho comunitario* (finalidad que deberá ser deducida de un conjunto de elementos objetivos). Como se señala en la Sentencia *Halifax*, le incumbe al

²¹ Entre otras, vid. las SSTJCE de 9 de marzo de 1999, asunto C-212/97, *Centros Ltd*; de 11 de marzo de 2004, asunto C 9/02, *Halifax*, de 21 de febrero de 2006, as. C-255/02, *Lasteyrie du Saillant*; de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*, y de 13 de marzo de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

²² Los hechos que dan lugar a esta sentencia son los siguientes: Halifax es un establecimiento bancario exonerado de IVA por el 95% de sus prestaciones en la época de los hechos, veía su derecho a la deducción limitado en un 5%. A fin de recuperar su 100% de IVA que iba a gravar los gastos de construcción de nuevos locales, Halifax realizó una operación de "optimización fiscal". El montaje utilizaba a tres filiales al 100%, que eran las que suscribían los contratos diversos, Halifax aparentemente parecía reunir las condiciones para el derecho a deducción. La construcción de los nuevos locales había sido contratada por las filiales sometidas al IVA y no por la sociedad misma exonerada de IVA.

La Administración fiscal británica constata la existencia de operaciones en el campo de aplicación del IVA aunque considera que estas operaciones tienen como único motivo eludir el IVA. Para fundamentar esta afirmación invoca la cláusula del abuso de derecho.

órgano jurisdiccional nacional establecer el contenido y el significado reales de tales operaciones²³.

3. Para observar cuál es la finalidad de las operaciones, el tribunal considera que se deberá tomar en consideración *el carácter puramente artificial de estas operaciones* (el abuso de la forma sobre el contenido), así como los vínculos de carácter jurídico, económico y/o personal entre los operadores implicados en el plan de reducción de la carga fiscal.

En consecuencia, la interdicción de prácticas abusivas no es invocable simplemente porque se sospeche que la actividad económica ejercida no tiene otra justificación que la simple obtención de ventajas fiscales. Es necesario que la Administración del Estado miembro analice el contenido y la significación real de estas operaciones y tome en consideración el carácter puramente artificial de las mismas. En este punto, resulta llamativo cómo el Tribunal ha reconocido un derecho del contribuyente a la optimización fiscal. Según el TJCE el contribuyente puede elegir la estructura de su actividad de manera que limite la deuda fiscal.

Parece que el elemento distintivo del abuso de derecho reside en el carácter artificial o no del montaje y en la ausencia de realidad económica. El problema es que en algunos casos existirá una zona gris en la que la apreciación sea difícilmente posible.

Por lo que a nosotros nos interesa, conviene si la responsabilidad por precio anómalo que analizamos se adecua a la doctrina comunitaria sobre cláusulas antiabuso. Es decir, si pasaría el denominado «test de proporcionalidad». En nuestra opinión, no. En primer lugar porque la aplicación del principio comunitario de interdicción de prácticas abusivas obliga a que la autoridad nacional verifique determinados requisitos. Y uno de los hechos que podría entrar a verificar es la realidad de la adquisición intracomunitaria que ha permitido la aplicación de la exención en uno de los eslabones de la cadena (concretamente el primer y el último eslabón). En este sentido, al verificar la inexistencia de adquisiciones intracomunitarias, debería haber negado el derecho a la deducción. Quizás podemos llegar a afirmar que el fraude carousel, con unas Administraciones Tributarias diligentes, que comprueben los hechos y las circunstancias que se producen, y que intercambien toda la información relativa a los mismos, debería tener los días contados.

En este sentido, queremos destacar una interesante sentencia, del Consejo de Estado francés, en relación con un fraude de este tipo. En el ordenamiento francés el fraude carousel es combatido a través de la medida prevista en el art. 28 quater de la Sexta Directiva 77/388/CE. Este precepto autoriza a los Estados miembros a declarar exentas las adquisiciones intracomunitarias, en las condiciones que ellos mismos fijen para asegurar su aplicación correcta y prevenir cualquier fraude, evasión y abusos. Siguiendo el art. 262 ter del CGI, la Administración fiscal francesa negó a una empresa, especializada en la fabricación y el negocio de materiales electrónicos, la aplicación de la exención por considerar que no se ajustaba a la realidad. La existencia de justificantes de la expedición de los bienes con destino a otro Estado miembro y la constancia del número de identificación fiscal del adquirente no se consideraron hechos suficientes que permitiesen presumir

²³ En esta misma sentencia, *Halifax*, el Tribunal afirmó que sería contrario al principio de neutralidad fiscal y, por consiguiente, al objetivo del referido régimen «permitir a los sujetos pasivos que deduzcan la totalidad del IVA soportado cuando, en el curso de sus transacciones comerciales normales, ninguna operación conforme con las disposiciones del régimen de deducciones de la Sexta Directiva o de la legislación nacional por la que se adapte el Derecho interno a ésta les habría permitido deducir este IVA, o sólo les habría permitido una deducción parcial» (ap. 71).

que la adquisición intracomunitaria se había producido. La Administración disponía de una información proporcionada por las Administraciones tributarias de los otros Estados miembros, que le permitió destruir esta presunción: unas sociedades italianas estaban desprovistas de contabilidad, otras eran desconocidas por los servicios fiscales italianos; una de las sociedades británicas no tenía su establecimiento o sede en el Reino Unido, y sí solamente un domicilio; en cuanto a la sociedad portuguesa, la mercancía proporcionada se había expedido en España y no en Portugal. Por si fuera poco, la mayoría de ellas no realizaban una actividad económica relacionada las mercancías que supuestamente se habían adquirido de la sociedad francesa. En definitiva, y a la vista de todos estos hechos, se consideró que las adquisiciones intracomunitarias no habían tenido lugar, no resultando de aplicación la exención citada y, por tanto, negando el derecho a la devolución del impuesto²⁴.

3. El derecho a la deducción del IVA soportado

La segunda razón que nos permite afirmar que la responsabilidad por precio anómalo no respeta el derecho comunitario se basa en la defensa de un derecho a deducir el IVA soportado²⁵. El análisis de esta cuestión nos devuelve a la Sentencia *Halifax*, de 21 de febrero de 2006, aAs. C-255/02. Posteriormente, el TJCE también ha tenido ocasión de pronunciarse, en las Sentencias de 12 de enero de 2006, *Optigen y otros* (As. Ac. C-354/03, C-355/03 y 484/03) y en la de 6 de julio de 2006, *Kittel/Estado belga* (As. Ac. C-439/04 y C-440/04)²⁶.

Los pronunciamientos han sido, de este modo, diversos:

1. *El derecho a deducción establecido en los artículos 17 y siguientes de la Sexta Directiva forma parte del mecanismo del IVA y, en principio, no puede limitarse* (STJCE de 6 de julio de 1995, As. *BP Soupergaz*, C-62/93). Este derecho se ejercita inmediatamente en lo que respecta a la totalidad de las cuotas soportadas en las operaciones anteriores.

2. *No se puede negar el derecho a la devolución del IVA a aquel sujeto que no tenía ni podía tener conocimiento del carácter fraudulento de determinadas operaciones anteriores o posteriores a la operación que él realiza (de la existencia de un fraude carrusel). Y es que «los operadores que adoptan todas las medidas razonablemente exigibles para cerciorarse de que sus operaciones no están implicadas en un fraude, ya se trate del fraude en el IVA o de otros fraudes, deben poder confiar en la legalidad de dichas operaciones sin incurrir en el riesgo de perder su derecho a deducir el IVA soportado»* (*Kittel*, apartado 51; *Federation of Technological Industries y otros*, apartado 33).

3. Tampoco se puede negar el derecho a la deducción argumentando que quien actúa de forma fraudulenta no realiza una actividad económica. Para el Tribunal existe

²⁴ El Consejo de Estado, en su decisión de 27 de julio de 2005, nº 273619-27362 avaló la conducta de la Administración fiscal francesa (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Un comentario a esta sentencia puede verse en COURION O., y SMITH S., *The Fight Against Carousel Fraud: The French Approach*, in *Tax Planning International Indirect Taxes*, (2005), n. 10.

²⁵ En el mismo sentido, vid. a FALCÓN Y TELLA (2006) y a PUEBLA AGRAMUNT (2007).

²⁶ En la primera sentencia el Gobierno británico negaba el derecho a la devolución del IVA soportado, en operaciones relacionadas con el sector informático, basándose en la existencia de una trama de fraude carrusel y de que las operaciones realizadas carecían de sustancia económica. En la segunda sentencia el que negaba el derecho era el Gobierno belga en el ámbito de la informática y de los vehículos de ocasión.

actividad económica con independencia de la finalidad de quien la realiza: la calificación de censurable de un comportamiento la existencia de mala fe no implica una excepción a la sujeción al impuesto (Sentencia de 21 de febrero de 2006, *University of Huddersfield Higher Education Corporation/Commissioners of Customs & Excise*).

4. El derecho a deducción no se puede resultar negado *ni siquiera como consecuencia de que se anule el contrato de venta*. Además, es irrelevante la cuestión de si dicha nulidad resulta de un fraude en el IVA o de otros fraudes²⁷.

5. Como una consecuencia de lo anterior, *el derecho a la deducción solamente podrá negarse en el caso de que quien lo intenta ejercer haya actuado con la finalidad de cometer un fraude de IVA*. En consecuencia, el Tribunal considera que «se opone a la Sexta Directiva una norma de Derecho nacional según la cual la anulación del contrato de venta, en virtud de una norma de derecho civil que lo considera nulo de pleno derecho, al ser contrario al orden público por una causa ilícita imputable al vendedor, implica la pérdida del derecho a deducir el IVA soportado por el sujeto pasivo. A este respecto, es irrelevante la cuestión de si dicha nulidad resulta de un fraude en el IVA o de otros fraudes» (énfasis añadido).

6. Junto a la negación del derecho a la devolución, *la conducta también podría regularse como infracción*, estableciendo las oportunas sanciones. Se trataría de dos medidas alternativas y en nada incompatibles. En este sentido, en la sentencia *Kittel*, el Tribunal parece recomendar una medida de este tipo en tanto que puede obstaculizar las operaciones de fraude y dificultar su realización. Se trataría de interpretar que un sujeto pasivo que sabía o debía haber sabido que, mediante su adquisición, participaba en una operación que formaba parte de un fraude en el IVA, debe ser considerado, a efectos de la Sexta Directiva, participante en dicho fraude, y esto con independencia de si obtiene o no un beneficio de la reventa de los bienes. En tal situación, colabora con los autores del fraude y se convierte en cómplice. Sea como fuere, el TJCE considera que la denegación le compete al órgano jurisdiccional nacional. Es decir, la Administración Tributaria del Estado miembro de que se trate, además de probar la connivencia y el grado de participación en la trama de fraude, tendrá que acudir a los órganos jurisdiccionales. Esta remisión reduce en gran medida lo “positivo” de la aplicación del principio comunitario de interdicción del abuso de derecho.

A la vista de todo lo anterior, la pregunta que debemos hacernos es si la responsabilidad por precio anómalo, que se traduce en un derecho a deducción del IVA soportado, está justificada en alguna de las razones que acabamos de ver. En nuestra opinión, no. Quien adquiere por precio anómalo no tiene por qué saber necesariamente que las operaciones anteriores o posteriores a la operación se están realizando o se van a realizar de forma fraudulenta. En definitiva, como ha advertido la doctrina (Falcón y Tella: 2007), con la responsabilidad por precio anómalo se está negando un derecho a la devolución a un sujeto tercero, que en muchos casos puede ser ajeno a la trama de que se trate.

²⁷ En la sentencia *Kittel* se planteaba la posibilidad de que el operador al que se le negaba la devolución del IVA pudiera ejercer una acción civil de nulidad de pleno derecho del contrato, según el Derecho interno, dado que el motivo determinante había sido la realización de operaciones contrarias al mecanismo del IVA. No obstante, dicha acción, el operador seguía manteniendo su derecho a deducción.

VI. Algunas alternativas a la utilización de este supuesto de responsabilidad. En especial, las experiencias británica, austriaca y alemana

Los puntos débiles del régimen de responsabilidad tributaria por precio anómalo invitan a extremar las cautelas y a buscar nuevas medidas, alternativas, para la prevención del fraude carrusel. Una de las primeras alternativas consistiría en poner fin al régimen transitorio del IVA intracomunitario en la UE. Como ha advertido el profesor García Novoa este es el origen del problema: «Recordemos que el Plan *Cockfield*, propuesto en 1989 como vía para avanzar hacia el *sistema definitivo*, pretendía que a partir del 1 de enero de 1997 se instaurase un régimen de IVA comunitario basado en una generalización de la tributación en origen, cuya instauración tendría lugar a medio plazo con un periodo transitorio en el cual la tributación se efectuaría en el país de destino. Dicho sistema transitorio debería suprimir los trámites en las fronteras, reducir las obligaciones a que están sujetas las empresas y las Administraciones y prevenir eficazmente contra los riesgos de fraude. La evolución del régimen transitorio se ha paralizado ante la actitud reticente de los Estados miembros a todo lo que suponga cesión de soberanía fiscal y además se ha revelado como un auténtico caldo de cultivo del fraude. Recordemos que una de las consecuencias del sistema transitorio es que se mantiene el principio de tributación en destino, si bien trasladando los controles sobre el IVA desde la frontera al interior de los Estados, a través de ese sucedáneo de las «importaciones/exportaciones que son las adquisiciones/entregas intracomunitarias»²⁸.

Como intento superador del régimen transitorio, uno de los pasos se ha dado en la Directiva 2006/69/CE del Consejo de 24 de julio de 2006. En ella se sigue el camino iniciado en la Comunicación relativa a la necesidad de elaborar una estrategia coordinada de mejora de la lucha contra el fraude fiscal, de 31 de mayo de 2006, en la que se toma conciencia de la importancia del fraude carrusel y se proponen otras medidas, además de la colaboración inter-administrativa, consistentes en la necesidad de modificar el régimen jurídico del IVA e introducir la regla de la inversión del sujeto pasivo²⁹.

La Directiva del 2006 también autoriza a los Estados miembros a establecer la llamada «inversión del sujeto pasivo» en determinados sectores: construcción, cesiones de personal, entregas de inmuebles no exentas, entregas de material usado, entregas de residuos, entregas de productos férricos y no férricos semitransformados, etcétera (art. 1.7 y anexo M). Este tipo de inversión evita los fraudes en cadena. En lugar de ingresar el IVA quien realiza la entrega o presta el servicio, y repercutirlo, el ingreso lo realiza el destinatario de la operación. En este caso, dicho ingreso tiene la consideración de IVA soportado. El funcionamiento es similar al régimen actual para las operaciones entre Estados miembros. El destinatario no entrega el IVA a su proveedor sino que lo incluye como IVA devengado en su propia autoliquidación. Así se evita que el proveedor se quede con dicho dinero y no lo ingrese en la Hacienda pública del país de que se trata.

Dentro de esta propuesta cabrían, a su vez, dos alternativas. La primera, sería generalizar la regla de inversión a todos los sectores y operaciones. La segunda, defenderla si bien en los sectores donde se produce el fraude. Conviene advertir que, en el ámbito del fraude carrusel ambas alternativas han sido propuestas por la Comisión. Veámoslas seguidamente.

²⁸ Como advierte el citado profesor, «la evolución del régimen transitorio se ha paralizado ante la actitud reticente de los Estados miembros a todo lo que suponga cesión de soberanía fiscal y además se ha revelado como un auténtico caldo de cultivo del fraude» (GARCÍA NOVOA, 2006).

También es cierto, como ha advertido BRARD (1999), que el régimen definitivo traería consigo otro tipo de fraudes porque facilitaría la realización de facturas falsas provenientes de otros Estados miembros de la Unión Europea.

²⁹ COM (2006) 254 final.

1. Primera alternativa: generalización de la regla de inversión del sujeto pasivo. El caso de Austria y Alemania

Esta primera alternativa constituye, a juicio del profesor Falcón y Tella (2007), una solución a los fraudes carrusel. De esta forma, Austria y Alemania, mediante carta registrada por la Secretaría General el 27 de octubre de 2005 y el 18 de abril de 2006, respectivamente, solicitaron a la Comisión la inversión de la regla del sujeto pasivo, limitada no ya a bienes específicos sino a operaciones de una determinada cuantía³⁰.

Como se relata en la Comunicación de 18 de julio de 2006, el primero deseaba aplicar un mecanismo de inversión a las entregas de bienes y prestaciones de servicios entre empresas cuando el importe de la factura fuese superior a 10.000 euros. Cuando la factura en sí no rebasase dicho importe, el mecanismo de inversión podrá aplicarse si las entregas al cliente exceden 40.000 euros a lo largo de un ejercicio contable. Para justificar su solicitud, Austria aducía que el mecanismo de inversión del sujeto pasivo constituye un instrumento de lucha contra el fraude «carrusel» o del «operador desaparecido» (*missing trader*) y que su introducción en el sector de la construcción ha resultado una experiencia positiva. Además, Austria alega que la inversión del sujeto pasivo beneficiaría a las empresas, puesto que éstas ya no se verían obligadas a financiar anticipadamente el IVA.

En el caso de Alemania, su solicitud para aplicar la inversión del sujeto pasivo se refería a aquellos casos en los que el importe de la factura fuese superior a 5.000 euros. Además, el sujeto pasivo que realizase la entrega podría cerciorarse de la validez del número de identificación especial a efectos de IVA del cliente antes de llevar a cabo dicha entrega aplicando el mecanismo de inversión. La confirmación de la validez se efectuará por vía electrónica y en línea. Una vez comprobada la validez del número del cliente, el proveedor no repercutirá el IVA correspondiente a la entrega, sino que será el comprador quien declarase a las autoridades el IVA por él adeudado, que, en condiciones normales, podría también declarar como IVA soportado deducible. Además de comprobar el NIF del cliente, el sujeto pasivo que efectuase la entrega aplicando el mecanismo de inversión enviaría a las autoridades fiscales una notificación por vía electrónica cada vez que realizase una entrega no gravada y declararía el importe de la misma. El cliente, por su parte, debería consignar por separado en su declaración fiscal las entregas recibidas sujetas al mecanismo de inversión. La administración fiscal procedería al cotejo de la información enviada electrónicamente por el proveedor con la información declarada por el comprador.

Como puede observarse, a diferencia de la propuesta austriaca, la alemana prevé una importante obligación adicional de información por parte de los sujetos pasivos. Pese a ello, la Comisión, en su Comunicación de 18 de julio de 2006 (COM (2006) 404 final) no autorizó la medida a estos países. Los motivos eran diversos:

1. Tras la generalización del régimen de inversión del sujeto pasivo *surgirían nuevas modalidades de fraude*. Si la obligación tributaria se transfiere al eslabón siguiente, la última empresa de la cadena de suministro tendrá mayor interés en desaparecer. Asimismo, este mecanismo no soluciona el problema de las «ventas en negro» que se siguen situando al margen del circuito oficial.

³⁰ Comunicación de 18 de julio de 2006 (COM (2006) 404 final). Según se refleja en dicha Comunicación, Austria calcula que las pérdidas totales por este concepto ascienden al 4,4% del total de los ingresos generados, si bien no dispone de una estimación exacta de la proporción correspondiente al fraude carrusel dentro de este porcentaje. Alemania estima que sus pérdidas como consecuencia de los fraudes carrusel se sitúan en torno al 2% de los ingresos en concepto de IVA.

2. La aplicación de un mecanismo de inversión del sujeto pasivo *exigiría que el proveedor se cerciorara de la situación de su cliente a fin de determinar si se trata o no de un sujeto pasivo* y, por consiguiente, si es posible o no facturarle el IVA. Con el régimen actual, no es preciso realizar tal control puesto que, generalmente, el impuesto se aplica independientemente de la condición del cliente. Paralelamente, los requisitos consistentes en presentar todos los meses información sobre el volumen de negocios global en relación con cada una de las empresas clientes (en el caso de Austria) y en realizar notificaciones por vía electrónica a las autoridades fiscales y declarar el valor de cada una de las entregas no gravadas (en el caso de Alemania) supondrían la aparición de obligaciones suplementarias».

3. La aplicación generalizada de un mecanismo de inversión *suprimiría uno de los elementos característicos de ese impuesto: el pago fraccionado*. Por otro lado, los sujetos pasivos estarían sometidos a tres tipos diferentes de régimen fiscal: - el régimen «tradicional» del IVA; - el régimen de inversión del sujeto pasivo para las entregas entre empresas, en caso de cumplirse una serie de criterios: -y el régimen intracomunitario. Tal situación dificultaría aún más el cumplimiento de las obligaciones contables a las que están sujetas las empresas. Asimismo, se impondrían trámites reglamentarios adicionales (comprobación de la condición del cliente a efectos fiscales y notificación de las operaciones) a los operadores honrados que ejercen su actividad en sectores donde el fraude no es frecuente. Por otro lado, las autoridades de Alemania y Austria tendrían que invertir muchos más recursos en el control del IVA, ya que la proporción de sujetos pasivos que abona el grueso del impuesto pasaría de una minoría a una mayoría.

4. Por otro lado, permitir la aplicación, por parte de Estados miembros concretos, de medidas específicas de tal alcance y tamaño repercutiría *provocar la desaparición del mercado interior a efectos de IVA*. Y es que, en función del valor de la entrega, del tipo de producto o de cualquier otro criterio imaginable, las empresas se verían enfrentadas, en el caso de las entregas interiores, a normas y procedimientos divergentes en los diferentes Estados miembros.

5. Además, con el mecanismo de inversión del sujeto pasivo, *el riesgo financiero derivado del impago del IVA se transfiere de las administraciones fiscales a las empresas*. Son estas últimas quienes asumen el riesgo al decidir si proceden o no a la facturación del impuesto, una vez comprobada la condición de sujeto pasivo de su cliente. Esta transferencia de responsabilidad de la administración fiscal a las empresas y los costes que podría ocasionar a las empresas son contrarios a los objetivos de Lisboa.

6. Cabe añadir que el mecanismo de inversión del sujeto pasivo *debilita considerablemente el control ejercido al final de la cadena de distribución*. Por consiguiente, las administraciones fiscales tendrían que incrementar de forma significativa el número de funcionarios inspectores a fin de hacer frente al riesgo derivado de la dispersión de la deuda fiscal entre un mayor número de sujetos pasivos. Además, la extensión de la aplicación de dicho mecanismo propuesta por Alemania y Austria introduce, en la práctica, un régimen del IVA alternativo mucho más complejo que el general.

En definitiva, con toda esta batería de razones, para establecer una aplicación generalizada de la regla de inversión del sujeto pasivo, la única solución sería modificar la Sexta Directiva (junto a un cambio de planteamientos, claro está)³¹. Para todo se requiere,

³¹ La Comisión, no obstante, no se niega a examinar instrumentos complementarios o, incluso, alternativos. En el mismo sentido, se compromete a seguir trabajando a fin de determinar si procede emprender una acción más global en el marco de la Sexta Directiva IVA.

no obstante, la unanimidad de todos los Estados miembros. La posibilidad de perseguir los fraudes a través de la citada inversión depende, por tanto, de esta regla de unanimidad. Cuestión nada fácil.

2. Segunda alternativa: la regla de inversión del sujeto pasivo para determinados sectores. El caso de España y Reino Unido

Esta alternativa ya ha sido incorporada por el ordenamiento tributario español. El art. 84.2 LIVA dispone que son sujetos pasivos los empresarios o profesionales destinatarios de determinadas operaciones sujetas a gravamen. No obstante, se trata de operaciones que se producen en sectores que no son propicios al fraude carousel que analizamos.

En el mismo sentido, Reino Unido, tras la sentencia del TJCE y la polémica suscitada por el supuesto de responsabilidad tributaria introducido, elevó una petición al Consejo para solicitar la regla de la inversión del sujeto pasivo pero solo para determinados bienes, justamente sobre los que detectaron un incremento de los fraudes en cadena³². No obstante, en aras de simplificar, el Reino Unido desea fijar un umbral de 1.000 GBP (aproximadamente, 1.480 EUR), por debajo del cual las entregas no estarían sujetas al mecanismo de inversión del sujeto pasivo.

El Consejo, mediante Propuesta de 28 de septiembre de 2006 (COM 2006 [555 final]) autoriza dicha inversión y, por tanto, la inaplicación del art. 21.1.a) de la Sexta Directiva. Como consecuencia de esta medida, el precio abonado por el cliente al proveedor por esos productos no incluiría un importe en concepto de IVA. En su lugar, el cliente indicaría el IVA correspondiente a la entrega en su propia declaración del IVA. Conforme a las disposiciones normales, deduciría también este IVA en esa misma declaración. De ese modo, no existiría pago de IVA sobre dichas entregas entre sujetos pasivos totales, y sería el minorista, el último eslabón de la cadena, quien abonaría el importe total del IVA al Tesoro.

Para la Comisión, las razones de dispensar un distinto tratamiento al que se dispensó a Austria y Alemania estriba en varias razones:

1. Estando limitado a una pequeña serie de bienes, el sistema no tendría el carácter de mecanismo generalizado, ni su finalidad sería llegar a serlo. De esta forma no introduciría ningún cambio esencial en el sistema IVA.

2. Aunque el Reino Unido debería establecer obligaciones en materia de control y de notificación, a fin de que las autoridades fiscales dispusieran de información que les permitiera cerciorarse de la eficacia de la medida, estas obligaciones podrían ser

³² Concretamente los siguientes: teléfonos móviles; circuitos integrados/microprocesadores/unidades centrales de proceso; soportes electrónicos de almacenamiento para uso en ordenadores o cualquier dispositivo de telefonía móvil o dispositivos electrónicos específicos; dispositivos electrónicos utilizados para el almacenamiento, el tratamiento o la grabación de datos electrónicos, tales como: cámaras y videocámaras digitales de bolsillo, lectores de audio digitales de bolsillo, como los lectores MP3, lectores de vídeo digitales de bolsillo y lectores de DVD portátiles, dispositivos inalámbricos con funciones de correo electrónico, teléfono, mensajería de texto y navegación en Internet, y otro tipo de acceso inalámbrico a datos, ordenadores de bolsillo, dispositivos portátiles o de bolsillo de determinación de la posición para sistemas de navegación vía satélite, consolas de juegos con pantalla, o de las utilizadas con televisor u ordenador.

En este caso se estima que este tipo de fraude ha costado al Reino Unido entre 6.750 y 11.000 millones de libras (GBP) desde 2001. En los últimos años, el Reino Unido ha visto incrementarse notablemente el grado de sofisticación y complejidad de este fraude, como consecuencia de diversas intervenciones. Según las últimas estimaciones publicadas, el fraude carousel oscilaba entre 1.120 millones de GBP y 1.900 millones de GBP en 2004/05.

similares a los actuales requisitos de información aplicables en las entregas de bienes intracomunitarias.

3. La franquicia solicitada por el Reino Unido de 1.480 EUR mitiga las posibles dificultades que ello pueda ocasionar a los minoristas y las pequeñas empresas clientes.

Sea como fuere, la Comisión también se muestra cautelosa en relación con el incremento de las obligaciones contables (se introduce un régimen distinto al aplicado en las entregas normales de bienes) y con la eficacia de la medida (no existen garantías de que vaya a eliminar el fraude). De esta forma, señala que la propuesta de autorización de la medida de inaplicación solicitada debe también especificar los elementos esenciales de la aplicación del mecanismo de inversión del sujeto pasivo y poner límites a su duración, con el fin de poder evaluar su eficacia y sus repercusiones en el funcionamiento del mercado interior. En todo caso, la autorización tiene efectos solo hasta el 31 de diciembre de 2009. Además, el Reino Unido deberá informar de la aplicación de las medidas, su eficacia y del posible desplazamiento de la evasión fiscal hacia otros productos o hacia el comercio minorista antes del 31 de diciembre de 2008.

VII. Conclusiones

Tal y como hemos tratado de poner de relieve en los apartados anteriores, el nuevo supuesto de responsabilidad tributaria en el IVA resulta anómalo en si mismo y mucho más dentro del sistema fiscal español que se rige por una serie de principios y en el que los supuestos de responsabilidad tributaria existentes hasta el momento, parten de una serie de premisas como, por ejemplo, la pertenencia del responsable tributario al círculo de personas que guardan alguna relación con el sujeto obligado (este es el caso de los administradores o los socios, en relación con las sociedades; o el caso de los contratistas de obras).

En el mismo sentido, choca con algunos principios importantes de Derecho Comunitario. Y, quizás también no menos importante, creemos que se presenta como una medida con una eficacia preventiva muy relativa (al igual que otras medidas contenidas en esta sedicente ley de prevención). Este aspecto debe ser cuestionado a la luz de la regulación que acabamos de ver. El legislador expone que trata de hacer frente al denominado fraude carrusel. Sin embargo, en nuestra opinión, esta eficacia parece ser muy escasa.

Primero, se está haciendo responder a un sujeto cuyo grado de participación en la infracción tributaria es indeterminado, improbable e, incluso, inexistente. Ni siquiera sabemos si pertenece a la trama de fraude que se trata de combatir. No parece ser, por tanto, una medida con encaje en una ley de prevención del fraude fiscal y sí más propia del derecho sancionador si bien debería tener otro encaje legal.

Segundo, esta medida que estudiamos solo garantiza que se ingrese el impuesto repercutido, so pena de exigirlo a una persona ajena a la trama de que se trata. No se limita, sin embargo, el derecho a la devolución del impuesto (devolución que, correspondiendo a una cadena de fraude, será indebida).

A la luz de las deficiencias señaladas, no podemos sino que invitar al legislador español a realizar un replanteamiento de este nuevo supuesto de responsabilidad, y de los fines que la misma persigue.

VIII. Bibliografía

BANACLOCHE PALAO C., *El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas*, in *Impuestos*, 2006, n. 21.

BRARD J. P., *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales: retrouver l'égalité devant l'impôt*, Assemblée nationale. (1999).

CALDERÓN CARRERO, J. M., *Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal*, in *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons. (2000)

CALDERÓN CARRERO, J. M., *Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test Claimants in the thin cap group*, in *JT Aranzadi*, (2007):n. 2.

CALVO ORTEGA R., *El Proyecto de Ley General Tributaria: aportaciones y aspectos críticos*, in *Nueva Fiscalidad*, (2003), n. 8.

CALVO ORTEGA R., *La nueva Ley General Tributaria y sus retos*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, (2003) n. 238.

CHECA GONZÁLEZ, C. (2007):*Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Ley 36/2006, de 29 de noviem* CHECA GONZÁLEZ, C., *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson-Aranzadi (2007).

COURION O., y SMITH S., *The Fight Against Carousel Fraud: The French Approach*, in *Tax Planning International Indirect Taxes*, (2005), n. 10.

FALCÓN Y TELLA R., *La inconstitucionalidad de la disp. adicional 4ª de la Ley de Tasas y sus consecuencias: la prescripción del derecho a liquidar por TPO*, in *QF* (2000), n. 15.

FALCÓN Y TELLA R., *Las cadenas de fraude en el IVA y la STJCE de 12 de enero de 2006: la incompatibilidad con la Sexta Directiva de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el anteproyecto de Ley de prevención del Fraude*, *Quincena Fiscal*, (2006), n. 2

FALCÓN Y TELLA R., *El fraude de ley y el IVA (STJCE Halifax, de 21 febrero de 2006): la imposibilidad de sancionar y la necesidad de tener en cuenta el IVA soportado*, in *Quincena fiscal*, (2006), n. 6.

FALCÓN Y TELLA R., *La responsabilidad subsidiaria prevista en el nuevo art. 87, cinco, LIVA: una medida vacía de contenido (en la medida en que si el comprador conoce el fraude la responsabilidad es solidaria, y si no lo conoce, la responsabilidad resulta inexigible) que debería sustituirse por una ampliación de los supuestos de inversión del sujeto pasivo*, in *Quincena Fiscal*, (2007), n. 21 (versión electrónica).

GARCÍA NOVOA C., *El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I y II)*, *Quincena Fiscal*, (2006), n. 10 e II.

GONZÁLEZ GARCÍA E.; y PÉREZ DE AYALA J.L., *Presunciones y ficciones en materia tributaria*, *Crónica Tributaria*, (1992), n. 61.

MARTÍN FERNÁNDEZ F.J., *El derecho de reembolso del responsable*, *Revista de Estudios Jurídicos*, (2000), n. 3.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas antielusión/abuso del derecho interno*, in Documento de trabajo del IEF, (2007), n. 7.

PUEBLA AGRAMUNT P., *Fraudes de IVA en cadena, actividades ilícitas*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Anteproyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, Quincena Fiscal, (2006), n. 10.

PUEBLA AGRAMUNT P., *Estrategias en la lucha contra los fraudes del IVA*, in Quincena Fiscal, (2007), n. 3 (versione elettronica).

PUEBLA AGRAMUNT P., *La solución española a los fraudes carrusel: responsabilidad subsidiaria del adquirente por el IVA no ingresado en la cadena*, in Crónica tributaria, (2007), n. 123.

ROZAS VALDÉS J.A., *El derecho tributario ante el fraude de ley*, in RDFHP, n. 223.

RUIZ ALMENDRAL V., *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?*, in Intertax, vol. 33, (2005), n. 12.

SIMÓN ACOSTA E., *Fraude de ley y economías de opción*, in Cuestiones tributarias prácticas. La Ley, (1990), 2º ed..

VAQUERA GARCÍA A., RUIZ GARIJO M., *Aspectos problemáticos de la responsabilidad de los contratistas y subcontratistas*, JT Aranzadi, (2005), n. 15.

La lotta contro la frode carosello nel diritto tributario spagnolo*

Mercedes Ruiz Garijo**

SOMMARIO: *I. Introduzione; II. Giustificazione della Misura; III. Precedenti nell'ambito del diritto comparato: la sentenza dell'11 maggio 2006 Federation of Technological Industries e Altri; IV. Ambito oggettivo, soggettivo e portata della responsabilità; V. Problemi di Diritto Comunitario; - 1. Il principio di proporzionalità. La presunzione come presupposto della responsabilità; - A) Il prezzo anomalo; - B) Idoneità dell'uso di presunzioni nella lotta contro la frode fiscale; - 2. Il principio di divieto di abuso del diritto; A) Introduzione; - B) Nozione ed elementi qualificanti dell'abuso del diritto. Le costruzioni puramente artificiali; - 3. Il diritto a detrarre l'iva a monte; - VI. Alcune alternative all'uso di questa ipotesi di responsabilità; in particolare: l'esperienza britannica, austriaca e tedesca; 1. Prima alternativa: generalizzazione della regola dell'inversione contabile. Il caso Austria e Germania;- 2. Seconda alternativa: la regola dell'inversione contabile applicata in determinati settori. Il caso Spagna e Regno Unito; - VII. Conclusioni; VIII. Bibliografia*

I. Introduzione

La Legge 36/2006 sulle misure di prevenzione della frode fiscale prevede specifiche figure la cui finalità sembra essere, nelle intenzioni del legislatore, quella di prevenire l'attuale fenomeno della frode fiscale, che a sua volta sembra preoccuparlo più intensamente che in altri tempi.

Si tratta di una legge ambiziosa che raccoglie un gran numero di misure (che intendono essere preventive). Alcune presentano un'importanza pratica notevole (come le due nuove ipotesi di responsabilità), altre avranno, a nostro avviso, un'implicazione molto limitata, come l'obbligo di identificare il riferimento catastale dei beni immobili nei contratti di fornitura.

Si potrebbe anche dire che si tratta di una «legge-catalogo». Salta agli occhi il fatto che manca una chiara definizione di frode fiscale. A nostro avviso, questa operazione è fondamentale in una società come quella in cui viviamo. Nell'ambito del fenomeno della globalizzazione la ricerca costante di una certa invisibilità delle frontiere nazionali ha fatto sì che le amministrazioni finanziarie degli Stati si siano sentite danneggiate. Di conseguenza, si potrebbe anche parlare di una frode fiscale globalizzata: la frode fiscale, che i poteri pubblici si trovano a combattere nel contesto di una economia globalizzata, si alimenta delle loro forze e debolezze e, logicamente, presenta delle caratteristiche che non sono esclusive di un

* Traduzione italiana di Annó Rita Ciarcia

** Profesora Ayudante Doctora di Diritto Finanziario e Tributario presso l'Università Rey Juan Carlos

unico potere tributario. Ciò dovrebbe obbligare gli Stati interessati a raggiungere un accordo sulle caratteristiche della frode che vogliono combattere¹. In ambito comunitario queste divergenze hanno dato luogo a un'interessante dottrina della CGCE relativamente alle clausole antiabuso, alle quali faremo riferimento più avanti, e che, tuttavia, non sono state ancora introdotte negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Nell'ambito delle misure contenute nella legge del 2006, il legislatore spagnolo ha ritenuto nuovamente la figura della responsabilità tributaria come la soluzione a una serie di manovre fraudolente che si verificano specialmente nel contesto societario. Ne derivano due nuove ipotesi di responsabilità tributaria. La prima, collegata al "superamento del velo" della personalità giuridica (*levantamiento del velo*), si inserisce nel testo stesso della Legge Generale Tributaria (LGT), mentre la seconda consiste nella già nota ipotesi di responsabilità tributaria in caso di prezzo anomalo. Già a prima vista ciò provoca un certo sconcerto considerato che con questo nuovo precetto l'amministrazione tributaria potrà applicare l'imposta a una serie di soggetti che, nella maggioranza dei casi, sono totalmente estranei all'obbligazione tributaria (e totalmente estranei, pertanto, a comportamenti fraudolenti). E tutto ciò in base a una presunzione legale. Le conseguenze sono preoccupanti. Sebbene con la nuova Legge Generale Tributaria il responsabile può vantare un diritto di rimborso nei confronti del debitore principale, trattandosi di responsabilità sussidiaria questo diritto ha poche possibilità di essere esercitato. Come sottolineato dal Prof. Calvo Ortega (2003), la LGT ha stabilito di non riconoscere il principio di "non indifferenza" dei soggetti passivi, piuttosto che conferire il proprio potere amministrativo al soggetto che esercita l'azione di regresso con l'obiettivo di agevolare il recupero patrimoniale. Inoltre, se ciò che si vuole è l'applicazione di una sanzione, l'individuazione di ipotesi di responsabilità tributaria non costituisce la tecnica più adeguata, così come sottolineato dalla dottrina² e persino dalla CGCE.

Il nuovo art. 87.5 della Legge sull'imposta sul valore aggiunto (LIVA) recita quanto segue:

«1. Per le imposte relative alle operazioni imponibili a carico dei soggetti passivi, saranno considerati responsabili in via sussidiaria quei destinatari delle medesime che siano imprenditori o liberi professionisti, qualora dovessero ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a valle o che avrebbe dovuto essere assolta a valle dall'imprenditore o libero professionista che le effettua, o da qualsiasi soggetto che avesse effettuato la cessione e la prestazione dei beni di cui si parla, non sia stata né sarà dichiarata e versata.

2. A tal fine, si riterrà che i destinatari delle operazioni menzionate nel paragrafo precedente debbano ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a valle o che

¹ Il Prof. Calderón Carrero già alcuni anni fa mostrò le conseguenze della mancanza di un concetto di frode fiscale uniforme, sia sul piano interno che sul piano internazionale. Alcune delle sue conclusioni possono forse essere riconducibili al nuovo sforzo di prevenzione intrapreso dal legislatore spagnolo. L'autore segnala che i «risultati derivanti dall'applicazione delle misure unilaterali o clausole nazionali antifrode rispetto a operazioni internazionali, generalmente, non saranno accettati o riconosciuti nel resto dei paesi che potrebbero essere connessi a dette operazioni», e ciò ha essenzialmente due conseguenze: la mancanza di effettività della misura e una "soprattassa" o doppia imposizione a carico del contribuente. Parimenti, la mancanza di uniformità nella definizione di frode fiscale ostacola la creazione di meccanismi di contrasto a questo fenomeno. Nel caso che esistano dette clausole antifrode, queste possono anche non funzionare. Cfr. CALDERÓN CARRERO, *Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal*, in *Temas de Derecho Penal Tributario*, (Marcial Pons, 2000), p. 194.

² Tra gli altri, GARCÍA NOVOA, C. *El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I y II)*, in *Quincena Fiscal*, (2006), n. 10 e 11. Il fatto è che la responsabilità sussidiaria presenta degli aspetti divertenti poiché lo Stato, che non ha potuto ottenere l'adempimento dell'obbligazione tributaria, a causa dell'insolvenza del soggetto principale, consente al responsabile di recuperare l'imposta versata, che è invece impossibile da realizzare nel caso della responsabilità tributaria. E tutto ciò senza pregiudicare l'efficacia dell'Amministrazione nello svolgimento del procedimento di riscossione coattiva. Cfr. MARTÍN FERNÁNDEZ F. J., *El derecho de reembolso del responsable*, in *Revista de Estudios Jurídicos*, (2000), n. 3.



avrebbe dovuto essere assolta a valle non sia stata né sarà dichiarata e versata, laddove, in conseguenza di ciò, avessero versato un prezzo manifestamente anomalo.

Si intenderà per prezzo manifestamente anomalo:

- a) un prezzo sensibilmente inferiore a quello applicato a detti beni in condizioni analoghe o a quello versato in cessioni precedenti di beni identici;
- b) un prezzo sensibilmente inferiore al prezzo di cessione di detti beni da parte del fornitore degli stessi.

Al fine di qualificare il prezzo dell'operazione come manifestamente anomalo, l'Amministrazione tributaria esaminerà la documentazione a sua disposizione, nonché quella prodotta dai destinatari, e valuterà, nel caso sia possibile, altre transazioni realizzate nel medesimo settore economico con un grado elevato di comparabilità con la transazione analizzata, così da quantificare il valore normale di mercato dei beni esistenti al momento dell'effettuazione della transazione.

Non si riterrà manifestamente anomalo il prezzo giustificabile dalla presenza di fattori economici diversi da quelli considerati nell'applicazione dell'imposta.

3. Al fine di configurare la responsabilità in questione, l'Amministrazione tributaria dovrà dimostrare che l'imposta assolta a valle o che avrebbe dovuto essere assolta a valle non sia stata né sarà dichiarata e versata.

4. Dopo aver constatato l'esistenza delle condizioni stabilite ai paragrafi precedenti, l'Amministrazione tributaria dichiarerà che sussiste la responsabilità ai sensi dell'articolo 41.5 della Legge Generale Tributaria n. 58/2003» (enfasi aggiunta).

II. Giustificazione della misura

Cosa ha condotto il legislatore a creare questa ipotesi di responsabilità tributaria?

A prima vista, la risposta sembra semplice: si tratta di combattere quel fenomeno denominato frode carosello in ambito IVA e che, inoltre, non è nuovo nell'ambito del diritto comunitario³. Di regola, questo tipo di frode riguarda una delle seguenti categorie⁴:

1. *Frode all'acquisto*: Una società (A) stabilita in uno Stato membro vende determinate merci a una società (B) stabilita in un secondo Stato membro. La società B, che è l'operatore inadempiente o che utilizza un numero IVA abusivo, rivende questi beni sottocosto ad una società intermediaria (C), stabilita in questo secondo Stato membro. Le vendite ulteriori possono così essere fatte con profitto. La società B è debitrice dell'IVA sull'acquisto dei detti beni, ma, avendo utilizzato i medesimi beni per operazioni imponibili, beneficia anch'essa del diritto di dedurre la detta IVA in quanto tassa a monte. Per contro, essa è debitrice dell'imposta fatturata a valle alla società C, ma scompare prima di versarne l'importo all'Erario.

³ Nel diritto francese sono diverse le opere che hanno intrapreso tale studio. Si evidenzia l'opera di BRARD J. P., *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales: retrouver l'égalité devant l'impôt*, Assemblée nationale. (1999).

⁴ Nel Primo Rapporto dell'Osservatorio sul reato tributario (*Primer Informe del Observatorio del Delito Fiscal*) si parla anche di una terza categoria, denominata "frode carosello": «in questa modalità di frode, la circolazione (operazione e successivo trasporto) dei beni attraverso i diversi Stati membri non esiste in realtà, sostituita dalla sola circolazione delle fatture emesse per documentare le operazioni successive. Talvolta, addirittura, questa circolazione dei documenti è accompagnata da movimenti reali dei mezzi di pagamento, che si realizzano per dare apparenza di verità all'operazione simulata di fornitura dei beni».



2. *Frode carosello*. Il nome di tale categoria deriverebbe dal modo in cui gli stessi beni circolerebbero nell'Unione da uno Stato membro all'altro senza mai raggiungere un utente finale. Nella sua forma più semplice, tale frode presuppone tre operatori muniti di partita IVA in due diversi Stati membri (sebbene possano anche partecipare più operatori attivi in due o più Stati membri).

La prima parte della frode carosello funziona allo stesso modo della frode all'acquisto:

- Una società (A) stabilita in uno Stato membro vende determinate merci a una società (B) stabilita in un secondo Stato membro
- B (società fittizia - nel gergo degli ispettori tributari spagnoli, *empresa trucha* n.d.t - o "missing trader") acquista i beni esenti dall'IVA e quindi effettua una operazione interna nei confronti di una terza impresa, anch'essa stabilita nel medesimo Stato membro. Fattura l'IVA ma non la dichiara né la versa. Successivamente scompare. Come si può osservare, è questo anello della catena che risulta realmente problematico, in cui ci si imbatte in un operatore inadempiente, ossia un operatore che applica l'IVA ma che successivamente sparirà senza versarla alle autorità fiscali.
- La società C ("broker" o agente o distributore) rivende i beni di cui trattasi a un'altra società interposta (D) operante nel medesimo Stato membro, versando l'IVA fatturata all'Erario, dopo aver dedotto l'imposta assolta a valle, e così via, sino a che una società, in questo secondo Stato membro, esporta questi beni a un altro Stato membro. La detta esportazione è esente dall'IVA, ma la società esportatrice ha nondimeno il diritto di chiedere il rimborso dell'IVA pagata a monte sull'acquisto delle dette merci. Quando l'acquirente è la società A, si tratta di una vera frode di tipo «carosello».
- Il procedimento può essere ripetuto.
- Ora, nel caso in cui tale restituzione venga accordata, l'amministrazione tributaria del primo Stato membro accredita alla società l'IVA fatturata sulla vendita da parte dell'ultima società interposta, senza tuttavia aver mai riscosso l'importo fatturato a titolo di IVA da parte del primo "anello". La caratteristica di una vera frode a carosello consiste nel fatto che i beni vengono infine rivenduti al venditore originario, la società A.

Così come esposto nella Relazione, questa nuova ipotesi di responsabilità tributaria è stata "importata" dal Regno Unito, pur se con alcune modifiche. Certamente, come ben si riconosce nella legge in esame, «l'origine di questa misura è stata posta in dubbio dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella causa C-384/04. Nelle sue Conclusioni, presentate il 7 dicembre 2005, l'Avvocato Generale difende la compatibilità della misura con il diritto comunitario, sempreché siano soddisfatti i requisiti previsti nella norma che deve regolarla all'interno del nostro paese».

Il primo aspetto che ci ha suscitato una certa "perplexità" riguarda la rischiosità della misura. Al momento della pubblicazione della Bozza di progetto della legge, la CGCE non si era ancora pronunciata sulla causa e il Governo difendeva la responsabilità summenzionata sulla base delle argomentazioni dell'Attorney General del Regno Unito (argomentazioni che vengono citate quasi letteralmente nella Relazione alla Bozza di progetto della legge). Formalmente risultava quindi azzardato introdurre un'ipotesi di responsabilità prima dell'esistenza di una sentenza della CGCE. Questo particolare riferimento al diritto comparato rese necessari degli aggiustamenti durante la procedura legislativa successivamente alla sentenza della CGCE dell'11 maggio 2006 (causa C-384-04), alla quale faremo riferimento più avanti.



Questi aggiustamenti, tuttavia, non presero in considerazione altre sentenze, non meno importanti. Ci riferiamo alla sentenza delle CGCE del 12 gennaio 2006, *Optigen e altri* (cause congiunte C-354/03, C-355/03 e 484/03). In questa sentenza, anche l'amministrazione tributaria del Regno Unito tentò di far fronte a una frode a catena, non riconoscendo il diritto di deduzione dell'IVA assolta a monte per due degli "anelli" di detta catena di distribuzione, argomentando che le vendite corrispondenti non costituivano cessioni effettuate nell'ambito di un'attività commerciale. Forse la sua abolizione sarebbe stata la cosa più giusta, come venne fatto inizialmente in seno al Senato⁵.

Il legislatore spagnolo non è stato comunque l'unico che, in un certo qual modo, si è esposto al rischio descritto nel far fronte a questo tipo di frode. Come rileva Puebla Agramunt (2007), anche il Portogallo e l'Italia hanno introdotto norme simili nei loro ordinamenti interni⁶.

III. Precedenti nell'ambito del diritto comparato: la sentenza dell'11 maggio 2006 *Federation of Technological Industries e altri*

Come abbiamo sopra anticipato, il legislatore ha considerato la possibilità di introdurre una nuova ipotesi di responsabilità seguendo l'esperienza britannica, in attesa di una decisione della CGCE, sulla base delle argomentazioni addotte dall'Attorney General del Regno Unito. Alla fine questa responsabilità è stata approvata, seppur con qualche modifica per adattare i requisiti richiesti alla giurisprudenza della CGCE.

Questa importazione, a nostro avviso, risulta criticabile se si considera, soprattutto, il contesto in cui la misura britannica è stata introdotta. È opportuno tener presente che la risposta del Regno Unito alla frode carosello fu doppia. Due categorie di misure non isolate, inoltre, ma complementari e con il medesimo fine.

La prima consisteva nell'obbligo di costituzione di una garanzia quale condizione per la concessione di qualunque credito IVA. L'art. 4 dell'allegato 11 della legge 1994 sull'imposta sul valore aggiunto (*Value Added Tax Act 1994*) disponeva che:

«(1) I *Commissioners* possono richiedere, quale condizione per accordare o restituire a chiunque l'imposta gravante a monte, che venga fornita la prova dell'IVA nei modi da essi fissati.

⁵ L'abolizione fu dovuta agli emendamenti dei gruppi parlamentari al Senato. Così l'emendamento n. 46 del Gruppo Parlamentare dei Senatori di *Coalición Canaria* (GPCC); e il n. 65 bis del Gruppo Parlamentare Popolare al Senato (GPP). Fonte B.O.C.G. Senato, 21 settembre 2006, rispettivamente pagg. 67 e 80.

Successivamente, tuttavia, fu reintrodotta in seno alla Camera dei Deputati considerando che si trattava di una delle più importanti misure della legge contro la frode, insieme all'abolizione della procedura di audizione dell'interessato ("*trámite de audiencia*"). Per la discussione in plenaria, si veda B.O.C.G. n. 210 del 2 novembre 2006, pag. 10534.

⁶ Come rileva la citata autrice, nel primo caso, la relativa Legge finanziaria per il 2005 «ha introdotto la responsabilità solidale in ambito IVA per qualunque soggetto passivo che intervenga nelle prestazioni di servizi o nelle cessioni dei beni realizzate a catena, laddove si dimostri che sia stato omesso il versamento totale o parziale dell'IVA in qualsiasi transazione, per il solo fatto che detto soggetto ne sia a conoscenza o anche che sia probabile che ne sia a conoscenza, e che detta imposta non sia stata versata o che non abbia potuto essere versata all'Erario. Per il legislatore portoghese, si presume che il soggetto passivo sia a conoscenza di ciò nel caso in cui il prezzo pagato per i beni o servizi sia inferiore al prezzo più basso che sarebbe ragionevole applicare in una situazione di libera concorrenza o nel caso in cui tale prezzo sia inferiore al prezzo applicato per questi beni o servizi in fasi anteriori del circuito economico. In Italia, con effetto dal 1° gennaio 2005, sorge la responsabilità nel caso di mancato versamento dell'IVA da parte del cedente relativamente alle cessioni di beni effettuate a prezzi inferiori al valore normale; tale presunzione riguarda esclusivamente determinati beni, tra cui veicoli a motore, prodotti di telefonia e loro accessori, personal computer, componenti ed accessori, animali vivi della specie bovina, ovina e suina e loro carni fresche; inoltre, si prevede espressamente la possibilità di dimostrare che il prezzo concordato di cessione risulta inferiore al valore normale per ragioni o eventi oggettivamente rilevabili, sulla base di specifiche disposizioni di legge, o in tutti i casi in cui la causa non sia collegata all'omesso versamento dell'imposta».



(1A) Laddove lo ritengano necessario al fine di garantire la riscossione delle imposte, i *Commissioners* possono imporre, quale condizione per la concessione di qualunque credito IVA, la costituzione di una garanzia per l'importo del versamento nel modo ritenuto appropriato.

(2) Laddove lo ritengano necessario al fine di garantire la riscossione delle imposte, i *Commissioners* possono imporre a qualsiasi soggetto d'imposta, quale condizione per poter fornire o acquistare beni o servizi imponibili, la costituzione di una garanzia, ovvero un'ulteriore garanzia, per il pagamento dell'IVA cui è o potrebbe essere assoggettato:

(a) il soggetto d'imposta, o

(b) qualunque soggetto fornitore o destinatario dei beni o dei servizi interessati».

La seconda misura, che ci interessa maggiormente, concerneva l'introduzione di un'ipotesi di responsabilità solidale in materia fiscale, nell'ambito dell'art. 21 n. 3 e 22 n. 8 della Sesta Direttiva 77/388/CE, nei termini seguenti (art. 77A del Value Added Tax Act 1994)⁷:

«Responsabilità solidale dei commercianti in una catena di cessioni nella quale non viene assolta l'IVA.

(1) Il presente articolo si applica a beni corrispondenti ad una delle seguenti descrizioni:

(a) telefoni e qualsiasi altra attrezzatura, ivi inclusi componenti ed accessori, fabbricati o adattati per usi connessi alla telefonia o alle telecomunicazioni;

(b) elettronici e qualsiasi altra attrezzatura, ivi inclusi componenti, accessori e software, fabbricati o adattati per usi connessi agli elaboratori elettronici o a sistemi informatici.

(2) Laddove

(a) sia stata effettuata, nei confronti di un soggetto d'imposta, una cessione imponibile di beni soggetti al presente articolo, e

(b) al momento della cessione, il soggetto fosse a conoscenza del fatto o avesse ragionevoli motivi per sospettare che l'IVA dovuta per tale cessione, ovvero per qualsiasi altra cessione precedente o successiva dei medesimi beni, non sarebbe stata versata, i *Commissioners* possono notificargli un avviso in cui viene fissato l'ammontare dell'IVA non assolta e quindi dovuta e in cui viene specificato l'effetto di tale avviso.

(...)

(4) Ai fini del precedente paragrafo 2, l'importo dell'IVA dovuta per una cessione corrisponde all'importo più basso tra:

(a) l'importo addebitabile su tale cessione, e

(b) l'importo che risulta dovuto in base alla dichiarazione resa dal fornitore per il periodo contabile di riferimento prescritto (qualora questi ne abbia redatta una) assieme

⁷ L'art. 21(3) della Sesta Direttiva recita quanto segue:

«Nelle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2 (definizione dei diversi soggetti debitori dell'IVA nelle operazioni interne), gli Stati membri possono stabilire che una persona diversa dal debitore dell'imposta sia responsabile in solido per il versamento dell'imposta.».

Quindi, l'art. 22(8) della Sesta Direttiva dispone che:

«8 Gli Stati membri hanno la facoltà di stabilire, subordinatamente al rispetto del principio della parità di trattamento delle operazioni interne e delle operazioni effettuate tra Stati membri da soggetti passivi, altri obblighi che essi ritengano necessari ad assicurare l'esatta riscossione dell'imposta e ad evitare le frodi, a condizione che questi obblighi non diano luogo, negli scambi tra Stati membri, a formalità connesse con il passaggio di una frontiera.».



ad ogni altro importo di cui questi risulti essere debitore per tale periodo (fatto salvo ogni suo ricorso).

(5) Il riferimento, previsto dal precedente paragrafo 4, lett. b), all'importo di cui un soggetto risulta essere debitore include l'ipotesi in cui l'importo non sia notificato a questi in quanto ciò risulti impraticabile.

(6) Ai fini del precedente paragrafo 2, si presume che un soggetto abbia ragionevoli motivi per sospettare la sussistenza della fattispecie di cui alla lett. b) di tale paragrafo se il prezzo ad esso richiesto per i beni in questione:

(a) era inferiore al prezzo minimo che ci si può ragionevolmente aspettare di pagare per detti beni in un mercato aperto, ovvero

(b) era inferiore al prezzo richiesto per precedenti cessioni dei medesimi beni.

(7) La presunzione di cui al precedente paragrafo 6 può essere superata fornendo la prova che il prezzo ridotto di tali beni era imputabile a circostanze non connesse al mancato versamento dell'IVA.

(8) Il precedente paragrafo 6 lascia impregiudicata qualsiasi altra modalità volta ad accertare ragionevoli motivi di sospetto».

La norma menzionata generò un'intensa polemica che, nonostante tutto, fu approvata dal nostro legislatore per introdurre nell'ambito dell'ordinamento spagnolo una nuova ipotesi di responsabilità. Nell'ambito di un'azione legale contro i *Commissioners* avviata da vari imprenditori attivi nel settore della telefonia mobile e dei processori, venne sottoposta alla CGCE la questione pregiudiziale volta ad accertare la compatibilità delle misure descritte con il diritto comunitario, vale a dire se tali misure risultino oggettivamente giustificabili, logiche, proporzionate e rispondenti al principio di certezza del diritto.

La Corte, nella sentenza *Federation of Technological Industries e altri* dell'11 maggio 2006, ritiene che è l'art. 21, n. 3 della Sesta direttiva 77/388/CE (e non il 22 n. 8) che "in linea di principio" permette agli Stati membri di adottare misure in forza delle quali un soggetto è obbligato in solido a versare una somma a titolo dell'IVA dovuta da un altro soggetto indicato come debitore» (punto 28).

Tuttavia, ad avviso della Corte, dette misure devono rispettare i principi generali del diritto, in particolare, il principio di proporzionalità. Infatti, seppure sia legittimo, come affermato dalla stessa Corte nella sentenza *Molenheide* del 18 dicembre 1997 (cause congiunte C-286/94, C-340/95, C-401/95 e C-47/96), che i provvedimenti adottati dagli Stati membri tendano a preservare il più efficacemente possibile i diritti dell'Erario, essi non devono eccedere quanto è necessario a tal fine né causare pregiudizio agli obiettivi e ai principi stabiliti dalla normativa comunitaria (punto 47).

A nostro avviso, nella questione della responsabilità tributaria, la chiave del rispetto di questo principio si troverebbe nel gioco delle presunzioni. Vale a dire, le presunzioni utilizzate dal legislatore devono trovare un limite nel principio di proporzionalità. E giustamente, a giudizio della Corte, le presunzioni *iuris et de iure* sono quelle che si conformano meno al detto principio: «contrariamente a una presunzione semplice, una presunzione assoluta andrebbe oltre quanto necessario per garantire un'efficace riscossione e pregiudicherebbe il principio di proporzionalità, in quanto non consentirebbe al soggetto passivo di fornire la prova contraria sotto il controllo giurisdizionale» (si veda anche la sentenza *Molenheide*, punto 52).

Nel medesimo senso, la Corte ha chiarito che le presunzioni devono essere fondate su fatti che rivelino chiaramente la frode commessa. La Corte, tuttavia, non si ferma ad



analizzare le circostanze su cui si basano le presunzioni previste nell'art.77A del *Value Added Tax Act 1994*: prezzo minimo che ci si può ragionevolmente aspettare di pagare per detti beni in un mercato aperto, ovvero prezzo inferiore al prezzo richiesto per precedenti cessioni dei medesimi beni.

Da ultimo, come segnalato dall'Avvocato Generale nelle sue Conclusioni, queste presunzioni antifrode devono essere facilmente confutabili. Ossia, esse non possono essere formulate in maniera tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile per il soggetto passivo superarle fornendo la prova contraria. Se così fosse, si darebbero luogo, *de facto*, a un sistema di responsabilità oggettiva, che andrebbe al di là di quanto necessario per garantire i diritti dell'Erario: «gli operatori che adottano qualsiasi misura che possa essere da essi ragionevolmente pretesa al fine di assicurarsi che le loro operazioni non facciano parte di una catena in cui ricade un'operazione inficiata da frode all'IVA devono poter fare affidamento sulla liceità di tali operazioni senza rischiare di essere obbligati in solido a versare tale imposta dovuta da un altro debitore» (punto 30)⁸. Come si vede, la Corte ha un lodevole atteggiamento di prudenza nel tenere conto della necessità di conciliare l'esigenza di assicurare la riscossione dell'IVA (e la prevenzione della frode) e l'interesse a garantire che un'operazione normale di mercato non sia minacciata dall'applicazione di una responsabilità oggettiva e solidale.

Passiamo ora alla modalità, in un certo qual modo peculiare, attraverso la quale la misura si inserisce nel nostro ordinamento giuridico, per chiarire se sia in grado di superare il giudizio di proporzionalità che abbiamo appena terminato di vedere.

IV. Ambito oggettivo, soggettivo e portata della responsabilità

In conformità con l'art. 3.3 della Legge 36/2006 si aggiunge un nuovo paragrafo cinque all'articolo 87 della LIVA: «saranno considerati responsabili in via sussidiaria quei destinatari delle medesime che siano imprenditori o liberi professionisti, i quali dovessero ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a valle o che avrebbe dovuto essere assolta a valle dall'imprenditore o libero professionista che le effettua, o da qualsiasi soggetto che avesse effettuato la cessione e la prestazione dei beni di cui si parla, non sia stata né sarà dichiarata e versata».

Come si può osservare, sono varie e importanti le differenze introdotte nel nostro ordinamento che, dinanzi alla CGCE, potrebbero comportare dei risultati distinti da quelli ottenuti dal Regno Unito. In tal senso, la presunzione si applica a tutte le cessioni di beni (non alla prestazione di servizi), ha natura sussidiaria; si risponde del mancato versamento dell'IVA dal primo anello della catena di distribuzione (e non dalla cessione immediatamente precedente) e le possibilità di confutare la presunzione sono molto ridotte.

Riguardo all'*ambito oggettivo*, la prima domanda che sorge riguarda i motivi che giustificano l'estensione di questa nuova ipotesi di responsabilità a tutte le cessioni di beni.

⁸ Come affermato dall'Avvocato Generale, in una chiara difesa della misura seppur entro determinati limiti, «le presunzioni di frode dell'IVA devono scaturire da circostanze che facciano presumere una frode dell'IVA, rispetto alle quali si possa ragionevolmente ritenere che i commercianti ne fossero a conoscenza. Gli Stati membri possono imporre ai commercianti un obbligo di vigilanza e di informazione in ordine al contesto di fatto in cui si collocano i beni oggetto del loro commercio. Tuttavia, tale dovere non deve implicare un onere eccessivamente gravoso per i commercianti che adottino le necessarie precauzioni al fine di svolgere il proprio commercio secondo buona fede.» (punto 28).



Come avverte qualche autore, la frode carosello è propria di questo tipo di beni in quanto hanno un prezzo molto alto, sono facilmente trasportabili e possono essere ceduti rapidamente in un mercato dinamico (Brard, 1999).

Nel Regno Unito, come abbiamo visto, si applicava solo ai settori della telefonia mobile, delle telecomunicazioni e dei processori. Nel medesimo senso, nell'emendamento n. 122 presentato dal Gruppo Parlamentare Popolare alla Camera si proponeva che detta responsabilità fosse applicata in relazione a determinate operazioni: trasmettitori di apparecchiature o programmi informatici, di telefonia o telecomunicazioni o di mezzi di trasporto: «Considerato che le trame organizzate nella frode all'imposta sul valore aggiunto e all'imposta speciale su determinati mezzi di trasporto non riguardano la generalità dei settori dell'economia spagnola ma settori molto specifici, sembra ragionevole che sia nell'ambito di quei settori che si stabilisca una misura tanto eccezionale per la portata e la complessità giuridica (opera attraverso una catena di presunzioni che non ha paragoni con nessun'altra norma del nostro ordinamento giuridico) e che non si rifletta introducendo un alto livello di insicurezza giuridica sull'insieme dei settori dell'economia spagnola, anche a causa di una possibilità reale di verifica e di applicazione della medesima a quei settori specifici e non ad altri»⁹.

Infine, anche il Piano di Prevenzione della Frode si riferiva a una serie di beni specifici. Si riferiva a determinati settori economici in cui detta frode si è verificata: bevande alcoliche (soggette a imposte speciali), automobili d'occasione (dove la frode appare di frequente collegata al regime speciale dell'IVA dei beni usati), oro e metalli preziosi, dove, secondo i casi, si applica la regola dell'inversione contabile (*reverse charge*), materiali di recupero, con i regimi di rinuncia all'esenzione oppure, dal 2004, di inversione contabile. Inoltre, risultano particolarmente interessati i settori dell'informatica e della telefonia mobile¹⁰.

Ora la legge ha un nuovo approccio. Forse si tratta di una misura realmente preventiva. Sebbene la frode, in realtà, si localizza nei settori summenzionati, nulla impedisce che in futuro si estenda ad altri e che la lista possa ampliarsi. È opportuno segnalare, quindi, che in ambito UE, nel 2004, sono stati identificati 40 settori differenti¹¹.

Riguardo all'*ambito soggettivo*, la responsabilità sembra applicarsi solo nel caso in cui i destinatari siano imprenditori o liberi professionisti, nonché quando siano consumatori finali di determinati beni. Vale a dire, crediamo che non venga preso in considerazione il requisito dell'abitudine alla commercializzazione dei beni interessati, così come è previsto nella Bozza di progetto della legge¹². È sufficiente che abbiano versato per quei beni

⁹ B.O.C.G., Camera dei Deputati del 24 marzo 2006 N. 81-1, pag. 135.

¹⁰ Nel Piano si riconosce che «in ogni caso, il denominatore comune è la difficoltà di controllare questo tipo di trame fraudolente: combattere questo tipo di frode risulta estremamente complesso, in quanto, tra le altre ragioni, non solo vengono coinvolte le distinte aree funzionali dell'Agencia Tributaria (Gestione, Ispezione, Riscossione e Dogane), ma anche altri organismi dello stesso Ministero e, nei frequenti casi in cui si individuano gli estremi di un reato, il Ministerio Fiscal (Pubblico Ministero) e il potere giudiziario. Vengono così realizzati significativi sforzi di coordinamento funzionale. Oltretutto, le trame fraudolente si sviluppano su tutto il territorio nazionale, rendendo necessaria un adeguato coordinamento interterritoriale. Inoltre, la lotta contro questo tipo di frode richiede di solito uno scambio di informazioni internazionali, con tutte le difficoltà operative che ciò comporta. A ciò si aggiungono i problemi derivanti dall'ingresso di dieci nuovi Paesi nell'Unione Europea. Ancora contribuisce a tale complessità la mancata applicazione dei tradizionali procedimenti di controllo alle situazioni che causano questo tipo di frode». *Plan de Prevención del fraude fiscal*, pag. 66 e ss. Si veda <http://descargas.aeat.es/campanyas/fraude/ppff.pdf>.

¹¹ Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo sull'utilizzo degli accordi di cooperazione amministrativa nella lotta antifrode in materia IVA del 16 aprile 2004 (COM/2004/0260 def.).

¹² Nella Bozza di progetto la presunzione prevista si basava sul fatto che venisse ottenuto un utile straordinario: «si considererà che il destinatario delle operazioni menzionate al precedente numero debba ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a monte non è stata né sarà dichiarata e versata, quando, in conseguenza di ciò, abbia ottenuto a fronte dell'operazione soggetta ad imposta un utile straordinario».



un prezzo manifestamente anomalo. Non sembra nemmeno che sia richiesto un qualche tipo di vincolo, ossia che l'imprenditore o libero professionista in questione sia coinvolto nella trama fraudolenta da combattere, ma solamente che sia il destinatario dell'operazione e che presuma che l'IVA non sia stata assolta né verrà assolta.

Infine, la responsabilità riguarda la somma totale o parziale dell'IVA non assolta o che non sarà assolta corrispondente a qualsiasi cessione precedente o successiva. Si risponde dell'IVA nei medesimi termini previsti per il regime di responsabilità in materia di appalto o subappalto: l'ultimo acquirente può rispondere della somma totale dell'IVA dovuta e non assolta dal primo anello della catena di distribuzione (Vaquera García y Ruiz Garijo, 2005). La differenza, tuttavia, è particolarmente evidente: qui si risponde tanto dell'IVA che non è stata dichiarata né versata come dell'imposta che non sarà dichiarata o assolta. Nonostante ciò, ci si chiede come il destinatario dell'operazione possa presumere che l'imposta non sarà versata in futuro, neppure in forma tardiva. Ciò porta ad affermare che, nonostante l'intenzione, questa nuova ipotesi di responsabilità tributaria risulta un poco sproporzionata. Non si può far rispondere a un soggetto dell'IVA dovuta dal primo anello della catena di distribuzione.

Al riguardo occorre segnalare che la CGCE, nella sentenza *Optigen* del 12 gennaio 2006, per un supposto caso di frode a catena, rilevò il carattere strettamente individuale di ciascuno dei fatti imponibili soggetti all'IVA, argomentando che ciascuna transazione debba essere considerata per se stessa, senza che possa essere modificata da fatti anteriori o posteriori (punto 54)¹³. Più avanti si parlerà anche di tale questione.

V. Problemi di diritto comunitario

Il principio di proporzionalità. la presunzione come presupposto della responsabilità

A) Il prezzo anomalo

La domanda di maggiore rilevanza che ci consentirà di applicare il test di proporzionalità alla misura esaminata, secondo i termini evidenziati dalla CGCE, è la seguente: quando i destinatari delle operazioni debbano ragionevolmente presumere che l'imposta non sia stata versata o non si verserà? Come dispone la legge, *laddove, in conseguenza di ciò, avessero versato un prezzo manifestamente anomalo*. Vale a dire, quando si applicherà un prezzo sensibilmente inferiore:

– a quello applicato a detti beni in condizioni analoghe o a quello versato in cessioni precedenti di beni identici (l'ordinamento britannico si riferisce al prezzo che «era infe-

¹² Nella Bozza di progetto la presunzione prevista si basava sul fatto che venisse ottenuto un utile straordinario: «si considererà che il destinatario delle operazioni menzionate al precedente numero debba ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a monte non è stata né sarà dichiarata e versata, quando, in conseguenza di ciò, abbia ottenuto a fronte dell'operazione soggetta ad imposta un utile straordinario».

Inoltre, si riteneva, tra gli altri motivi («in particolare») che si fosse ottenuto un utile straordinario quando «dedicandosi con abitualità alla commercializzazione dei beni di cui trattasi, avesse versato un prezzo manifestamente anomalo per i beni trasmessi». B.O.C.G., Camera dei Deputati 24 marzo 2006 n. 81-1, pag. 12.

¹³ È irrilevante, ai fini del diritto del soggetto passivo di dedurre l'IVA pagata a monte, stabilire se l'IVA dovuta sulle operazioni di vendita precedenti o successive riguardanti i beni interessati sia stata versata o meno all'Erario (v., in questo senso CGCE, ordinanza 3 marzo 2004, causa C-395/02, *Transport Service*, Racc. pag. I-1991, punto 26). In base al principio fondamentale inerente al sistema comune dell'IVA e risultante dagli artt. 2 della prima e sesta direttiva, l'IVA si applica a qualsiasi operazione di produzione o di distribuzione, detratta l'imposta che ha gravato direttamente sul costo dei diversi elementi costitutivi del prezzo (v., in particolare CGCE, sentenza 8 giugno 2000, causa C-98/98, *Midland Bank*, Racc. pag. I-4177, punto 29; CGCE, sentenza 27 novembre 2003, causa C-497/01, *Zita Modes*, Racc. pag. I-14393, punto 37, e i e a., cit., punto 54).



riore al prezzo minimo che ci si può ragionevolmente aspettare di pagare per detti beni in un mercato aperto») o

– al prezzo di cessione di detti beni da parte del fornitore degli stessi (l'ordinamento britannico si riferisce al «prezzo richiesto per precedenti cessioni dei medesimi beni»).

La legge spagnola, tuttavia, non riprende fedelmente le ipotesi previste nella normativa del Regno Unito¹⁴. *Non sembra neanche ammettere altri tipi di situazioni o circostanze che possano essere rivelatrici del fatto che il destinatario dell'operazione presumeva o poteva presumere che il versamento dell'imposta non era stato effettuato o che non sarebbe stato effettuato, così come si prevedeva nella Bozza di progetto.*

Quel che è certo è che, di solito, la frode carosello viene organizzata per evitare il versamento dell'IVA e, pertanto, per ridurre in modo artificioso il prezzo dei prodotti. Vale a dire, la frode è la causa e il prezzo anomalo l'effetto. Tuttavia, non si ritiene che si possano invertire i termini (che dall'effetto si debba estrarre la causa). Vale a dire, che le circostanze precedenti (il pagamento del prezzo anomalo) non rivelano sempre la mancanza del versamento dell'imposta. Non sembra che il destinatario delle operazioni, a partire dal prezzo, possa decidere che si sia ommesso o che si ometterà di pagare l'imposta. Dubbi simili venivano manifestati dal Prof. Falcón y Tella (2006), il quale riteneva che si stesse introducendo chiaramente un'ipotesi di responsabilità oggettiva: «non è possibile presumere che un soggetto sia a conoscenza della frode in una fase anteriore alla sua effettiva attuazione, come dice la legge spagnola, ma è anche necessario dimostrare che tale soggetto sia a conoscenza della frode in essere o debba ragionevolmente sospettarlo, senza che la mera applicazione di un prezzo ribassato costituisca, in alcun modo, un indizio di tale conoscenza o sospetto»¹⁵.

In un'economia globale come la nostra le differenze tra i prezzi versati per il medesimo bene possono arrivare a essere, in molti casi, altissime. Fare di ciò una presunzione di conoscenza dell'omesso versamento ci sembra sproporzionato. Nel medesimo senso, la seconda circostanza sarà di difficile adempimento giacché obbliga l'acquirente a conoscere il prezzo pagato da colui che sta effettuando la cessione nei suoi confronti.

Ritornando alla norma contenuta nella Legge del 2006, in essa si stabilisce che al fine della *dichiarazione di responsabilità per quel prezzo anomalo*, l'Amministrazione tributaria deve soddisfare determinati requisiti:

1. *Dichiarazione di fallimento del contribuente*. Non dimentichiamo che, a differenza del Regno Unito, si tratta di un'ipotesi di responsabilità sussidiaria che, come è noto,

¹⁴ L'emendamento n. 107 del Gruppo Socialista alla Camera proponeva una formulazione simile alla normativa del Regno Unito.

«2. A tali effetti si considererà che i destinatari delle operazioni menzionate al numero precedente debbano ragionevolmente presumere che l'imposta assolta a monte non è stata né sarà dichiarata e versata, quando, in conseguenza di ciò, il prezzo ad esso richiesto per i beni in questione:

(a) era inferiore al prezzo minimo che ci si può ragionevolmente aspettare di pagare per detti beni in un mercato aperto, ovvero

(b) era inferiore al prezzo richiesto per precedenti cessioni dei medesimi beni.». B.O.C.G., Camera dei Deputati del 24 marzo 2006 n. 81-1, pag. 12. Nel Rapporto della Commissione, tuttavia, si è introdotto il testo che conosciamo ora. B.O.C.G., Camera dei Deputati del 28 giugno 2006, n. 81-13, pag. 12.

¹⁵ A questa opinione aderisce il Prof. CHECA GONZÁLEZ, *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson-Aranzadi (2007). Nel medesimo senso, si veda PUEBLA AGRAMUNT P., *Fraudes de IVA en cadena, actividades ilícitas, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Anteproyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal*, in *Quincena Fiscal*, (2006), n. 10; BANACLOCHE PALAO C., *El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas*, in *Impuestos*, 2006, n. 21.



tratta con più rispetto i diritti giuridici ed economici del responsabile. In ogni caso, si crede che le possibilità di applicazione di questo primo requisito siano scarse. Ci muoviamo nell'ambito delle cessioni intracomunitarie. In tal modo, è più che probabile che l'obbligato principale si trovi in un altro Stato membro così che detta dichiarazione risulti estremamente onerosa da parte dell'Amministrazione tributaria spagnola.

2. *Verificare l'esistenza di un'imposta che sia stata assolta a valle o che debba essere assolta a valle e che non sia stata dichiarata né versata.* Questo primo passo sembra logico e sembra che non causerà problemi, considerando le informazioni di cui dispone l'Amministrazione.

3. *Qualificare il prezzo dell'operazione come manifestamente anomalo.* Questa qualificazione consiste in modo esclusivo nella procedura in cui l'Amministrazione tributaria, alla luce della documentazione a sua disposizione, nonché di quella prodotta dai destinatari, dovrà quantificare il valore normale di mercato dei beni esistenti al momento dell'effettuazione della transazione. La legge continua affermando che l'Amministrazione tributaria, nel caso sia possibile, valuterà altre transazioni realizzate nel medesimo settore economico con un grado elevato di comparabilità con la transazione analizzata.

Sino a qui la legge sembra solo richiedere una "giustificazione" prendendo in considerazione la *documentazione prodotta dal destinatario* (la valutazione di «altre transazioni realizzate nel medesimo settore economico con un grado elevato di comparabilità con la transazione analizzata» avverrà solo «nel caso sia possibile»). Ciò significa che non è possibile confutare la presunzione? A nostro avviso, no. E questo perché si prevede che «non si riterrà manifestamente anomalo il prezzo giustificabile dalla presenza di fattori economici diversi da quelli considerati nell'applicazione dell'imposta». Vale a dire, e qui si sta aprendo la via per la possibilità citata, dimostrando che il prezzo ridotto di tali beni era imputabile a circostanze non connesse al mancato versamento dell'IVA. Sarebbe stato desiderabile, comunque, che la legge lo avesse riconosciuto espressamente, così come previsto nell'ordinamento britannico. Nel medesimo senso, l'emendamento n. 107, presentato dal Gruppo Socialista alla Camera, proponeva di inserire questo riferimento: «La presunzione stabilita in questo paragrafo non sarà applicata se gli acquirenti dei beni in questione dimostrino che il prezzo ridotto versato si debba all'esistenza di fattori economici diversi da quelli considerati nell'applicazione dell'imposta»¹⁶.

Tuttavia, si è detto che *forse si tratta di una confutazione sproporzionata*. Come si è visto, la CGCE riteneva che le presunzioni non possono essere formulate in maniera tale da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile per il soggetto passivo superarle fornendo la prova contraria. Così, da un lato, la responsabilità copre tutti i tipi di cessione di beni e di prestazione di servizi. Vale a dire, nei settori in cui può risultare estremamente difficile determinare il prezzo di mercato.

B) Idoneità dell'uso di presunzioni nella lotta contro la frode fiscale

Come abbiamo visto, l'ipotesi di responsabilità di cui si tratta è basata su un *gioco di presunzioni* di conseguenze che si potrebbero considerare un poco caotiche.

¹⁶ B.O.C.G., Camera dei Deputati del 24 marzo 2006 n. 81-1, pag. 12. Nella Relazione della Commissione, tuttavia, tale proposta non fu accettata. B.O.C.G., Camera dei Deputati del 28 giugno 2006, n. 81-13, pag. 12.



La presunzione è stata definita dalla dottrina come «quella operazione logica che tende a fissare l'esistenza o le dimensioni di un fatto sconosciuto a partire da un altro fatto conosciuto precedente o successivo, a seconda dei casi»¹⁷. Si tratta di un percorso per acquisire una certezza in relazione a un fatto la cui esistenza è difficile o impossibile da provare. Nel caso che si sta esaminando, tuttavia, *il legislatore collega dei fatti sconosciuti*, utilizzando, tra l'altro, concetti giuridici indeterminati. Si stabilisce che il destinatario delle operazioni è il responsabile dell'omesso versamento di un tributo sulla base del pagamento di un prezzo anomalo (e, in un certo qual modo, si è arricchito). Quel prezzo anomalo, a sua volta, si basa su un'altra presunzione. Tuttavia, i due fatti non sono collegati. Il prezzo anomalo non è una realtà facilmente verificabile. Sarebbe stato differente se si fosse previsto che l'acquirente o destinatario delle operazioni fosse stato a conoscenza, avesse avuto la prova o la certezza dell'omissione del versamento o, persino, avesse in qualsiasi modo partecipato a tale situazione. In questo caso, è chiaro che lo strumento di reazione debba essere la responsabilità dei danti causa o dei loro eventuali collaboratori nella realizzazione di un'infrazione tributaria (art. 42.1.a) della LGT).

Inoltre, si potrebbe affermare che la presunzione che un soggetto debba aver presunto annulla qualsiasi possibilità di difesa. Infatti, «quando si dice che un soggetto presume la realizzazione di un fatto, si intende che quel soggetto si limita a dare un'opinione dell'accaduto, non avendo a disposizione una prova obiettiva dello stesso e non potendo affidarsi a elementi sufficienti per avere una certezza obiettiva degli eventi»¹⁸. Vale a dire, in questo caso, sembra che il legislatore già sia certo di quale tipo di frode si stia realizzando (frode carosello) e di chi sia uno dei soggetti responsabili della stessa (il destinatario, ultimo anello della catena di distribuzione). Non potendo affidarsi a elementi di prova alternativi (i quali in molti casi sono di una difficoltà estrema) stabilisce questa ipotesi di responsabilità.

In tal senso, la Corte Costituzionale ha già avuto occasione di pronunciarsi sull'uso delle presunzioni come meccanismo antifrode. E fu nella relazione alla Normativa Supplementare (*Disposición Adicional*) 4^a della Legge concernente le tasse e i prezzi pubblici (LTPP) che introdusse una presunzione di frode, *iuris et de iure*, per quei casi in cui le parti avessero dichiarato un valore inferiore a una percentuale maggiore del 20 per cento rispetto al valore verificato dall'Amministrazione come «valore reale». Di conseguenza, la differenza veniva tassata come un trasferimento a titolo gratuito. Nella sentenza 194/2000 del 9 luglio, il massimo interprete della Costituzione si pronunciò come segue:

- Carattere sproporzionato della misura: «ci troviamo dinanzi a un atto legislativo che applica il medesimo trattamento a situazioni disuguali, le quali hanno una soluzione distinta di natura generale nel nostro ordinamento tributario, ossia: ipotesi in cui, occultando il prezzo effettivamente pattuito, si è commesso un illecito tributario (a cui siano applicabili l'art. 77 e ss. della L.G.T. e il procedimento previsto nel Regio Decreto 1930/1998); ipotesi in cui il vero intento negoziale delle parti è simulato (ipotesi in cui l'ordinamento tributario prevede l'impiego degli strumenti indicati negli artt. 25 e 28 della L.G.T.); oppure, infine, ipotesi in cui sussisteva una mera discrepanza rispetto al

¹⁶ B.O.C.G., Camera dei Deputati del 24 marzo 2006 n. 81-1, pag. 12. Nella Relazione della Commissione, tuttavia, tale proposta non fu accettata. B.O.C.G., Camera dei Deputati del 28 giugno 2006, n. 81-13, pag. 12.

¹⁷ GONZALEZ GARCIA E., y PEREZ DE AYALA J. L., *Presunciones y ficciones en materia tributaria*, in *Crónica Tributaria*, (1992), n. 61.

¹⁸ Cfr. ROZAS VALDES J.A., *El derecho tributario ante el fraude de ley*, in *RDFHP* (1993), n. 223. Quest'autore segnala come in tutte le presunzioni giuridiche un fatto-base e un fatto-conseguenza siano collegati in una relazione logica di probabilità (pag. 89).



valore del bene o del diritto oggetto del trasferimento [per i quali, in linea di principio, è prevista una mera liquidazione complementare comprensiva dei corrispondenti interessi di mora, in quanto l'art. 77.4 d) della L.G.T. prevede la corrispondente causa esclusiva della responsabilità in detti casi]. Naturalmente, se il fine perseguito è quello di evitare la frode fiscale, non sembra coerente estendere a coloro che, senza l'intenzione di frodare l'Amministrazione tributaria, dichiarano come valore il prezzo reale del negozio giuridico realizzato, il medesimo trattamento applicato a quei soggetti che occultano illegalmente parte del prezzo reale dell'operazione effettuano al Fisco, in violazione del principio di solidarietà insito nel dovere costituzionale di contribuire alle spese pubbliche dello Stato (art. 31.1 della Costituzione)».

- Violazione del principio di capacità economica: «la *Disposición adicional* quarta della L.T.P.P. (...), lontana dal tassare la vera ricchezza dei soggetti che intervengono nel negozio giuridico, impone loro un pagamento a fronte di una ricchezza inesistente, conseguenza questa che, oltre a non riconoscere le esigenze di giustizia tributaria che sorgono dall'art. 31.1 della Costituzione, risulta anche chiaramente contraddittoria rispetto al principio di capacità economica riconosciuto nella medesima norma».

- Inidoneità della figura: «il modo ordinario di perseguire i comportamenti contrari all'ordinamento è l'imposizione di misure di natura punitiva. Per tale motivo può definirsi inusuale il fatto che si voglia prevenire la frode fiscale attraverso la minaccia di un maggior onere fiscale».

- Carattere sanzionatorio della misura: «il comportamento che, in conformità con la *Disposición adicional* quarta della L.T.P.P., determinerebbe l'applicazione di una misura essenzialmente sanzionatoria, sarebbe la previsione nel documento che formalizza il trasferimento a titolo oneroso di un valore inferiore a una percentuale maggiore del 20 per cento rispetto al prezzo che l'Amministrazione abbia verificato come «valore reale», la cui difficoltà di quantificazione è già stata sottolineata in precedenza (...) la misura non consente al cittadino di predire con un sufficiente grado di certezza il comportamento che costituisca infrazione, un'indeterminatezza del comportamento d'infrazione che viola le esigenze di tassatività derivanti dall'art. 25.1 della Costituzione [FJ 9]»¹⁹.

Si potrebbe affermare, tuttavia, che queste pronunce non sono estrapolabili dato che la presunzione che si sta analizzando non è *iuris et de iure*. Noi non lo crediamo. Con tale regime si sta facendo rispondere il destinatario delle operazioni realizzate per il fatto di aver presunto o di aver dovuto presumere l'omesso versamento dell'imposta (passato o futuro). Ci troviamo nel campo delle opinioni senza supporto di prove obiettive nel quale le *possibilità di provare il contrario* sono limitate. Non sarà facile per l'acquirente trovarsi nelle condizioni reali di provare di non aver presunto alcun fatto e che il prezzo anomalo si deve «*all'esistenza di fattori economici diversi da quelli considerati nell'applicazione dell'imposta*». Questi fattori economici possono essere non conosciuti da detto acquirente, potrebbero essere conosciuti solo dalla persona che cede il bene (il prezzo ridotto probabilmente obbedisce ai costi ridotti di produzione del bene in questione dovuti anche a fenomeni di delocalizzazione). Ciononostante, si deve rispondere dell'intera somma dell'IVA non versata a partire dal primo anello della catena di distribuzione, erodendo in tal modo il principio di capacità economica.

¹⁹ Per un'analisi della sentenza in esame si veda, tra gli altri, FALCÓN Y TELLA R., *La inconstitucionalidad de la disp. adicional 4ª de la Ley de Tasas y sus consecuencias: la prescripción del derecho a liquidar por TPO*, in QF (2000), n. 15; e SIMÓN ACOSTA E., *Fraude de ley y economías de opción*, in *Cuestiones tributarias prácticas*. La Ley, (1990), 2ª ed.

In questi termini – data la difficoltà di fornire la prova del contrario – la nuova ipotesi di responsabilità funzionerà come *un'ipotesi di responsabilità oggettiva*, chiaramente sproporzionata, destinata a produrre molto probabilmente situazioni ingiuste e in contrasto con la Sesta Direttiva 77/388/CE.

2. Il principio di divieto di abuso del diritto

A) Introduzione

La CGCE ha definito un concetto che risulta di maggior interesse rispetto all'oggetto del nostro studio. Ci riferiamo, in particolare, alla figura dell'abuso del diritto e al relativo divieto imposto agli Stati membri attraverso clausole differenti. Forse il legislatore spagnolo avrebbe dovuto avvicinarsi a questa dottrina non solo al momento di costruire un nuovo e aggiornato concetto di frode fiscale nell'ambito dell'ordinamento tributario spagnolo, ma anche al momento di configurare le misure di prevenzione contenute nella Legge 36/2006²⁰.

Attraverso questa interessante dottrina, elaborata intorno alle libertà comunitarie, la CGCE ha tenuto conto della necessità di multilateralità delle misure antifrode e ha proceduto facendo sforzi importanti nel contrastarla. Si è partiti dalla preoccupazione per gli interessi finanziari degli Stati membri, i quali possono adottare misure destinate a impedire che, utilizzando le possibilità create dal Trattato, alcuni cittadini intendano evitare abusivamente l'applicazione del diritto interno e che coloro che vi sono sottoposti possano avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario.

Questo sforzo di definizione porta così la Corte ad analizzare e depurare le numerosissime clausole antiabuso stabilite negli ordinamenti degli Stati membri. Ruiz Almen-dral (2005) sottolinea come l'ansia di adottare clausole di questo tipo costituisca un fenomeno espansivo che deriva dalle tensioni a cui devono sottostare i sistemi tributari nazionali con la moltiplicazione esponenziale del numero di possibilità di pianificazione fiscale internazionale.

I risultati della dottrina della CGCE, tuttavia, non stanno avendo dei risultati del tutto soddisfacenti. Forse la ragione sta nel primato delle libertà comunitarie, sulla cui base si è costruita e riposa l'intera sovrastruttura comunitaria. È certo, inoltre, che le clausole antiabuso sebbene siano intese a destrutturare pratiche illegali, in alcuni casi non solo distruggono comportamenti che costituiscono autentici abusi, ma anche altri casi di pratiche legittime.

La Corte si è incaricata, poi, di stabilire una serie di requisiti importanti per valutare la sussistenza dell'abuso del diritto, sempre con l'intenzione di conciliare due diritti²¹. Il primo è il diritto del cittadino comunitario a usufruire dei vantaggi fiscali offerti dalla normativa in vigore nello Stato di cui trattasi. L'altro è il diritto dello Stato a proteggere

²⁰ Del medesimo avviso sembra essere MARTÍN JIMÉNEZ A., *Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas antielusión/abuso del derecho interno*, in Documento de trabajo del IEF, (2007), n. 7.

²¹ Tra gli altri, si vedano: CGCE, sentenza del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd*; CGCE, sentenza dell'11 marzo 2004, causa C 9/02, *Halifax*; CGCE, sentenza del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Lasteyrie du Saillant*; CGCE, sentenza del 12 settembre 2006, *Cadbury Schweppes*, e CGCE, sentenza del 13 marzo 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

i propri interessi fiscali, in particolare l'esercizio della propria competenza fiscale in relazione alle attività realizzate sul proprio territorio e alla ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri.

In ogni caso, e indipendentemente dalla valutazione dei risultati di questa dottrina, crediamo che la Corte abbia compiuto un passo di notevole importanza nella lotta contro l'abuso del diritto e contro la frode fiscale.

B) Nozione ed elementi qualificanti dell'abuso del diritto. Le costruzioni puramente artificiali

L'idea principale (e l'avvertimento della CGCE agli Stati membri) è che l'abuso deve provarsi attraverso elementi soggettivi (che consistono nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale) ed elementi oggettivi. Questi elementi oggettivi saranno quelli che danno la certezza che si sta utilizzando una norma di copertura elaborata per un altro fine. Così come rilevato dal Prof. Calderón Carrero (2007) «potrebbe dirsi che l'abuso sussiste e può quindi applicarsi una clausola antiabuso di tipo fiscale quando il comportamento del contribuente non è conforme ai fini che persegue la norma comunitaria (di copertura), o non rientra tra questi».

In questo senso, occorre analizzare in modo congiunto che:

1. *le operazioni non abbiano una sostanza economica*, intese a eludere l'imposta. Il problema, tuttavia, come segnalato dalla dottrina, sta nel fatto che la Corte non ha definito precisamente cosa debba intendersi per attività o sostanza economica (Calderón Carrero, 2007).

Ciononostante, le pronunce della Corte hanno stabilito alcuni punti di riferimento. Ad esempio, nella sentenza *Halifax*, la Corte ha ritenuto che, al fine di proteggere i soggetti contro ogni valutazione soggettiva da parte degli organi amministrativi e giudiziari interni (la legislazione comunitaria deve essere certa e la sua applicazione prevedibile da coloro che vi sono sottoposti), l'attività economica, il concetto di cessione dei beni e prestazione di servizi devono essere considerati nei termini ristretti della Sesta Direttiva 77/388/CE). È opportuno ricordare, per una migliore comprensione, che questa sentenza si riferiva a una frode all'IVA²²;

2. *lo scopo essenziale delle operazioni in questione consista nell'ottenimento di un vantaggio fiscale contrario al diritto comunitario* (scopo che dovrà essere individuato sulla base di elementi oggettivi). Come si sottolinea nella sentenza *Halifax*, spetta al giudice nazionale stabilire contenuto e significato reali delle operazioni²³;

²² I fatti che danno luogo a questa sentenza sono i seguenti: Halifax è un istituto di credito esentato dall'IVA rispetto al 95% delle prestazioni effettuate all'epoca dei fatti, con un diritto a dedurre l'IVA limitato al 5%. Al fine di recuperare l'intero ammontare dell'IVA assolta sulle spese di costruzione dei nuovi locali, Halifax realizzava un'operazione di "ottimizzazione fiscale" utilizzando le tre filiali da essa interamente controllate: queste filiali stipulavano i diversi contratti e Halifax apparentemente sembrava soddisfare le condizioni per esercitare il diritto di detrazione. La costruzione dei nuovi locali era stata appaltata dalle filiali soggette all'IVA e non dalla società esentata dal pagamento della stessa.

L'Amministrazione fiscale britannica constata l'esistenza di operazioni nel campo di applicazione dell'IVA, pur considerando che tali operazioni hanno come unico obiettivo quello di eludere l'IVA. A supporto di ciò invoca la teoria dell'abuso del diritto.

²³ Nella medesima sentenza, *Halifax*, la Corte affermò che sarebbe contrario al principio di neutralità fiscale e, pertanto, contrario allo scopo del sistema indicato: «permettere ad un soggetto passivo di detrarre la totalità dell'imposta sul valore aggiunto assolta a monte laddove, nell'ambito delle sue normali operazioni commerciali, nessuna operazione conforme alle disposizioni del sistema delle detrazioni della sesta direttiva o della legislazione nazionale che la trasponesse glielo avrebbe consentito, o glielo avrebbe consentito solo in parte» (punto 71).



3. per osservare qual è lo scopo delle operazioni, la Corte ritiene che occorre prendere in considerazione il *carattere puramente fittizio di queste operazioni* (la prevalenza della forma sul contenuto), nonché i nessi giuridici, economici e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale.

Di conseguenza, il divieto di comportamenti abusivi non si può invocare semplicemente perché si sospetta che l'attività economica effettuata non ha altra giustificazione che il mero conseguimento di vantaggi fiscali. Occorre che l'Amministrazione dello Stato membro analizzi il contenuto e il significato reale di queste operazioni e prenda in considerazione il carattere puramente artificiale delle stesse. Al riguardo è estremamente significativo il fatto che la Corte abbia riconosciuto un diritto del contribuente all'ottimizzazione fiscale. Secondo la Corte il soggetto passivo ha il diritto di scegliere la forma di attività che gli permette di limitare la sua contribuzione fiscale.

Sembra che l'elemento caratterizzante dell'abuso del diritto stia nel carattere artificiale o meno della costruzione e nell'assenza di uno scopo economico. Il problema sta nel fatto che in alcuni casi esiste una zona grigia in cui sarà difficile che tale valutazione sia possibile.

Interessa ora verificare se la responsabilità per l'applicazione di un prezzo anomalo si conforma alla dottrina comunitaria relativa alle clausole antiabuso. Vale a dire, se sia in grado di passare il cosiddetto «test di proporzionalità». A nostro avviso, no. In primo luogo perché l'applicazione del principio comunitario che vieta i comportamenti abusivi impone che sia l'autorità nazionale a verificare determinati requisiti. E uno dei fatti da verificare consiste nell'effettività dell'acquisizione intracomunitaria che ha permesso l'applicazione dell'esenzione per uno degli anelli della catena di distribuzione (specificatamente il primo e l'ultimo). In tal senso, verificata l'inesistenza delle acquisizioni intracomunitarie, dovrebbe negarsi il diritto di detrazione. Forse possiamo arrivare ad affermare che la frode carosello, con l'intervento di Amministrazioni fiscali diligenti, che comprovino i fatti e le circostanze prodotti e che si scambino tutte le informazioni relative ai medesimi, dovrebbe avere i giorni contati.

In questo senso, vorremmo segnalare un'interessante sentenza del Consiglio di Stato francese concernente una frode di questo tipo. Nell'ordinamento francese, contro la frode carosello si applica la misura prevista nell'art. 28 *quater* della Sesta Direttiva 77/388/CE. Questa norma autorizza gli Stati membri a esentare le acquisizioni intracomunitarie alle condizioni da essi fissate per assicurare una loro corretta applicazione e prevenire ogni possibile frode, evasione e abuso. Seguendo l'art. 262 ter del CGI, l'Amministrazione fiscale francese negava l'esenzione a un'impresa specializzata nella fabbricazione e nella vendita di materiale elettronico considerando che non vi era corrispondenza con la realtà dei fatti. L'esistenza di giustificativi della spedizione dei beni destinati ad altri Stati membri e del numero d'identificazione fiscale dell'acquirente non erano stati considerati elementi sufficienti a presumere che l'acquisizione intracomunitaria fosse stata effettuata. L'Amministrazione disponeva di un'informazione fornita dalle Amministrazioni fiscali degli altri Stati membri, la quale le consentì di distruggere questa presunzione: alcune società italiane senza registrazioni contabili, altre sconosciute al Fisco italiano; una delle società britanniche non aveva uno stabilimento o una sede nel Regno Unito, ma solamente un domicilio; riguardo alla società portoghese, i beni forniti erano stati spediti in Spagna e non in Portogallo. Come se non bastasse, la maggior parte delle società in questione non effettuava un'attività economica collegata ai beni che, all'apparenza, avevano acquistato dalla società francese. In conclusione, e alla luce di tutti questi



fatti, si ritenne che le acquisizioni intracomunitarie non avevano avuto luogo, per cui non risultava applicabile l'esenzione menzionata e, conseguentemente, si negava il diritto al rimborso dell'imposta²⁴.

3. Il Diritto a detrarre l'Iva a monte

La seconda ragione che ci consente di affermare che la responsabilità derivante dall'applicazione di un prezzo anomalo non rispetta il diritto comunitario si basa sulla difesa di un diritto a detrarre l'IVA assolta a monte²⁵. L'analisi di tale questione ci porta alla sentenza *Halifax* del 21 febbraio 2006, causa C-255/02. Successivamente, la CGCE ha avuto occasione di pronunciarsi nelle sentenze del 12 gennaio 2006, *Optigen e altri* (cause congiunte C-354/03, C-355/03 e 484/03) e del 6 luglio 2006, *Kittel/Estado belga* (cause congiunte C-439/04 e C-440/04)²⁶.

Vi sono state varie pronunce:

1. Il diritto alla detrazione previsto agli artt. 17 e seguenti della sesta direttiva costituisce parte integrante del meccanismo dell'imposta sul valore aggiunto e non può essere soggetto, in linea di principio, a limitazione (sentenza della CGCE del 6 luglio 1995, causa *BP Soupergaz*, C-62/93). Il detto diritto va esercitato immediatamente per tutte le imposte che hanno gravato sulle operazioni effettuate a monte.

2. Non si può negare il diritto al rimborso dell'IVA a quel soggetto che non era né poteva essere a conoscenza del carattere fraudolento di determinate operazioni anteriormente o successivamente all'operazione che egli realizza (ossia, dell'esistenza di una frode carousel). Inoltre, «gli operatori che adottano tutte le misure che si possono loro ragionevolmente richiedere al fine di assicurarsi che le loro operazioni non facciano parte di una frode, che si tratti di frode all'IVA o di altre frodi, devono poter fare affidamento sulla liceità di tali operazioni senza rischiare di perdere il proprio diritto alla deduzione dell'IVA pagata a monte» (*Kittel*, punto 51; *Federation of Technological Industries e altri*, punto 33).

3. Nemmeno si può negare il diritto alla deduzione argomentando che chi mette in atto una manovra fraudolenta non realizza un'attività economica. La Corte ritiene che esiste un'attività economica indipendentemente dagli obiettivi di chi la realizza: un comportamento censurabile per l'esistenza di mala fede non implica un'eccezione alla soggezione all'imposta (sentenza del 21 febbraio 2006, *University of Huddersfield Higher Education Corporation/Commissioners of Customs & Excise*).

4. Il diritto alla deduzione non può essere negato neanche come conseguenza dell'annullamento del contratto di vendita. Inoltre, è irrilevante la questione se la detta nullità derivi da una frode all'imposta sul valore aggiunto ovvero da altre frodi²⁷.

²⁴ Il Consiglio di Stato, nella sua decisione del 27 luglio 2005, n° 273619-27362, ha avallato la condotta dell'Amministrazione fiscale (<http://www.legifrance.gouv.fr>). Un commento su questa sentenza può vedersi in COURION O., y SMITH S., *The Fight Against Carousel Fraud: The French Approach*, in *Tax Planning International Indirect Taxes*, (2005), n. 10.

²⁵ Nel medesimo senso, si veda FALCÓN Y TELLA (2006) e PUEBLA AGRAMUNT (2007).

²⁶ Nella prima sentenza il Governo del Regno Unito negava il diritto alla devoluzione dell'IVA assolta a monte in operazioni collegate al settore informatico, basandosi sull'esistenza di una trama fraudolenta secondo il modello della frode carousel e sul fatto che le operazioni realizzate mancavano di sostanza economica. Nella seconda sentenza chi negava il diritto era il Governo belga per i settori dell'informatica e dei veicoli d'occasione.

²⁷ Nella sentenza *Kittel* si suggeriva la possibilità per l'operatore che si vedeva negato il diritto a dedurre dell'IVA di esercitare un'azione civile di nullità assoluta del contratto, secondo il diritto interno, considerato che il motivo determinante era stata la realizzazione di operazioni contrarie al sistema dell'IVA. Nonostante detta azione, l'operatore continuava a mantenere il proprio diritto alla deduzione.



5. Conseguentemente, *il diritto alla deduzione può essere negato solo nel caso in cui il soggetto che intenda esercitarlo abbia agito con l'obiettivo di commettere una frode all'IVA*. Quindi, la Corte ritiene che la Sesta Direttiva debba interpretarsi nel senso che «osta ad una norma di diritto nazionale secondo cui l'annullamento del contratto di vendita – per effetto di una disposizione di diritto civile che sanziona tale contratto con la nullità assoluta in quanto contrario all'ordine pubblico per una causa illecita perseguita dall'alienante – comporta per il detto soggetto passivo la perdita del diritto alla deduzione dell'imposta sul valore aggiunto. Al riguardo, è irrilevante la questione se tale nullità derivi da una frode all'imposta sul valore aggiunto o da altre frodi» (enfasi aggiunta).

6. Insieme alla negazione del diritto alla deduzione, *il comportamento potrebbe anche definirsi come violazione*, stabilendo le opportune sanzioni. Si tratterebbe di due misure alternative e per nulla incompatibili. In questo senso, nella sentenza *Kittel*, la Corte sembra raccomandare una misura di questo tipo per ostacolare le frodi e renderne difficile la realizzazione. Si tratterebbe di dare un'interpretazione nel senso che un soggetto passivo che sapeva o avrebbe dovuto sapere che con il proprio acquisto partecipava ad un'operazione che si iscriveva in una frode all'IVA, ai fini della Sesta direttiva si deve considerarlo partecipante a tale frode, indipendentemente dalla circostanza che egli tragga o meno beneficio dalla rivendita dei beni. In una situazione del genere, infatti, il soggetto passivo collabora con gli autori della frode e ne diviene complice. Ad ogni modo, la CGCE ritiene che spetta al giudice nazionale negare il beneficio del diritto alla deduzione. Vale a dire, l'Amministrazione fiscale dello Stato membro interessato, oltre a provare la connivenza e il grado di partecipazione nella trama fraudolenta, dovrà adire gli organi giurisdizionali. Questa remissione riduce in gran parte la “positività” dell'applicazione del principio comunitario di divieto dell'abuso del diritto.

Alla luce di quanto detto, la domanda che dobbiamo porci è se la responsabilità per l'applicazione di un prezzo anomalo, che si traduce in un diritto a dedurre l'IVA assolta a monte, è giustificata in alcune delle ragioni che abbiamo appena visto. Chi acquista a un prezzo anomalo non è tenuto a sapere necessariamente che le operazioni precedenti o successive all'operazione interessata si stiano realizzando o si siano realizzate secondo una trama fraudolenta. In conclusione, come segnalato dalla dottrina (Falcón y Tella, 2007), con la responsabilità per l'applicazione di un prezzo anomalo si sta negando un diritto alla deduzione a un soggetto terzo che, in molti casi, può essere estraneo alla trama di cui trattasi.

VI. Alcune alternative all'uso di questa ipotesi di responsabilità, in particolare: l'esperienza britannica, austriaca e tedesca

I punti deboli del regime della responsabilità tributaria per l'applicazione di un prezzo anomalo invitano a massimizzare le cautele e a cercare nuovi mezzi alternativi per la prevenzione della frode carosello. Una delle prime alternative consisterebbe nel porre fine al regime transitorio dell'IVA intracomunitaria nella UE. Come rilevato dal Prof. García Novoa è questa l'origine del problema: «Ricordiamo che il Piano *Cockfield*, proposto nel 1989 come via per muoversi verso il *sistema definitivo*, prevedeva che a partire dal 1° gennaio 1997 si instaurasse un regime di IVA comunitaria basato sulla generalizzazione di un sistema d'imposizione fiscale all'origine, la cui introduzione avrebbe luogo a medio termine dopo un periodo transitorio in cui l'imposizione



fiscale si effettuerebbe nel paese di destinazione. Detto sistema transitorio dovrebbe sopprimere i controlli alla frontiera, gli obblighi a cui sono soggette le imprese e le Amministrazioni, nonché prevenire efficacemente i rischi di frode. L'evoluzione del regime transitorio si è paralizzata per l'atteggiamento reticente degli Stati membri nei confronti di tutto ciò che si ritiene cessione di sovranità fiscale, ciò rivelandosi, inoltre, terreno fertile per lo sviluppo delle frodi. Ricordiamo che una delle conseguenze del sistema transitorio sta nel mantenimento del principio di imposizione a destinazione, ma trasferendo i controlli sull'IVA dalla frontiera all'interno degli Stati, attraverso quel succedaneo delle «importazioni/esportazioni che sono le acquisizioni/cessioni intracomunitarie»²⁸.

Per superare il regime transitorio, uno degli sforzi effettuati è dato dalla Direttiva 2006/69/CE del Consiglio del 24 luglio 2006. In essa si segue il cammino iniziato nella Comunicazione sulla necessità di sviluppare una strategia coordinata al fine di migliorare la lotta contro la frode fiscale del 31 maggio 2006, in cui si prende coscienza dell'importanza della frode carosello e si propongono altre misure, oltre alla cooperazione tra le amministrazioni, consistenti nella necessità di modificare il regime giuridico dell'IVA e introdurre la regola dell'inversione contabile²⁹.

La Direttiva del 2006, inoltre, autorizza gli Stati membri a introdurre la cosiddetta «inversione contabile» in determinati settori: costruzioni, messa a disposizione del personale, cessioni di immobili non esenti, cessioni di materiale usato, cessioni di residui, cessioni di prodotti ferrosi e non ferrosi semi-trasformati, eccetera (art. 1.7 e allegato M). Questo tipo di inversione evita le frodi a catena. Non è chi effettua la cessione o la prestazione del servizio a versare l'IVA ed esercitare la rivalsa, ma il destinatario dell'operazione. In questo caso, nel versamento si tiene in considerazione l'IVA assolta a monte. Il funzionamento è simile al regime attuale per le operazioni tra Stati membri. Il destinatario non versa l'IVA al proprio fornitore ma la include come IVA dovuta nella propria autoliquidazione. Così si evita che il fornitore si trattienga la somma e non la versi all'autorità fiscale del paese interessato.

Nell'ambito di questa proposta rientrerebbero, a loro volta, due alternative. Secondo la prima, la regola dell'inversione contabile sarebbe generalizzata a tutti i settori e a tutte le operazioni. Nella seconda, sarebbe applicata solo nei settori in cui si realizza la frode. È opportuno avvertire che, nell'ambito della frode carosello, entrambe le alternative sono state proposte della Commissione. Vediamole.

1. Prima alternativa: generalizzazione della regola dell'inversione contabile. Il caso Austria e Germania

Questa prima alternativa costituisce, secondo il Prof. Falcón y Tella (2007), una soluzione alle frodi carosello. Austria e Germania, con lettere registrate presso il Segretariato Generale, rispettivamente, il 27 ottobre 2005 e il 18 aprile 2006, avevano richiesto alla

²⁸ Come segnala il citato autore, «l'evoluzione del regime transitorio si è paralizzata per l'atteggiamento reticente degli Stati membri nei confronti di tutto ciò che si ritiene cessione di sovranità fiscale, ciò rivelandosi, inoltre, terreno fertile per lo sviluppo delle frodi» (GARCÍA NOVOA, *El Proyecto de Ley.. op. cit.*).

Certamente, come rilevato da BRARD, *La lutte contre la fraude.. op. cit.*, anche il regime definitivo comporterebbe altri tipi di frode in quanto faciliterebbe l'effettuazione di false fatturazioni provenienti da altri Stati membri dell'Unione Europea.

²⁹ COM (2006) 254 def.



Commissione di poter applicare la regola dell'inversione contabile, rispetto non a beni specifici bensì a operazioni per un determinato ammontare³⁰.

Come esposto nella Comunicazione del 18 luglio 2006, il primo aveva l'intenzione di applicare un meccanismo di inversione contabile alle cessioni di beni e alle prestazioni di servizi tra imprese nel caso in cui il valore della fattura avesse superato i 10.000 Euro. Nel caso in cui la singola fattura non avesse raggiunto detto importo, il meccanismo dell'inversione avrebbe potuto applicarsi quando l'ammontare delle cessioni effettuate superasse 40.000 Euro rispetto a un esercizio contabile. Per giustificare la propria richiesta, l'Austria argomentava che il meccanismo di inversione contabile costituiva uno strumento di lotta contro la frode «carosello» o della «società prestanome» (*missing trader*) e precisava che la sua introduzione aveva dato risultati positivi nel settore edilizio. Inoltre, l'Austria riteneva che l'inversione contabile avrebbe potuto essere favorevole nei confronti delle imprese in quanto non sarebbero state più obbligate a prefinanziare l'IVA.

Nel caso della Germania, la richiesta per applicare l'inversione contabile riguardava tutti quei casi in cui il valore della fattura avesse superato i 5.000 Euro. Inoltre, il soggetto passivo che effettuava la fornitura avrebbe confermato la validità del numero speciale di partita IVA del cliente prima di effettuare una fornitura in base al principio dell'inversione contabile. La conferma della validità sarebbe avvenuta per via elettronica o online. Dopo aver verificato la validità del numero del cliente, il fornitore non avrebbe fatturato l'IVA alla consegna, ma sarebbe stato l'acquirente a dichiarare alle autorità l'IVA da pagare, che normalmente può anche dichiarare come IVA a credito detraibile. Oltre a verificare il numero del cliente, il soggetto passivo che effettuava una fornitura in base al principio dell'inversione contabile sarebbe stato tenuto ad informare le autorità fiscali per via elettronica per ogni fornitura non tassata e a dichiararne l'importo. Il cliente avrebbe dovuto invece menzionare separatamente nella dichiarazione la fornitura ricevuta in base al principio dell'inversione contabile. L'amministrazione fiscale avrebbe effettuato un controllo incrociato tra l'informazione ricevuta dal fornitore per via elettronica e quella figurante sulla dichiarazione dell'acquirente.

Como può osservarsi, a differenza della proposta austriaca, quella tedesca prevedeva un notevole aumento delle pratiche amministrative da parte dei contribuenti. Ciononostante, la Commissione, nella sua comunicazione del 18 luglio 2006 (COM (2006) 404 def.) non autorizzò l'introduzione delle misure derogatorie in questi paesi. I motivi erano diversi.

1. Dopo l'introduzione di un sistema d'inversione contabile più generalizzato è probabile che nascano nuove forme di frode. Con il trasferimento dell'imposta da pagare, l'ultima azienda della catena di fornitura sarà più portata a scomparire. Inoltre, il meccanismo dell'inversione contabile non risolve il problema delle "vendite in nero", che eludono il circuito ufficiale.

2. L'applicazione dell'inversione contabile implicherebbe la verifica da parte del fornitore dello status del cliente per determinare se è un soggetto passivo e pertanto se l'IVA deve essere fatturata. L'attuale sistema non impone tale verifica in quanto generalmente l'IVA è fat-

³⁰ Comunicazione del 18 luglio 2006 (COM (2006) 404 def.). Secondo quanto contenuto in detta Comunicazione, l'Austria calcola che le perdite totali al riguardo arrivano al 4,4% del totale delle entrate generate, seppure non si disponga di una stima esatta di quanto ammonti la percentuale corrispondente alla frode carosello. La Germania stima che le proprie perdite derivanti dalle frodi carosello siano intorno al 2% delle entrate relative all'IVA.



turata indipendentemente dallo status del cliente. Parimenti, l'obbligo di comunicare ogni mese l'importo della cifra di affari globale per quanto riguarda le imprese clienti (nel caso dell'Austria), di comunicare per via elettronica con le autorità fiscali e di dichiarare il valore di ciascuna fornitura non tassata (nel caso della Germania) sarebbero requisiti nuovi che si aggiungerebbero a quelli esistenti.

3. L'applicazione di un sistema d'inversione contabile generalizzato *eliminarrebbe una delle caratteristiche di tale imposta: il pagamento frazionato*. Inoltre, i soggetti passivi dovrebbero gestire tre tipi di regimi impositivi diversi: - il sistema IVA "classico"; - il sistema d'inversione contabile per le forniture fra imprese se sono rispettati alcuni criteri: - e il sistema intracomunitario. La contabilità delle imprese sarebbe ulteriormente appesantita. Nello stesso ordine di idee, agli operatori onesti attivi nei settori in cui la frode non è frequente sarebbero imposti ulteriori oneri di messa in conformità (controllo dello status del cliente e dichiarazione delle operazioni). Inoltre, l'amministrazione fiscale tedesca e quella austriaca dovrebbero investire risorse nettamente maggiori per controllare l'IVA, dato che il numero di persone che pagano gran parte dell'IVA non rappresenterebbe più la minoranza ma la maggioranza dei soggetti passivi.

4. Inoltre, consentire a uno Stato membro di applicare misure particolari di tale portata e con un tale impatto *danneggerebbe molto il buon funzionamento del mercato interno*. Infatti, in base all'importo della fornitura, al tipo di prodotto o a qualsiasi altro criterio considerabile, le imprese sarebbero sottoposte a norme e procedure diverse a seconda dello Stato membro in materia di forniture intracomunitarie.

5. Per di più, nel sistema d'inversione contabile *il rischio finanziario derivante dal mancato pagamento dell'IVA viene trasferito dalle Amministrazioni fiscali alle imprese*. Sono queste ultime che si accollano il rischio, quando decidono se fatturare l'IVA al momento della convalida dello status di soggetto passivo del cliente. Questo trasferimento di responsabilità dalle amministrazioni fiscali alle imprese, con i potenziali costi che possono derivarne per queste ultime, è contrario agli obiettivi di Lisbona.

6. Si potrebbe aggiungere che il sistema d'inversione contabile *indebolisce molto il controllo* verso la fine della catena di distribuzione. Le amministrazioni fiscali dovrebbero pertanto aumentare notevolmente il numero di ispettori per far fronte al rischio dovuto alla ripartizione del debito fiscale fra un numero maggiore di soggetti passivi. A ciò si aggiunge che il risultato di un'estensione dell'inversione contabile proposta da Germania e Austria introduce di fatto un sistema nettamente più complesso del sistema IVA generale.

In conclusione, con questa serie di motivazioni, al fine di stabilire un'applicazione generalizzata della regola dell'inversione contabile, l'unica soluzione sarebbe modificare la Sesta Direttiva (chiaramente, insieme a una modifica delle impostazioni)³¹. Ma per questo occorre l'accordo unanime di tutti gli Stati membri. La possibilità di combattere le frodi attraverso la citata inversione dipende, pertanto, da questa unanimità. Questione di non facile soluzione.

³¹ La Commissione non si oppone però a prendere in considerazione strumenti complementari o soluzioni alternative. Nel medesimo senso, si spinge a dire che esaminerà se occorre prendere in considerazione un intervento più generale nel quadro della sesta direttiva IVA.



2. Seconda alternativa: la regola dell'inversione contabile applicata in determinati settori. Il caso Spagna e Regno Unito

Questa alternativa è già stata introdotta nell'ordinamento tributario spagnolo. L'art. 84.2 della LIVA dispone che si considerano soggetti passivi gli imprenditori o i liberi professionisti destinatari di determinate operazioni soggette a imposta. Si tratta, comunque, di operazioni che si realizzano nei settori che facilitano la frode carosello che si sta analizzando.

Il Regno Unito, dopo la sentenza della CGCE e la polemica suscitata dall'ipotesi di responsabilità tributaria introdotta, inviò una richiesta al Consiglio al fine di introdurre la regola dell'inversione contabile per quanto concerne determinati beni, rispetto ai quali si era riscontrato un incremento delle frodi a catena³². A fini di semplificazione, il Regno Unito intendeva stabilire un tetto di 1.000 sterline inglesi (circa 1.480 euro) al di sotto del quale le cessioni non sarebbero soggette all'inversione contabile.

Il Consiglio, mediante Proposta del 28 settembre 2006 (COM 2006 [555 def.]) autorizza detta deroga e, quindi, la disapplicazione dell'art. 21.1.a) della Sesta Direttiva. Come conseguenza di tale misura, il prezzo pagato dall'acquirente al fornitore per suddetti prodotti non includerebbe l'importo relativo all'IVA, che verrebbe invece denunciato dall'acquirente nella propria dichiarazione IVA e, in base alle norme correnti, da questi detratto nella stessa dichiarazione. Non vi sarebbe pertanto alcun pagamento IVA sulla cessione dei suddetti beni tra soggetti passivi totali e sarebbe il rivenditore, l'ultimo anello della catena di approvvigionamento, che pagherebbe all'Erario l'intero importo dell'IVA.

Secondo la Commissione, le ragioni per accordare un trattamento distinto da quello accordato all'Austria e alla Germania poggiano su vari fattori.

1. Essendo limitato a una gamma ristretta di beni, il regime proposto non avrebbe il carattere di meccanismo generalizzato di inversione contabile, né avrebbe la pretesa di diventarlo e non apporterebbe quindi alcuna modifica sostanziale all'attuale regime dell'IVA.

2. Il Regno Unito introdurrebbe nel contempo alcuni obblighi in materia di controlli e di relazioni, affinché le autorità fiscali dispongano delle informazioni necessarie per valutare il corretto funzionamento della misura. Tali obblighi potrebbero essere simili a quelli attualmente richiesti per la segnalazione della cessione intracomunitaria di beni.

3. La franchigia richiesta dal Regno Unito di 1.480 Euro riduce le potenziali difficoltà di rivenditori e clienti di piccole imprese.

Nel contempo, tuttavia, la Commissione si mostra cauta in relazione all'aumento degli oneri contabili (si introduce un regime distinto da quello applicato alle cessioni normali di beni) e all'efficacia della misura (non esistono garanzie che eliminerà la frode). Di conseguenza, prevede che la proposta di autorizzazione della deroga richiesta deve anche definire gli elementi fondamentali dell'applicazione dell'inversione contabile e porre limiti alla sua durata, per poterne valutare l'efficacia e l'impatto sul funzionamento del mercato interno. In ogni caso, la proposta autorizza l'inversione contabile fino al 31 dicembre 2009. Inoltre, entro il 31 dicembre 2008, il Regno Unito dovrà comunicare alla Commissione l'adozione delle misure, la relativa efficacia ed eventuali elementi indicanti che l'evasione fiscale si è spostata su altri prodotti o sul commercio al dettaglio.



VII. Conclusioni

Come si è tentato di porre in rilievo nei paragrafi precedenti, la nuova ipotesi di responsabilità tributaria nel settore dell'IVA risulta anomala in sé e per sé, e ancor di più nell'ambito del sistema fiscale spagnolo, il quale è governato da una serie di principi e nel quale le ipotesi di responsabilità tributaria esistenti sino ad ora, partono da una serie di premesse, come, ad esempio, l'appartenenza del responsabile tributario alla cerchia di soggetti aventi una relazione con il soggetto obbligato (è il caso degli amministratori o di soci, per le società; o il caso degli appaltatori d'opera).

Essa si scontra con alcuni principi importanti del diritto comunitario. Crediamo anche, e ciò non è meno importante, che sia una misura con un'efficacia preventiva molto relativa (al pari di altre misure contenute in questa sedicente legge di prevenzione). Questo aspetto deve essere esaminato alla luce della normativa che abbiamo appena visto. Il legislatore rileva che si tratta di far fronte alla cosiddetta frode carosello. Tuttavia, a nostro avviso, questa efficacia sembra essere molto scarsa.

Primo, si sta attribuendo una responsabilità a un soggetto il cui grado di partecipazione alla violazione tributaria è indeterminato, improbabile e persino inesistente. Nemmeno sappiamo se partecipi alla trama fraudolenta che si tratta di combattere. Non sembra, pertanto, una misura che si adatta a una legge di prevenzione della frode fiscale essendo più adeguata al diritto sanzionatorio, anche se dovrebbe avere altri requisiti giuridici.

Secondo, la misura esaminata garantisce esclusivamente il versamento dell'imposta assolta a monte, attribuendone la responsabilità a un soggetto estraneo alla trama fraudolenta di cui trattasi. Non si limita, tuttavia, il diritto alla deduzione dell'imposta (deduzione che, corrispondendo a una frode a catena, non sarà illegittima).

Alla luce di quanto segnalato, non possiamo che invitare il legislatore spagnolo a reimpostare questa nuova ipotesi di responsabilità e i fini da essa perseguiti.

VIII. BIBLIOGRAFIA

BANACLOCHE PALAO C., *El nuevo supuesto de responsabilidad subsidiaria en el IVA: operadores que soportan el IVA en operaciones intracomunitarias fraudulentas*, in *Impuestos*, 2006, n. 21.

BRARD J. P., *La lutte contre la fraude et l'évasion fiscales: retrouver l'égalité devant l'impôt*, Assemblée nationale. (1999).

CALDERÓN CARRERO, J. M., *Aspectos internacionales del fraude y la evasión fiscal*, in *Temas de Derecho Penal Tributario*, Marcial Pons. (2000)

CALDERÓN CARRERO, J. M., *Acerca de la necesidad de reconfigurar la política española en materia de cláusulas antiabuso y fiscalidad directa: las consecuencias derivadas de los casos Cadbury Schweppes y Test Claimants in the thin cap group*, in *JT Aranzadi*, (2007):n. 2.

CALVO ORTEGA R., *El Proyecto de Ley General Tributaria: aportaciones y aspectos críticos*, in *Nueva Fiscalidad*, (2003), n. 8.

CALVO ORTEGA R., *La nueva Ley General Tributaria y sus retos*, in *Revista de Contabilidad y Tributación*, (2003) n. 238.

CHECA GONZÁLEZ, C., *Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal. Ley 36/2006, de 29 de noviembre*, Thomson-Aranzadi (2007).

COURION O., y SMITH S., *The Fight Against Carousel Fraud: The French Approach*, in *Tax Planning International Indirect Taxes*, (2005), n. 10.

FALCÓN Y TELLA R., *La inconstitucionalidad de la disp. adicional 4ª de la Ley de Tasas y sus consecuencias: la prescripción del derecho a liquidar por TPO*, in *QF* (2000), n. 15.

FALCÓN Y TELLA R., *Las cadenas de fraude en el IVA y la STJCE de 12 de enero de 2006: la incompatibilidad con la Sexta Directiva de los supuestos de responsabilidad previstos en la Ley General Tributaria y en el anteproyecto de Ley de prevención del Fraude*, *Quincena Fiscal*, (2006), n. 2

FALCÓN Y TELLA R., *El fraude de ley y el IVA (STJCE Halifax, de 21 febrero de 2006): la imposibilidad de sancionar y la necesidad de tener en cuenta el IVA soportado*, in *Quincena fiscal*, (2006), n. 6.

FALCÓN Y TELLA R., *La responsabilidad subsidiaria prevista en el nuevo art. 87, cinco, LIVA: una medida vacía de contenido (en la medida en que si el comprador conoce el fraude la responsabilidad es solidaria, y si no lo conoce, la responsabilidad resulta inexigible) que debería sustituirse por una ampliación de los supuestos de inversión del sujeto pasivo*, in *Quincena Fiscal*, (2007), n. 21 (versión electrónica).

GARCÍA NOVOA C., *El Proyecto de Ley de Prevención del Fraude (I y II)*, *Quincena Fiscal*, (2006), n. 10 e 11.

GONZÁLEZ GARCÍA E.; y PÉREZ DE AYALA J.L., *Presunciones y ficciones en materia tributaria*, *Crónica Tributaria*, (1992), n. 61.

MARTÍN FERNÁNDEZ F.J., *El derecho de reembolso del responsable*, *Revista de Estudios Jurídicos*, (2000), n. 3.

MARTÍN JIMÉNEZ, A., *Globalización y derecho tributario: el impacto del derecho comunitario sobre las cláusulas antielusión/abuso del derecho interno*, in *Documento de trabajo del IEF*, (2007), n. 7.

PUEBLA AGRAMUNT P., *Fraudes de IVA en cadena, actividades ilícitas*, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Anteproyecto de Ley de Medidas para la Prevención del Fraude Fiscal, in Quincena Fiscal, (2006), n. 10.

PUEBLA AGRAMUNT P., *Estrategias en la lucha contra los fraudes del IVA*, in Quincena Fiscal, (2007), n. 3 (versione elettronica).

PUEBLA AGRAMUNT P., *La solución española a los fraudes carrusel: responsabilidad subsidiaria del adquirente por el IVA no ingresado en la cadena*, in Crónica tributaria, (2007), n. 123.

ROZAS VALDÉS J.A., *El derecho tributario ante el fraude de ley*, in RDFHP, n. 223.

RUIZ ALMENDRAL V., *Tax Avoidance and the European Court of Justice: What is at Stake for European General Anti-Avoidance Rules?*, in Intertax, vol. 33, (2005), n. 12.

SIMÓN ACOSTA E., *Fraude de ley y economías de opción*, in Cuestiones tributarias prácticas. La Ley, (1990), 2º ed.

VAQUERA GARCÍA A., RUIZ GARIJO M., *Aspectos problemáticos de la responsabilidad de los contratistas y subcontratistas*, JT Aranzadi, (2005), n. 15.

El principio de suficiencia financiera regional en los ordenamientos español e italiano

Elena Manzano Silva*

SUMARIO: 1. *Introducción*; 2. *El principio de suficiencia financiera regional*; 3. *La suficiencia financiera regional en el ordenamiento español*; 4. *La suficiencia financiera regional en el ordenamiento italiano*; 5. *Conclusiones*

1. Introducción

El principio de suficiencia en el modelo de financiación territorial, específicamente en la financiación de las Comunidades Autónomas españolas y de las Regiones italianas parte de un postulado común, que no es otro que el de garantizar una adecuada prestación de bienes y servicios a sus respectivos ciudadanos con independencia del territorio del país en el escojan residir.

El desarrollo de este principio y su encuadre en el marco de la financiación regional dependerá, como es lógico, del modelo de Estado establecido por el constituyente de cada país, modelo que en el caso español e italiano presenta importantes semejanzas a la par que destacadas diferencias, sobre todo tras la reforma de algunos Estatutos de Autonomía de Comunidades Autónomas españolas en los que se pretende una reforma del sistema de nivelación establecido hasta el momento y vigente a día de hoy.

Un estudio de la suficiencia financiera regional en el marco indicado⁷ precisa que, en primer lugar, demos unas breves notas de este principio que resulten de aplicación general a ambos ordenamientos, para, con posterioridad, adentrarnos en las peculiaridades que cada uno de ellos presenta, destacando entonces⁷ los beneficios e inconvenientes que tienen lugar en los mismos.

2. El principio de suficiencia financiera regional

El principio de suficiencia financiera puede ser definido como «la disponibilidad de medios fiscales y financieros para poder afrontar las responsabilidades de gasto derivadas del ejercicio de las competencias propias»¹. Desde esta perspectiva, el principio de suficiencia puede enlazarse con los principios de igualdad y solidaridad, dado que siempre

* Doctora en Derecho, Facultad de Derecho de Cáceres, Universidad de Extremadura

¹ GIRÓN REGUERA, *La financiación autonómica en el sistema constitucional español*, (Cádiz, 2003), p. 130.

que se garantice la disposición de recursos suficientes con los que llevar a efecto las competencias que han sido conferidas a las entidades infra-estatales se estará al mismo tiempo asegurando el disfrute de los bienes y servicios por éstas prestados a sus respectivos ciudadanos en condiciones de igualdad, sin que dicha prestación pueda verse afectada por la elección de la residencia en uno u otro lugar.

Este es el fundamento principal sobre el que sostener la nivelación plena de las competencias regionales y de este modo garantizar la suficiencia total de recursos, al que se suman otras justificaciones como la intención de «alcanzar objetivos macroeconómicos compartidos o conseguir una estabilidad presupuestaria global»².

Con finalidades como las indicadas se articulan transferencias desde la Administración estatal a favor de la regional, instrumentadas normalmente mediante fondos con los que suplir las carencias de financiación que ésta última puede presentar.

En la teoría del federalismo fiscal han sido esbozados diversos argumentos en los que sostener la existencia de transferencias intergubernamentales³, entre ellos, suele destacarse, como hemos apuntado, la corrección de los desequilibrios fiscales que tienen lugar dentro del Estado tanto desde una perspectiva vertical como horizontal.

La existencia de desequilibrios fiscales verticales -producidos entre la Administración estatal y las Haciendas sub-estatales- trae causa en la mayoría de los países descentralizados de la propia configuración del sistema tributario, en el que el gobierno central retiene los principales hechos impositivos dejando fuentes de financiación menos relevantes desde el punto de vista recaudatorio a los gobiernos subcentrales.

A nivel horizontal, los desequilibrios derivan de las peculiaridades y diferencias que presenta cada territorio. Algunos pueden tener un mejor acceso a recursos naturales o a bases impositivas que no están disponibles en otros, también pueden existir importantes disparidades en los niveles de renta que generan diferencias de recaudación y de capacidad fiscal, diferencias que asimismo pueden deducirse de la tipología de otros factores como la población que se concentra en cada demarcación, lo que predetermina la prestación de servicios en mayor o menor proporción.

Estas particularidades condicionan de manera concluyente la financiación de las entidades infra-estatales, sin que el déficit de financiación pueda ser totalmente corregido por la actuación de sus gobiernos y legisladores. Por esta razón, resulta no ya necesario sino absolutamente imprescindible que la atenuación de los desequilibrios apuntados se lleve a efecto a través de un sistema de transferencias que para resultar realmente eficaz deberá contar con⁴:

1) Ingresos adecuados: las autoridades subcentrales deberán tener suficientes recursos al sumar a su capacidad fiscal las transferencias de nivelación, para atender a las responsabilidades asumidas.

2) Esfuerzo fiscal y control del gasto: el sistema de transferencias debe asegurar un similar esfuerzo fiscal de las autoridades regionales y evitar déficits presupuestarios.

3) Equidad: las transferencias deben ser estimadas a partir de un criterio sobre las necesidades de cada territorio y variar inversamente con la capacidad fiscal regional.

² UTRILLA DE LA HOZ, *El funcionamiento de los sistemas de garantía en el modelo de financiación autonómica*, Documento de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n. 23/2001, p. 7.

³ Vide GARCÍA VILLAREJO; GAYUBO PÉREZ, Y SALINAS SÁNCHEZ, *La nivelación de los servicios públicos en el modelo de financiación autonómica*, Servicio de Publicaciones la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 21.

⁴ PÉREZ GARCÍA, *La nivelación financiera en el Estado autonómico español. Una perspectiva comparada*, in *El sistema de financiación territorial en los modelos de Estado español y alemán*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, p. 188.

4) Transparencia y estabilidad: las fórmulas para calcular las capacidades y necesidades, y las transferencias resultantes, deben ser públicas y las variables utilizadas en el cálculo no han de ser manipulables. Estas fórmulas deberían asimismo ser estables durante periodos de varios años, para permitir una planificación a largo plazo.

Estas transferencias pueden tener carácter condicionado, cuando van destinadas a cubrir una necesidad de financiación concreta y por lo tanto identificada con una partida definida, o carácter incondicionado, cuando no se predetermina su destino, dejando al ente receptor la posibilidad de decantarse por la financiación de bienes o por la prestación de servicios que estime más adecuada.

A su vez, las subvenciones condicionadas pueden dividirse en dos subgrupos: específicas o por categorías y en bloque. Las primeras son transferencias condicionadas en sentido restringido ya que su destino está perfectamente definido y no admite actuaciones discrecionales de la administración receptora. Por el contrario, las transferencias en bloque apoyan una amplia categoría de servicios y generalmente tienen pocas restricciones de forma que la administración que las recibe puede disponer de los fondos recibidos como quiera mientras los gaste en el área en que se aplique el programa. Según las posibilidades del receptor de influir en la cuantía recibida, tendríamos por un lado, las subvenciones compensatorias, en las que el importe recibido depende de la cantidad de ingresos propios que el beneficiario destine al servicio correspondiente, y por otro, las de suma global o fijas, donde el importe recibido es independiente de lo que el receptor gaste en ese mismo servicio.

Las transferencias incondicionadas pueden asimismo dividirse en dos grupos dependiendo de si la distribución se realiza aplicando una fórmula o es una decisión *ad hoc* de la administración otorgante, pudiéndose incluso en el primer caso hacer una segunda subdivisión en función de las posibilidades que tiene el destinatario de influir o no en el importe recibido.⁵

Sentada la necesidad de reducir las diferencias existentes entre entidades territoriales y suplir las carencias financieras presentes en algunos territorios, es preciso referir que no existe un único modo de llevar a efecto dicha tarea, sino que existen diversas fórmulas de lo que el profesor FALCÓN Y TELLA llama compensación financiera «que en sentido estricto puede definirse como el conjunto de mecanismos tendentes a la igualación de la capacidad financiera de las distintas Haciendas territoriales de forma que puedan prestar un nivel mínimo de servicios públicos sin que el grado de presión fiscal en cada territorio autónomo exceda del existente en los demás»⁶. Siguiendo a este profesor, apuntamos unas breves notas de las distintas modalidades de compensación⁷:

A) *Compensación horizontal (directa e indirecta) y vertical*

Atendiendo a los sujetos entre los que opera la compensación, puede distinguirse entre compensación horizontal, efectuada entre Haciendas territoriales pertenecientes al mismo nivel administrativo, y compensación vertical, cuando tiene lugar entre el Estado y dichas Haciendas.

⁵ REGO VEIGO, *Las transferencias y sus efectos sobre el gasto. Una aproximación*, in Revista Galega de Economía, n. 1, 2002, p. 3.

⁶ El profesor FALCÓN Y TELLA identifica de este modo la solidaridad financiera con la compensación financiera, (Voce "Solidaridad (Derecho financiero y tributario)", Enciclopedia Jurídica Civitas, Madrid, 1994, p. 6371). En la misma línea GRAU RUIZ, opina que «el principio de solidaridad aspira a que cualquier ciudadano, con independencia de su renta o lugar de residencia, haciendo el mismo esfuerzo fiscal tenga un nivel similar de prestación o de acceso a los servicios públicos.» (*La coordinación legislativa en los impuestos cedidos*, Madrid, 2007, p. 53).

⁷ FALCÓN Y TELLA, *La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, (Madrid, 1986), pp. 159 a 168.

La compensación vertical se vincula a los principios de autonomía y suficiencia financiera, es el Estado el que compensa principalmente a través de la participación en ingresos y los impuestos cedidos, dotando a las entidades infraestatales de los instrumentos necesarios con los que recabar los recursos que les permitan hacer frente a sus necesidades de gasto, en ejercicio del poder tributario de que son titulares. Este hecho implica que no se hable de compensación propiamente dicha, ya que se fundamenta en la asunción de potestades por las referidas entidades que el proceso de descentralización exige que sean objeto de delegación o transferencia.

La compensación horizontal puede efectuarse de un modo directo, sin intermediarios, mediante transferencias de fondos de una Hacienda territorial a otra, o de una manera indirecta, cuando es otra Administración, normalmente la estatal, la que efectúa la distribución de recursos que previamente han sido recabados en las regiones con mayor potencial recaudatorio atendiendo a las necesidades de cada territorio.

El sistema de nivelación que tiene lugar en Alemania es el ejemplo perfecto de modelo de compensación horizontal directa. La Constitución alemana contiene la obligación de corregir la desigualdad capacidad financiera de los *Länder*, recogiendo diversas técnicas de compensación en sus artículos 106 y 107, bajo la denominación de compensación financiera o *Finanzausgleich*.

El modelo de compensación se articula fundamentalmente a partir de un sistema de transferencias entre los *Länder* en el que no participa directamente el gobierno federal. Son los propios gobiernos regionales los que realizan la medición de los desequilibrios horizontales y los que calculan los pagos a realizar por los territorios con mayor capacidad fiscal a las regiones pobres. El gobierno central sólo interviene en la nivelación a la hora de aprobar la normativa básica que regula el proceso⁸ y, en todo caso, lo hace en colabo-

⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de noviembre de 1999 se dicta ante las pretensiones de tres Estados federados de gran poder económico, Baviera, Baden-Württemberg y Hessen, que se habían propuesto alcanzar una posición tributaria más favorable al reducir de forma considerable su contribución a la compensación financiera. El Tribunal incide en dos cuestiones principales resumidas por ELÍAS MÉNDEZ «en relación con el art. 107.2 GG que el sistema de ajuste financiero debe encontrar el punto de equilibrio entre la autonomía, la responsabilidad de cada ente y la preservación de la individualidad de los *Länder*, por un lado, y la corresponsabilidad solidaria sobre la existencia e independencia de los compañeros de Bund, por otro lado. El deseable mantenimiento de la pluralidad regional de Alemania requiere un cierto nivel de autonomía financiera. Además, el principio federal garantiza un cierto grado de competitividad entre los *Länder*, puesto que en parte la base legitimadora del federalismo reside en la función de promover la competitividad política de los *Länder* entre sí y con respecto al Bund, a fin de favorecer la eficiencia y el mejor cumplimiento de las tareas que cada ente tiene asignadas. La segunda idea relevante a nuestros efectos se expresa así en la Sentencia: «La Constitución financiera obliga al legislador, respecto al sistema de reparto de impuestos y al sistema de compensación, fijados constitucionalmente únicamente mediante conceptos indeterminados, a concretar y complementar aquéllos mediante una ley de medidas aplicables, generales y que vincularán al propio legislador. La Constitución financiera requiere una fijación de criterios en el plano legal que satisfaga de tal modo en el futuro el mandato jurídico-público de una previsión legal que las medidas del reparto impositivo y del ajuste financiero ya estén conformadas antes de que se pongan de manifiesto de forma concreta sus ulteriores efectos». La irrenunciable función de ordenación de la Constitución financiera requiere, por tanto, una concreción y complementación de medidas de las disposiciones abiertas de la Ley fundamental, tarea que el TCF encomienda al legislador federal fijando el 31 de diciembre de 2002 como fecha límite para la elaboración de una ley de medidas que concrete el reparto de los ingresos de los impuestos sobre el volumen de ventas y el sistema de ajuste financiero, incluyendo las asignaciones complementarias.» (*La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 6/2006, pp. 234 - 235).

El punto principal de la referida sentencia lo constituye el encargo formulado por el Tribunal Constitucional Federal para el establecimiento sistemático de criterios en el ámbito de la compensación tributaria dentro del Estado federal. El Tribunal la exige con el argumento de que los criterios distributivos no se hallan especificados por la Ley Fundamental en el grado de concreción suficiente para proporcionar fundamento inmediato a la Ley de Compensación Fiscal.

Las críticas que surgen en relación con esta Ley de Criterios Generales son recogidas por WALDHOFF, para el que priman los aspectos positivos de la misma al constituir una base necesaria y un punto de apoyo imprescindible en el ejercicio de la compensación interestatal. *La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de noviembre de 1999 y las perspectivas de reforma que de la misma se derivan para la constitución financiera de los Estados Federados alemanes*, Zergak. Gaceta Tributaria del País Vasco, n. 17/2000, pp. 193 a 210. En la misma línea ORTÍZ CALLE, *Procesos negociadores e inestabilidad del sistema de financiación autonómica: una perspectiva de Derecho comparado* (A propósito de la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre el sistema de compensación financiera interterritorial entre la Federación y los Estados), Impuestos, n. 2/2000, pp. 373 a 392.



ración con los gobiernos regionales a través del *Bundesrat*, cuyos miembros, como es conocido, son nombrados precisamente por los gobiernos de los *Länder*.

El funcionamiento de este sistema permite al profesor TEJERIZO LÓPEZ catalogarlo dentro de los «modelos de nivelación tipo Robin Hood, en los que los territorios ricos son los que ceden los recursos a los territorios pobres.»⁹ Los recursos transferidos por el proceso de nivelación son de naturaleza incondicionada, de manera que el objetivo del sistema es garantizar la posibilidad de suministrar niveles de servicios similares, y no el suministro efectivo en las distintas circunscripciones, permitiendo que la prestación de servicios se ajuste a las preferencias de los ciudadanos de cada territorio.

Dicho modelo provoca tensiones y enfrentamientos entre los *Länder* donantes y los *Länder* receptores que han tratado de ser solventadas con los llamados Pactos de Solidaridad¹⁰ y con la reciente reforma de la Constitución alemana¹¹. Como pone de relieve la profesora GARCÍA FRÍAS «las leyes de compensación financiera siempre han sido polémicas por tratarse del medio más importante con el que cuentan los *Länder* para poder incrementar sus ingresos. La fijación de los porcentajes y de los criterios de reparto han sido objeto de controversia no sólo por las cantidades que se reciben sino también por las que los *Länder* con más capacidad financiera tienen que aportar»¹².

Por este motivo, consideramos que resulta, en la medida de lo posible, más recomendable; el establecimiento de un modelo de compensación interterritorial vertical o en su caso, horizontal indirecto, en el que no puedan singularizarse las transferencias otorgadas y recibidas respectivamente por las regiones de mayor y menor poder recaudatorio, evitando así, en parte, las siempre presentes reivindicaciones de los territorios de mayor capacidad fiscal.

B) *Compensación en ingresos y en gastos*

Esta clasificación de los mecanismos de compensación pasa por efectuar una distinción entre la compensación general o incondicional, con la que se pretende equiparar la capacidad financiera de las distintas Haciendas territoriales, y la compensación específica, mediante la que se busca cubrir necesidades concretas y determinadas. La primera se fundamenta en la necesidad de incrementar los ingresos de que disponen los entes receptores, sin que se determine *a priori* su destino, razón por la que se habla de compensación en los ingresos, mientras que la segunda consiste en ayudas con una finalidad específica, como por ejemplo educación, salud, transportes o servicios sociales.

El criterio de distinción entre la compensación en los ingresos y en los gastos es la existencia de afectación o no por imperativo legal a una determinada categoría de gasto.

⁹ *El futuro de la financiación de las Comunidades Autónomas*, en prensa, en el ejemplar amablemente cedido por el autor ocupa la pág. 21.

¹⁰ Ley de medidas de 9 de septiembre de 2001, Pacto de Solidaridad I- con la que el legislador estatal ha dado cumplimiento al mandato dado por el Tribunal Constitucional Federal, de regulación de medidas aplicables a largo plazo al sistema de ajuste y reparto fijado en la Constitución financiera sólo en sus principios, y la Ley de continuación del pacto de solidaridad de 20 de diciembre de 2001 -Pacto de Solidaridad II- con la que se ha dado nueva regulación al sistema de ajuste financiero federal en el plano legal. (Vide ELÍAS MÉNDEZ, *La reforma de la Constitución financiera en Alemania...*, op., cit., pp. 236 a 237).

¹¹ Mediante la que se han pretendido, como señala ELÍAS MÉNDEZ «reducir las financiaciones mixtas; reforzar los requisitos para la obtención de ayudas financieras; introducir nuevos casos de necesidad de aprobación de las leyes federales por el *Bundesrat* cuando supongan un aumento de gastos para los *Länder*; reforzar la autonomía impositiva regional; incluir en la Ley Fundamental un pacto nacional de estabilidad; y regular expresamente en el texto constitucional el reparto de cargas entre la federación y los *Länder* en el caso de vulneración de las obligaciones supranacionales e internacionales.» (*La reforma de la Constitución financiera en Alemania...*, op. cit., pp. 239 y 240).

¹² *La financiación de los Länder*, in Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala, (Madrid, 2007), p. 880.



C) *Compensación ordinaria y extraordinaria*

Este criterio atiende al carácter periódico o esporádico de la misma, de modo que los instrumentos a través de los cuales se lleva a efecto adquieran la condición de ordinarios o extraordinarios.

La compensación ordinaria supone la práctica sistemática de transferencias, teniendo como objetivo equilibrar la capacidad financiera de los distintos territorios, efectuándose con cierta regularidad, y ocupando un lugar destacado en el respectivo modelo de financiación.

Esa práctica habitual no se da en la compensación extraordinaria, que como su propio nombre indica, entra en juego en circunstancias de insuficiencia de los recursos recabados con los instrumentos propios del sistema ordinario, tendentes a garantizar un nivel mínimo en la prestación de determinados servicios que se consideran esenciales.

Encontramos un ejemplo típico de ambos tipos de compensación en los apartados primero y segundo del artículo 158 de la Constitución española, al prever, por un lado, la posibilidad «de establecerse una asignación a las Comunidades Autónomas en función del volumen de los servicios y actividades estatales que hayan asumido y de la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español», a modo de compensación extraordinaria y no habitual, reflejada en el tiempo verbal «podrá» que utiliza el constituyente, y por otro, al ordenar la constitución de un Fondo de Compensación con destino a gastos de inversión con el fin de corregir desequilibrios económicos interterritoriales y hacer efectivo el principio de solidaridad, obligatoriedad derivada del tenor literal del precepto, convirtiéndose éste en un mecanismo de compensación de carácter imperativo y ordinario.

D) *Compensación financiera silenciosa u oculta*

Se habla de compensación financiera oculta cuando se adoptan medidas que sin derivar de leyes de compensación tienen un contenido jurídico o un efecto compensatorio al afectar indirectamente, de modo positivo o negativo, a la situación financiera de otras entidades territoriales. Estas medidas pueden proceder de niveles superiores de Hacienda, como por ejemplo en el caso en que tratándose de impuestos cuyo producto recaudado está cedido al ente territorial, el Estado eleve el tipo de gravamen o elimine exenciones, repercutiendo pues de modo favorable en sus respectivas Haciendas.

Tiene cabida también la posibilidad contraria, cual es la reducción del tipo de gravamen o supresión del impuesto estatal cedido, lo que conlleva inexorablemente una pérdida recaudatoria para la Hacienda a la que se le encomienda la cesión¹³, o el supuesto en el que se efectúe una transferencia de servicios o delegación de competencias sin que se prevean simultáneamente los ingresos necesarios para su ejercicio.

¹³ Lo que sucederá de materializarse la pretendida supresión del Impuesto sobre el Patrimonio anunciada por el Gobierno español. En su condición de impuesto cedido a las Comunidades Autónomas el Estado debería articular las medidas de compensación oportunas. Como afirma el profesor MERINO JARA, de llevarse a efecto la supresión «tendría la ventaja de que se abrirían nuevas posibilidades de financiación en el campo específico del gravamen patrimonial, sin que sobre las CCAA pesara, en ese ámbito, la losa que significa el artículo 6.2 de la LOFCA». (*El incierto futuro del Impuesto sobre el Patrimonio*, Revista de Derecho de Extremadura, n. 1/2008, p. 106). No obstante, para evitar esa posibilidad parece que finalmente el impuesto sobre el Patrimonio no desaparecerá, pero se establecerá una bonificación del 100%, y siendo así, la conveniencia de compensar a las Comunidades Autónomas por la pérdida de ingresos se mantiene.

En el caso español, tanto la Constitución como la Ley Orgánica reguladora de la Financiación de las Comunidades Autónomas, Ley 8/1980 de 22 de septiembre -en adelante LOFCA- contienen diversas previsiones tendentes a limitar o paliar los efectos de este tipo de compensación, ejemplo de ello es el artículo 150. 2 de la Constitución española en el que se establece la posibilidad de que el Estado transfiera o delegue en las Comunidades Autónomas facultades correspondientes a materia de titularidad estatal, debiendo prever en cada caso la correspondiente transferencia de medios financieros.

Del mismo modo el artículo 2.1.e) de la referida Ley Orgánica, determina que la actividad financiera de las Comunidades Autónomas deberá ejercerse en coordinación con la Hacienda del Estado y con arreglo al principio de lealtad institucional¹⁴, que determinará «la valoración del impacto, positivo o negativo, que puedan suponer las actuaciones del Estado legislador en materia tributaria o la adopción de medidas de interés general, que eventualmente puedan hacer recaer sobre las Comunidades Autónomas obligaciones de gasto no previstas a la fecha de aprobación del sistema de financiación vigente, y que deberán ser objeto de valoración anual en cuanto a su impacto, tanto en materia de ingresos como de gastos, por el Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas.»

Pese a ello, la prohibición de la compensación silenciosa no se trata como señala FALCÓN Y TELLA «de un principio absoluto, ya que en determinados casos un mínimo efecto de compensación silenciosa es inevitable, y resulta constitucionalmente admisible, sobre todo en las relaciones verticales entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como ocurre cuando el primero efectúa reformas no sustanciales (desde el punto de vista recaudatorio) en su ordenamiento tributario o las segundas modifican tributos propios que sean deducibles de los tributos estatales, y en general cuando resulte imprescindible para no vaciar de contenido otras competencias»¹⁵.

E) *Compensación financiera nacional e internacional*

Por último cabe hacer una breve referencia a los sistemas de compensación que tienen lugar entre Estados, compensación financiera internacional, y la que se produce dentro de sus fronteras, compensación financiera nacional.

¹⁴ El principio de lealtad institucional deriva del principio de lealtad constitucional, que es una adaptación a la génesis del Estado autonómico de un principio imperante en los ordenamientos federales, el principio de lealtad federal -*Bundestreue* o *Bundesfreundliche Verhalten* (comportamiento favorable hacia la Federación)-. De origen alemán, se consagra con la política de Otto Von Bismarck en un contexto de tensión entre la Federación y los Estados miembros, como indica la profesora BIGLINO CAMPOS, con la aplicación de este principio el canciller pretendía, «de una parte, frenar el particularismo de éstos últimos, (refiriéndose a los Estados federados) subrayando su pertenencia a una entidad más amplia. De otro lado, procuraba mitigar la hegemonía de Prusia, que abarcaba más de la mitad del territorio del imperio y comprendía el sesenta por ciento de la población Alemana» (*La lealtad constitucional en el Estado de las Autonomías*, Revista Jurídica de Castilla y León, n. 1/2004, p. 56).

El principio de lealtad federal actúa en dos direcciones complementarias, en un sentido exige a los Estados federados (*Länder*) ejercer positivamente sus competencias en el caso de que tal actuación sea necesaria para el buen fin de la Federación (*Bund*), y en otro, limitando la discrecionalidad de los *Länder* en el ejercicio de las funciones que le son propias, asumiendo la obligación de hacerlo sin lesionar el interés común del *Bund*. Por consiguiente, dicho principio exige un comportamiento objetivo, y no solamente una actitud subjetiva de buena fe. Vide DE LA CRUZ RODRIGUEZ, *La solidaridad interterritorial en España*, (Cáceres, 1996), p. 131.

¹⁵ *Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (stille Finanzausgleich) en el ITPAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IV*, Quincena Fiscal, n. 7/2007, p. 5.

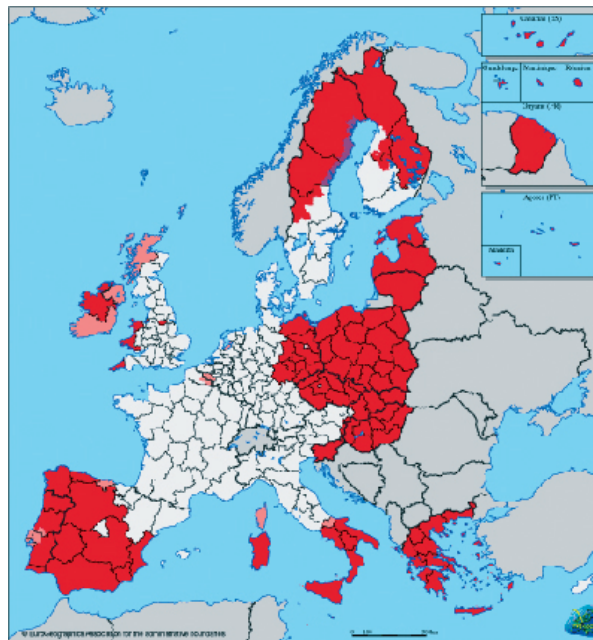
Vulneraciones de este principio de interdicción de la compensación financiera u oculta son -para el profesor FALCÓN Y TELLA- la exigencia del gravamen por parte de las Comunidades Autónomas sobre el otorgamiento de concesiones locales, a través de las cuales se prestan servicios públicos provincializados, insularizados o municipalizados, o sobre el otorgamiento de concesiones estatales, junto al establecimiento de tipos más elevados en el gravamen proporcional de AJD en los supuestos de renuncia a la exención del IVA, pues manifiestamente con ello lo único que se pretende es disuadir de la renuncia y así atraer recaudación a costa del Estado.

En el ámbito comunitario, desde 1975 la Unión está llevando a cabo una política decidida de desarrollo regional fundada en la transferencia de fondos de los Estados miembros con mayor poder económico a los territorios de menor riqueza. Pese a ello, no es hasta la publicación del Acta Única Europea¹⁶ cuando adquiere la importancia que reviste en nuestros días con el impulso de la cohesión económica y social, su inclusión en el texto del Tratado eleva la necesidad de corregir los desequilibrios territoriales a categoría constitucional.

Para ello se tomaron tres ejes principales de actuación de los Fondos Estructurales: mayor selectividad de las acciones que habrían de perseguir algunos objetivos prioritarios, duplicación de los medios presupuestarios puestos a su disposición y mejora de los métodos de intervención. «Nació de esa manera un planteamiento sistemático de la política económica comunitaria por medio de la definición de objetivos; sin embargo, el planteamiento también nació de la dinámica de reconsideración del poder del Estado nacional, reforzando los mecanismos de intervención comunitarios y la colaboración internacional con las instituciones locales y regionales»¹⁷.

El Tratado de Maastricht consolida las medidas referidas y refuerza el principio de cohesión económica y social entre los Estados miembros, constatadas las grandes diferencias existentes entre los países veteranos y los recién incorporados.

De este modo, los recursos procedentes de los instrumentos comunitarios se convierten en una fuente de financiación muy importante para los países con menor nivel de desarrollo. La pertenencia de España e Italia a la Unión Europea les hace perceptora de importantes dotaciones a través de los fondos europeos que responden al principio de solidaridad entre Estados, tal y como queda reflejado en el siguiente mapa de regiones subvencionables¹⁸:



¹⁶ Firmada en Luxemburgo y La Haya, entró en vigor el 1 de julio de 1987.

¹⁷ NARVÁEZ BUENO, *La financiación regional y los Fondos Estructurales*, Financiación de las Haciendas territoriales, Instituto Andaluz de Administración Pública. Consejería de Justicia y Administración Pública. Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, p. 181.

¹⁸ Con datos relativos a 20 de junio de 2008 y la siguiente leyenda:

- Regiones incluidas en el Objetivo n.1
- Apoyo transitorio del Objetivo n. 1
- Programa especial en favor de las zonas costeras suecas.

Extraído de la web oficial de la Unión Europea: http://ec.europa.eu/regional_policy/objective1/map_es.htm



En Italia, las regiones que perciben los fondos estructurales son *Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia y Sardegna*. En el caso español, Galicia, Principado de Asturias, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Comunidad Valenciana, Andalucía, Región de Murcia, Ceuta y Melilla y Canarias, cuyas ayudas quedan especificadas en el siguiente gráfico¹⁹:

AYUDAS ESTRUCTURALES ASIGNADAS A ESPAÑA					
(millones de euros 2004)					
	1986-1988	1989-1993	1994-1999	2000-2006	2007-2013
Fondos Estructurales	-	-	41.080	49.569	28.207
Fondos de Cohesión	-	-	9.574	12.322	3.250
Total	4.822	18.707	50.654	61.890	31.457

Fuente: Ministerio de Economía y Hacienda.

Descritas en los breves términos expuestos las principales manifestaciones del principio de suficiencia y de, por lo tanto, la necesidad de compensación financiera, cabe reiterar que los saldos fiscales netos, resultado de la diferencia entre la capacidad fiscal y la necesidad fiscal, están frecuentemente causados por factores muy difíciles de controlar por los gobiernos subcentrales, de manera que si se quiere alcanzar un estándar mínimo de servicios públicos en todas las regiones, aquellas que no dispongan de recursos suficientes deberán ser subvencionadas dada la relevancia de los principios constitucionales aludidos. Sobre la base de lo expuesto, el modelo de financiación regional debe garantizar la suficiencia financiera de las distintas entidades regionales.

3. La suficiencia financiera regional en el ordenamiento español

El artículo 156 de la Constitución española proclama la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de sus competencias con arreglo a los principios de coordinación con la Hacienda estatal y de solidaridad entre todos los españoles.

El enlace del principio de suficiencia con el principio de la autonomía financiera ha sido destacado por el Tribunal Constitucional, aportándole el debido fundamento

¹⁹ Extraído del Informe Marco estratégico nacional de referencia de España 2007-2013, elaborado por la Dirección General de Fondos Comunitarios, publicado el 27 de abril de 2007, pág. 52. En el que se refleja el Acuerdo del Consejo Europeo de 16 de diciembre de 2005 por el que se aprueban las perspectivas financieras para España durante el periodo 2007-2013. Disponible en la web de la Dirección General de Fondos Comunitarios, <http://www.dgfc.sggp.meh.es/index.jsp>.



constitucional en ausencia de referencia expresa en la Carta Magna: «con relación al principio de suficiencia financiera hemos dicho que ésta va íntimamente ligada a la autonomía financiera de los entes territoriales, instrumento indispensable para la consecución de su autonomía política. Ello exige que dichos entes disfruten de la plena disposición de los medios financieros precisos para poder ejercer, sin condicionamientos indebidos y en toda su extensión, las funciones que legalmente les han sido encomendadas; es decir, para posibilitar y garantizar el ejercicio de la autonomía constitucionalmente reconocida en los arts. 137 y 156 CE (por todas, SSTC 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 3; 96/2002, de 25 de abril, FJ 2; 168/2004, de 6 de octubre, FJ 4; y 179/2006, de 13 de junio, FJ 3). (STC 13/2007 de 18 de enero, FJ 5).»

En línea con la interpretación constitucional, la LOFCA contiene una remisión explícita a este principio ligándolo a la noción de autonomía financiera, al disponer en su artículo 2.1.d) que ésta deber llevarse a efecto de acuerdo con «la suficiencia de recursos para el ejercicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas».

De este modo, la suficiencia financiera se configura como una garantía institucional fundada en la existencia de medios o instrumentos de obtención de recursos con los que cubrir las necesidades de financiación de los entes territoriales, garantía que ha de ser prestada por el Estado, pero no con carácter absoluto, sino con ciertas limitaciones ya que «dicha suficiencia debe quedar enmarcada, como concepto relativo que es, en el marco de las posibilidades reales del sistema financiero del Estado en su conjunto...dentro siempre de las reales disponibilidades económicas de un sistema globalmente presidido por el principio de solidaridad entre todos los españoles»²⁰.

La suficiencia financiera de las Comunidades Autónomas de régimen común se articula, en el actual modelo contenido en la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, a través de un único canal de transferencias, el Fondo de Suficiencia, que sustituye tanto a las transferencias incondicionadas de la Participación en los Ingresos del Estado (PIE) como a las transferencias específicas sanitarias²¹ propias de los modelos anteriores.

El Fondo de Suficiencia actúa como «mecanismo de cierre del sistema de financiación»²², con el que, efectuada la diferencia entre las necesidades de gasto y el montante de ingresos obtenidos por las Haciendas territoriales, se cubre el déficit de recaudación en el caso de que la ecuación resulte positiva, o se obliga a la devolución del exceso, si el resultado es negativo, actuando como una transferencia incondicionada que otorga el Estado a las Comunidades Autónomas que no logren financiar sus necesidades de gasto corriente u ordinario.

El cálculo del Fondo de Suficiencia se efectúa de un modo relativamente sencillo. En el año base del sistema (1999) se cuantifican las necesidades de gasto de las Comunidades Autónomas, lo que – en palabras de SOLÉ OLLÉ – «constituye la piedra angular de

²⁰ STC 87/1993, de 11 de marzo, FJ 3º b; en el mismo sentido la STC 135/1992, de 5 de octubre, FJ 8.

²¹ Con anterioridad a la cesión parcial del IRPF los recursos que obtenían las Comunidades Autónomas en concepto de PIE suponían un 35% del total. Con la cesión de esta figura su importancia cuantitativa con respecto al resto de ingresos decrece, simbolizando el paso de un modelo inspirado en la dependencia autonómica reflejada en el peso de las transferencias, a uno asentado en el principio de corresponsabilidad fiscal. La importancia de este recurso a lo largo de los distintos modelos de financiación ha sido analizada por DURO ÁLVAREZ, *La PIE y el Fondo de Suficiencia como cierre del sistema de financiación autonómica*, Alcabala. Revista de Hacienda Pública de Andalucía, n. 29/2002, pp. 7 a 45.

²² Acuerdo del CPPF de 30 de noviembre de 2001, pág. 60.



la aplicación de esta transferencia.»²³, pudiendo resumir las operaciones que tienen lugar en su determinación en las siguientes:

1º) Se calculan estos recursos necesarios de forma separada para tres grandes categorías de servicios, educación y servicios generales, sanidad, y servicios sociales.

2º) Para cada una de estas categorías, son seleccionadas algunas variables que se entienden relacionadas con las necesidades de gasto, bien combinándolas en una fórmula polinómica en la que se les otorga una determinada ponderación²⁴, bien asignando una porción de los recursos a un fondo específico relacionado con una de estas variables²⁵.

3º) Por último se impone un crecimiento mínimo y máximo de los recursos de cada Comunidad Autónoma utilizando las denominadas Garantías de mínimos y Reglas de modulación, respectivamente, con las que se pretende asegurar que no disminuyan los recursos obtenidos tras la adopción de un nuevo modelo de financiación con respecto al sistema anterior.

Acto seguido se determina qué rendimiento puede obtener cada Comunidad de sus tributos cedidos y tasas afectas para un esfuerzo fiscal igual al del resto de Comunidades Autónomas, o lo que es lo mismo, su recaudación normativa. Finalmente por diferencia entre las necesidades de gasto y la recaudación normativa obtenida en concepto de tributos cedidos y tasas se cuantifica el importe positivo o negativo que le corresponde a cada Comunidad en concepto del Fondo de Suficiencia.

Será positivo cuando las necesidades de financiación de la correspondiente autonomía sean superiores a los recursos tributarios que le proporciona el sistema, en cuyo caso, la Comunidad Autónoma recibe anualmente, por el Fondo de Suficiencia, el importe establecido en el año base, incrementado por el índice de evolución que experimenten los Ingresos Tributarios del Estado (ITEn)²⁶ entre el año base y el año correspondiente.

²³ *Las necesidades de gasto de las CCAA*, La financiación del Estado de las Autonomías: perspectivas de futuro, LAGO PEÑAS, (dir.), Ministerio de Economía y Hacienda IEF, Madrid, 2007, p. 88.

²⁴ Para las competencias comunes, la población tiene un peso del 94%, la superficie del 4,2 %, la dispersión del 1,2 % y la insularidad del 0,6 %.

²⁵ Con el objeto de reforzar el principio de solidaridad, en el artículo 4º de la ley 21/2001 se prevé la creación de un Fondo para paliar la escasa densidad de población, dotado con 48,08 millones de euros, del que se benefician las Comunidades Autónomas que hayan experimentado un proceso de despoblación importante, siempre que tengan una densidad de población inferior a 27 habitantes por kilómetro cuadrado y que su extensión superficial sea inferior a 50.000 kilómetros cuadrados. Junto a éste, se crea el Fondo de Renta Relativa, dotado con 1 50,25 millones de euros que son distribuidos teniendo en cuenta la situación de menor riqueza relativa de algunas Comunidades Autónomas. Para ello se utilizará como variable de reparto el siguiente índice ponderado de renta relativa:

$$IRP_i = \frac{P_i}{P_T} \left[\frac{VAB_i/P_i}{VAB_T/P_T} \right]$$

donde:

- P_i = Población de la comunidad i.

- P_T = Población total de las quince Comunidades Autónomas de Régimen Común.

- VAB_i = Valor Añadido Bruto al coste de los factores de la Comunidad Autónoma i.

- VAB_T = Valor Añadido Bruto al coste de los factores de las quince comunidades de Régimen Común.

Este Fondo se distribuye entre aquellas Comunidades Autónomas cuyo índice de renta relativa es positivo y en proporción al mismo.

²⁶ El ITEn definido como la recaudación estatal, excluida la susceptible de cesión, por IRPF, IVA e Impuestos Especiales de fabricación sobre la Cerveza, Productos Intermedios, Alcoholes y Bebidas Derivadas, Hidrocarburos y sobre Labores del Tabaco.



En el caso en que los ingresos potenciales superen las necesidades de gasto, la transferencia de nivelación es negativa y se dirige desde esas Comunidades Autónomas al Estado. Esta cuantía es calculada con arreglo al importe del Fondo de Suficiencia establecido en el año base incrementado en el menor de los dos índices siguientes:

- El ITE_n antes mencionado.
- El ITE regional (ITE_r), que se define como la recaudación en el territorio de la Comunidad autónoma, por IRPF, IVA e Impuestos especiales de fabricación sobre la Cerveza, Productos intermedios, Alcoholes y Bebidas Derivadas, Hidrocarburos y sobre Labores del Tabaco.

Las únicas Comunidades que no perciben nada en concepto de este Fondo, y que deben reintegrar al Estado el exceso de recaudación son Madrid y Baleares, en el siguiente gráfico se recogen las previsiones de este fondo para el año 2008, puede apreciarse como la Comunidad Autónoma que más dotaciones percibe es Andalucía, seguida de Galicia y Canarias²⁷.

COMUNIDADES AUTONOMAS	Presupuesto 2007		Presupuesto 2008		% Δ 08/07
	Importe	% s/ total	Importe	% s/ total	
Cataluña	2.585,20	8,2	2.830,94	8,4	9,5
Galicia	3.473,36	11,0	3.697,34	11,0	6,4
Andalucía	8.683,98	27,6	9.251,63	27,5	6,5
Principado de Asturias	1.060,92	3,4	1.129,21	3,4	6,4
Cantabria	658,47	2,1	732,10	2,2	11,2
La Rioja	359,86	1,1	383,02	1,1	6,4
Región de Murcia	1.056,35	3,4	1.124,34	3,3	6,4
Comunitat Valenciana	2.497,67	7,9	2.658,44	7,9	6,4
Aragón	1.054,90	3,3	1.122,82	3,3	6,4
Castilla-La Mancha	2.256,14	7,2	2.401,36	7,1	6,4
Canarias	3.051,38	9,7	3.247,79	9,7	6,4
Extremadura	1.840,22	5,8	1.958,67	5,8	6,4
Castilla y León	2.922,17	9,3	3.110,26	9,2	6,4
TOTAL	31.500,60	100,0	33.647,94	100,0	6,8

LÓPEZ LABORDA considera que «el fondo de suficiencia así concebido (como antes la participación en los ingresos del Estado) opera como una genuina transferencia de nivelación que trata de garantizar los equilibrios financieros horizontal y vertical. Es decir, por un lado, que el coeficiente entre ingresos y necesidades de gasto sea el mismo para

²⁷ Gráfico extraído del Informe económico financiero de los Presupuestos Generales del Estado para el 2008.



todas las Comunidades y por otro lado, que ese coeficiente también sea el mismo para el nivel autonómico en su conjunto y para el nivel central»²⁸.

El Fondo de Suficiencia no se revisa cada año, sino que para cualquier año posterior al año base su importe se obtiene aplicando al Fondo el índice de crecimiento de la recaudación estatal por los impuestos del Estado equivalentes a los cedidos a las Comunidades Autónomas (los referidos ITE, Ingresos Tributarios del Estado: IRPF, IVA e Impuestos Especiales de Fabricación). En consecuencia, los ingresos que la Comunidad Autónoma percibirá en cada año estarán constituidos por la suma del Fondo de Suficiencia y por la recaudación efectiva por los tributos cedidos obtenida en el mismo.

Implícitamente, el sistema está asumiendo que tanto las necesidades de gasto como los ingresos tributarios normativos van a crecer en todas las Comunidades Autónomas a un ritmo similar a la tasa de evolución de los ITE, lo que permitirá mantener los equilibrios financieros horizontal y vertical a lo largo del tiempo. Pero la realidad se ha encargado de desmentir esta hipótesis, mostrando, en primer lugar, tasas de crecimiento de la recaudación normativa y, sobre todo, de las necesidades de gasto (debido al desigual crecimiento de la población) diferentes entre Comunidades, y, en segundo lugar, un crecimiento de las necesidades de gasto de algunos servicios superior a los ITE. Por tanto, los recursos básicos no pueden asegurar que vayan a satisfacerse en cualquier momento del tiempo los equilibrios financieros.

La Ley 21/2001, de 27 de diciembre, incorpora tres instrumentos con los que se pretende la corrección de los desequilibrios que pudieran surgir en la aplicación del modelo de financiación en ella establecido.

El primero de ellos, de carácter general, se contiene en el artículo 4. A. a) y consiste en el análisis anual de los efectos que en la aplicación del sistema de financiación tiene la evolución del censo de población, con respecto a las necesidades de gasto cuantificadas para el año anterior. Para llevar a efecto esta tarea se creó un Grupo de Trabajo en el Consejo de Política Fiscal y Financiera, pese a las conclusiones emitidas en el informe elaborado, nunca se adoptaron las medidas previstas consistentes principalmente en la revisión del Fondo para adecuarlo a los cambios poblacionales.

El primer mecanismo de aplicación específica se establece en el artículo 15 de la LOFCA, y se desarrolla por el artículo 67 de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre. En este precepto se establece la obligación de revisar el Fondo de Suficiencia, cuando una Comunidad Autónoma no pueda cubrir con sus recursos básicos el nivel mínimo de prestación de los servicios públicos fundamentales de educación o sanidad, y por esta razón reciba en un periodo inferior a cinco años transferencias condicionadas estatales destinadas a garantizar ese nivel. Se entiende que no se alcanza el nivel mínimo de prestación cuando el incremento del número de alumnos de enseñanza obligatoria (educación) o de la población protegida, debidamente ponderada en función de la edad (sanidad), en una Comunidad Autónoma, entre un año y el siguiente, expresado en términos porcentuales, sea superior, en más de 3 puntos al incremento porcentual que experimente en ese mismo período la media nacional.

A día de hoy, ninguna Comunidad ha hecho uso de estas asignaciones, y según datos manejados por el Grupo de Trabajo de Población referido ninguna podría haberlo hecho, ya que en su informe constató que ni en 2002 ni en 2003 se produjo en ninguna

²⁸ La nivelación horizontal, in La financiación del Estado de las Autonomías: perspectivas de futuro, LAGO PEÑAS (dir.), Ministerio de Economía y Hacienda. IEF, Madrid, 2007, pp. 166-167.



Comunidad el crecimiento de la población que hubiera justificado la puesta en marcha de este instrumento.

El segundo instrumento específico está constituido por la denominada garantía de asistencia sanitaria, regulada en el número segundo de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 21/2001 de 27 de diciembre, que asegura que la financiación asignada a los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social crezca al menos a la misma tasa que el Producto Interior Bruto nominal a precios de mercado.

Junto a las reformas amparadas en los instrumentos descritos, el artículo 13. 4 de la LOFCA contiene las causas de revisión de la dotación del Fondo. Las técnicas previstas evitan la aplicación de la llamada compensación financiera silenciosa u oculta, y aportan coherencia, claridad y transparencia a este instrumento de nivelación.

El Fondo deberá ser revisado en dos supuestos y el resultado de la revisión producirá resultados muy distintos: un aumento de lo percibido por este concepto, en el primero, y una reducción de sus dotaciones en el segundo. Si se produce una delegación o traspaso de nuevos servicios, ampliaciones o revisiones de valoraciones de traspasos anteriores, es obvio que las Comunidades Autónomas necesitarán nuevos medios financieros con los que ejercitar las funciones encomendadas, en el caso en que no sean proporcionados por otros recursos del sistema, esta carga deberá ser soportada por el Fondo de Suficiencia. Mientras que de producirse un aumento de la cesión de tributos de titularidad estatal a favor de tales entidades, la cantidad percibida por este concepto deberá necesariamente ser rebajada en su justa medida.

El objetivo del sistema de financiación de régimen común, desde sus orígenes, ha consistido en garantizar la nivelación plena de prestación de todos los servicios públicos, sin que se tuviese en consideración la naturaleza de los mismos. Para ello han sido, como hemos visto, cuantificadas las necesidades totales de gasto totales de las Comunidades Autónomas derivadas de la prestación de las competencias asumidas.

Esta situación puede verse alterada en el caso en que se lleven a efecto las medidas contenidas en algunos de los Estatutos de Autonomía recientemente reformados, en los que se ha optado por modificar este hecho, decantándose por una nivelación parcial, limitada a determinados servicios, cuales son: «los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar»²⁹.

²⁹ Tal es el caso de los Estatutos de Autonomía de Cataluña, Andalucía, Islas Baleares y Aragón, aprobados por las respectivas Leyes Orgánicas: 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; 6/1981, de 30 de diciembre de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía; 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares; y 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

En el artículo 206. 3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña se afirma que: «Los recursos financieros de que disponga la Generalitat podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede, la Generalitat recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Los citados niveles serán fijados por el Estado».

En el artículo 175. 2. del Estatuto de Autonomía de Andalucía, en el que se garantiza la tenencia de recursos necesarios para hacer frente a las competencias asumidas de acuerdo con los siguientes principios:

«c) Garantía de financiación de los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del estado de bienestar para alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre que se lleve a cabo, un esfuerzo fiscal similar expresado en términos de la normativa y de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución...

g) Nivelación de los servicios a que se refiere el artículo 158.1 de la Constitución, en los términos previstos en la letra c) de este apartado».

En el artículo 123. 2 del Estatuto de Autonomía de Islas Baleares, se establece lo siguiente:

« Los recursos financieros de que disponga la Comunidad Autónoma de las Illes Balears podrán ajustarse para que el sistema estatal de financiación disponga de recursos suficientes para garantizar la nivelación y solidaridad a las demás Comunidades Autónomas, con el fin de que los servicios de educación, sanidad y otros servicios sociales esen-

*Qué consecuencias generaría el cambio de un modelo de nivelación plena a uno parcial?*

En primer lugar, estimamos necesario comenzar el tratamiento de esta cuestión afirmando que los Estatutos de Autonomía no constituyen el instrumento idóneo para imponer esa alteración del grado de nivelación de las Comunidades Autónomas. De acuerdo con la Constitución (arts. 138.1, 149.1.14, 156.1, 157.3), es al nivel central (en coordinación con las Comunidades Autónomas) al que incumbe ponderar los intereses en juego y tomar esa decisión, como efectivamente ha hecho hasta la actualidad.

Dicho lo cual, consideramos que no existen argumentos concluyentes desde el punto de vista económico y jurídico que avale la modificación del modelo de nivelación. Jurídicamente no existe un título competencial en el que se sostenga la propuesta, y económicamente en las simulaciones efectuadas se aprecia que esta nivelación repercute negativamente en la financiación de la mayoría de las Comunidades Autónomas españolas, siendo beneficiarias únicamente las dos que no perciben dotaciones del Fondo de Suficiencia, Madrid y Baleares, y la que promueve la reforma, Cataluña, sin que se entienda que a ésta se sumen autonomías que se verían gravemente perjudicadas. La adopción de uno u otro modelo es, en definitiva, una decisión meramente política que en todo caso debe fundamentarse en los principios constitucionales de igualdad y solidaridad.

La aplicación de un modelo de nivelación parcial generaría importantes consecuencias en detrimento de la solidaridad interterritorial, si únicamente pasan a ser nivelados unos servicios en lugar de garantizar la nivelación de todos los que hayan sido asumidos por las Comunidades Autónomas, no cabe duda de que el diferente grado de capacidad fiscal de los territorios quedará reflejado en su prestación, lo que repercutirá directamente en un tratamiento muy diferente, e incluso insuficiente, a los usuarios que se hallen en autonomías que dispongan de menor recaudación.

En un sistema de nivelación parcial, el Fondo de Suficiencia no cubriría la diferencia entre las necesidades de gasto de cada Comunidad Autónoma y Ciudad con Estatuto de Autonomía propio y su capacidad fiscal (art. 13.2 de la LOFCA), como sucede a día de hoy, sino que se limitaría a cubrir las necesidades de gasto generadas por la prestación del servicio sanitario, educativo, y aquellos que se considerasen esenciales, dejando a un lado al resto de servicios.

La prestación de un nivel mínimo de los servicios restantes, tampoco podría ser garantizada mediante asignaciones de nivelación, al quedar éstas limitadas a la educación y la sanidad. De modo que, la Comunidad Autónoma con necesidades de gasto superiores a los recursos obtenidos en ejercicio de su capacidad fiscal, en aquellos servicios ajenos a los nivelados, no recibiría, en principio, ninguna cantidad que le permitiese efectuar una adecuada prestación de los mismos.

Las consecuencias de la aplicación de este modelo en el sistema español de financiación autonómica han sido profundamente analizadas por LÓPEZ LABORDA, que se ha

ciales del Estado del bienestar prestados por los diferentes gobiernos autonómicos puedan alcanzar niveles similares en el conjunto del Estado, siempre y cuando lleven a cabo un esfuerzo fiscal también similar. En la misma forma y si procede la Comunidad Autónoma de las Illes Balears recibirá recursos de los mecanismos de nivelación y solidaridad. Estos niveles los fijará el Estado».

El artículo 107. 2 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que:

«La Comunidad Autónoma de Aragón participará en los mecanismos de nivelación y solidaridad con el resto de las Comunidades Autónomas, en el marco de lo dispuesto en el sistema general de financiación, a fin de que los servicios públicos de educación, sanidad y otros servicios sociales esenciales del Estado del bienestar prestados por las diferentes Administraciones autonómicas a sus ciudadanos se sitúen en niveles similares, siempre que se lleve a cabo un esfuerzo fiscal similar. Los citados niveles serán fijados por el Estado».



encargado de efectuar una simulación del mismo, tomando datos reales referidos al año 2004. Las conclusiones que emite son determinantes; las únicas Comunidades Autónomas que se beneficiarían con la reforma, serían: Cataluña, Baleares y Madrid, al ser las que tienen una mayor capacidad fiscal. Mientras que las demás se encontrarían en una difícil situación de no adoptarse ninguna medida compensatoria para cubrir las carencias de financiación presentadas³⁰.

Así las cosas, en un modelo de nivelación parcial la reducción en las dotaciones del Fondo de suficiencia sólo podría ser compensada con un incremento de la cesión tributaria en una muy cuantía importante para que se lograra cubrir gran parte de las necesidades de gasto. Esto produciría un desequilibrio entre la Hacienda estatal y la autonómica colocando a esta última en una posición principal con respecto de la primera. La pérdida de recursos de la Hacienda estatal impediría que ésta llevase a cabo los deberes constitucionales derivados de la aplicación del principio de solidaridad, y su principal manifestación, la redistribución de la renta interterritorial.

Los territorios de poder económico más elevado crecerían a un ritmo mucho mayor que aquellos que no cuentan con los medios necesarios, manteniendo y acentuando las distancias insalvables entre Comunidades Autónomas. Resulta clarificadora la conclusión del profesor TEJERIZO LÓPEZ cuando afirma que:

«El Estado debe seguir siendo el garante de la igualdad sustancial entre todos los españoles. Para poder serlo es necesario que siga contando con un sistema tributario digno de tal nombre, y con una Administración Tributaria eficiente; y debe ser quien distribuya los fondos entre las distintas Comunidades Autónomas, aunque su fijación salga del acuerdo entre todas ellas. De otro modo, no se nos alcanza cómo podría conseguir que fueren cubiertas las necesidades esenciales de los ciudadanos de las Comunidades Autónomas de menor renta.

Es evidente, siguiendo con esta cuestión, que la dotación de los fondos a transferir a las Comunidades Autónomas que deben perseguir este objetivo, cualquiera que sea su denominación y estructura jurídica, debe salir fundamentalmente de los ingresos del Estado, lo que no sería posible si, negándole la posibilidad de dotarse de un buen sistema tributario, se le cegaran las fuentes para obtenerlos»³¹.

No hay que olvidar que «con la igualación de la capacidad fiscal que buscan los fondos de nivelación se logra mantener las ventajas de la descentralización evitando sus inconvenientes, ya que cada gobierno puede ofrecer los bienes y servicios que demandan sus ciudadanos a un nivel similar al de los restantes gobiernos sin estar condicionado por las diferencias de capacidad fiscal o el coste de provisión de tales servicios»³².

La futura reforma del modelo de financiación autonómica español vendrá muy probablemente marcada por el contenido de los Estatutos de Autonomía recientemente revisados, y en gran medida por el pronunciamiento que ante los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña³³ emitirá

³⁰ *La nivelación horizontal...*, op. cit., da 179 a 185.

³¹ TEJERIZO LÓPEZ, *El futuro de la financiación...*, op. cit., p. 29.

³² GARCÍA VILLAREJO; GAYUBO PÉREZ, y SALINAS SÁNCHEZ, *La nivelación de los servicios públicos en el modelo...* op. cit., pp. 41 - 42.

³³ Los recursos de inconstitucionalidad que se han ido interponiendo contra el Estatuto de Autonomía de Cataluña han sido los siguientes:

1. Recurso de inconstitucionalidad 8045-2006 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.



el Tribunal Constitucional, examinando como cuestión principal, el cambio en el modelo de un modelo de nivelación plena por un modelo de nivelación parcial en los términos que han sido brevemente descritos.

4. La suficiencia financiera regional en el ordenamiento italiano

El artículo 114 de la Constitución italiana, promulgada el 22 de diciembre de 1947, abre el Título V que bajo la rúbrica de las «Regiones, Provincias y Municipios» es el encargado de regular los aspectos básicos de la organización territorial del Estado italiano. Este precepto, en consonancia con su artículo 5, proclama que los Municipios, las Provincias, las Ciudades metropolitanas y las Regiones son entes autónomos con sus propios estatutos, facultades y funciones según los principios establecidos en la Constitución.

A la luz del referido artículo, el profesor ROLLA concluye que «la adhesión del texto constitucional a los nuevos procesos de *multilevel constitutionalism* aparece más clara si se confronta el texto vigente con la formulación precedente del artículo 114 de la Constitución, según el cual el Estado se dividía en entes locales, provincias y regiones. El lenguaje utilizado por el constituyente de 1948 diseñaba una visión orgánica y jerárquica de los ordenamientos, derivado de considerar a los entes autónomos como parte del Estado, calificados como elementos constitutivos del Estado nacional. Por contra, el nuevo texto del artículo 114 de la Constitución diseña un sistema interinstitucional «a modo de red», según el cual tanto el Estado como los otros niveles institucionales son, en su respectivo ámbito de autonomía organizativa, normativa y política, elementos constitutivos de la República italiana»³⁴.

El modelo configurado por la Ley Constitucional núm. 3/2001 de 18 de octubre, responde asimismo a la necesidad de conceder a Regiones que no disponen del Estatuto especial, otras modalidades y condiciones especiales de autonomía. De este modo, en el apartado 3º del artículo 116 se prevé la posibilidad de que la Región interesada pueda asumir competencias sobre determinadas materias de las que antes no disponía, con el alcance y las condiciones que se reflejen en una ley estatal. Esta norma deberá ser aprobada en las Cámaras por mayoría absoluta de sus componentes, previo acuerdo entre el Estado y la propia Región, razón por la que autores como ZANON la han catalogado de

2. Recurso de inconstitucionalidad 8675-2006 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

3. Recurso de inconstitucionalidad 8829-2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

4. Recurso de inconstitucionalidad 9330-2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

5. Recurso de inconstitucionalidad 9491-2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Diputación General de Aragón contra la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

6. Recurso de inconstitucionalidad 9501-2006 interpuesto por el Consejo de la Generalitat de la Comunidad Valenciana contra determinados artículos de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

7. Recurso de inconstitucionalidad 9568-2006 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares contra la disposición adicional decimotercera de la Ley Orgánica 6/2006, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

³⁴ ROLLA, *Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano*, Revista española de Derecho Constitucional Europeo, n.1/2004, p. 142.



«atípica y reforzada³⁵». Con este precepto se instaura en el modelo italiano el llamado regionalismo diferenciado, que como pone de manifiesto MORRONE es mencionado usando fórmulas diversas, como «regionalismo asimétrico, cláusula de asimetría, regionalismo de geometría variable, regionalismo a dos velocidades», con las que se acentúa el hecho de que cada territorio pueda alcanzar un desarrollo propio y específico atendiendo a sus características propias y a sus especiales necesidades, con independencia del resto.³⁶ Así establecido, la aplicación de este precepto permite que las Regiones que tienen una elevada capacidad de gobierno puedan gozar del mismo régimen que las Regiones con Estatuto especial y conducir gradualmente a la superación de la distinción entre Estatutos regionales especiales y ordinarios.

La reforma constitucional ha incidido también en el marco de la distribución competencial. En el artículo 117 se detallan una serie de competencias de titularidad legislativa exclusiva estatal³⁷, atribuyendo automáticamente el resto de las existentes a las Regiones³⁸. Al mismo tiempo, se enumeran una serie de competencias concurrentes en las que el Estado y las entidades territoriales comparten tareas.³⁹ El anterior texto contenía una lista cerrada de materias atribuidas a las Regiones mientras que el resto eran automáticamente consideradas de titularidad estatal. Como afirma el profesor GALLO «esta inversión, es típica de las constituciones federales (Suiza, Alemania, Estados Unidos) y es similar al nuevo perfil organizativo de nuestra República, un indudable rasgo de federalismo que supera y modifica el tenue regionalismo de la previsión precedente».⁴⁰

Junto a lo descrito, el modelo italiano se caracteriza por la consagración constitucional del llamado principio de subsidiariedad, con el que se pretende que en el marco de la distribución de las funciones y tareas se dé preferencia a los ámbitos institucionales o sociales más cercanos a los ciudadanos. Autores como KOTZUR vinculan este principio con la llamada «justicia distributiva, la justicia por medio de la organización», un reparto justo de tareas y de responsabilidades a todos los niveles, asegurando la cercanía al ciudadano y la transparencia en la decisión⁴¹. Como indica D'ATENA las remisiones al mencionado principio en el texto constitucional son dos:

«La primera se refiere al principio de subsidiariedad en sentido vertical que es usado como criterio de distribución de las funciones administrativas de los entes territoriales (Art. 118 párrafo 1º).

La segunda se refiere, en cambio, al principio de subsidiariedad en sentido horizontal, el cual se expresa a través de la norma que impone, en general, a los entes territoriales el deber de favorecer » la autónoma iniciativa de los ciudadanos, de manera particular o asociada, para el desarrollo de actividades de interés general, sobre la base del principio de subsidiariedad»⁴². De este modo, concluye PASTORI el referido precepto lleva a cabo la

³⁵ ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in *Problemi del Federalismo*, (Milano, 2001), p. 57.

³⁶ MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3, della Costituzione*, *Federalismo Fiscale. Rivista di Diritto ed economia*, n. 1/2007, p. 143 - 144.

³⁷ Recogidas en el apartado 2º del artículo 117 de la Constitución italiana.

³⁸ Vide el artículo 117 apartado 5º de la Constitución italiana.

³⁹ Las materias de legislación concurrente se disponen en el apartado 3º del artículo 117 de la Constitución italiana.

⁴⁰ GALLO, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, *Rassegna Tributaria*, n. 2/2002, p. 587.

⁴¹ KOTZUR, *Federalismo, regionalismo y descentralización local, como principios estructurales del espacio constitucional europeo*, *Revista española de Derecho constitucional europeo*, n. 1/2004, p. 53 - 54. Traducido del alemán por AZPITARTE SÁNCHEZ.

⁴² D'ATENA, *La reforma constitucional del regionalismo italiano*, *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n. 4/2007, p. 13.



«recomposición/ reconstrucción del sistema existente y una redistribución de las funciones que parte de las instituciones de base.»⁴³

Con esta intención descentralizadora, se efectúa una distribución competencial en la que las Regiones pasan a ser las protagonistas, debiendo, como es lógico, disponer de mecanismos de financiación adecuados con los que se garantice la correcta prestación de bienes y servicios. No es de extrañar, siguiendo este razonamiento, que acto seguido, en el artículo 119 de la Constitución italiana, se plasme el principio de autonomía financiera de las entidades sub-estatales italianas al disponer lo siguiente:

«Los Municipios, Provincias, Ciudades metropolitanas y Regiones gozarán de autonomía financiera para sus ingresos y gastos.

Los Municipios, las Provincias, las Ciudades metropolitanas y las Regiones tendrán recursos autónomos, con facultad de establecer y recaudar sus propios impuestos e ingresos, conforme a lo dispuesto en la Constitución y a los principios de coordinación de la Hacienda Pública y del sistema tributario, y dispondrán de una coparticipación en el rendimiento de impuestos del Tesoro procedente de su respectivo ámbito territorial».

Junto a los tributos propios y a la participación territorial en los tributos de titularidad estatal (*tributi erariali*), se prevén las aportaciones del *Fondo Perequativo* que sin afectación forzosa de su destino sirvan para asegurar la suficiencia financiera de los territorios de menor capacidad fiscal por habitante.

El legislador estatal es el exclusivamente competente para llevar a cabo esta función, al estar recogida en el artículo 117 apartado 2º letra e) de la Constitución italiana la facultad de compensación de los recursos financieros. Esta exclusividad estatal ha sido criticada por autores como DE GRAZIA, al entender que con la misma «se trata de marginar fuertemente el papel de las Regiones en materia de compensación de los recursos a nivel subregional» poniendo de relieve la importante función que podrían ejercer en este ámbito tales entidades⁴⁴.

En línea con el texto constitucional, el profesor GALLO entiende que para evitar tensiones políticas entre los distintos territorios «resulta mucho más oportuno construir el mecanismo del *Fondo Perequativo* de tal modo que no resulte evidente la transferencia de las Regiones más ricas a las más pobres, como sucede actualmente...la distribución no debe ser horizontal sino vertical y debe por ello ser efectuada por el Estado en su condición de ente que representa la colectividad». Entiende el autor que es justo que sea de este modo al ser una función esencial del Estado la realización del principio de solidaridad interterritorial, auténtico condicionante del ejercicio de autonomía financiera de las entidades territoriales⁴⁵.

La atribución competencial al legislador estatal para el establecimiento y regulación del *Fondo Perequativo* se reitera y especifica en el artículo 119 de la Constitución italiana.

Los apartados segundo y tercero del artículo 119 de la Constitución italiana, determinan el contenido de la autonomía financiera, distinguiendo, en primer lugar,

⁴³ PASTORI, *Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative*, conferencia presentada en el congreso sobre Le prospettive della legislazione regionale per gli "Incontri di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale", celebrado en Milano el 26 de enero de 2006, disponible en la web /www.issirfa.cnr.it/ (Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie "Massimo Severo Giannini").

⁴⁴ L' *autonomia finanziaria degli enti territoriali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Le istituzioni del federalismo, n. 2/2002, p. 275.

⁴⁵ *Il nuovo articolo 119 della Costituzione e la sua attuazione*, in *L' Attuazione del federalismo fiscale*, BASSANINI - MACCIOTTA (dir), (Bologna, 2003), p. 197.



entre ingresos de los Municipios, de las Provincias, de las Urbes Metropolitanas y de las Regiones:

a) Recursos autónomos, mediante el establecimiento y aplicación de tributos e ingresos propios, en armonía con la Constitución y conforme al principio de coordinación con la Hacienda Pública y con el conjunto del sistema tributario.

b) Participación en los ingresos tributarios del Estado exigidos en su respectivo territorio.

c) Cuota del *Fondo Perequativo* establecido por ley estatal, sin afectación forzosa de su destino, para los territorios de menor capacidad fiscal por habitante.

Únicamente los recursos enunciados en la letra a) representan la expresión de la autonomía tributaria. A través de todos los recursos contenidos en las letras a), b) y c), de conformidad con el apartado cuarto del art. 119, podrán financiarse íntegramente las «funciones públicas» a estas entidades atribuidas (fines fiscales).

Al diferencia del anterior, el apartado quinto del art. 119 Cost, establece que para promover el desarrollo económico, la cohesión y la solidaridad social, para remover los desequilibrios económicos y sociales y para favorecer el ejercicio efectivo de los derechos personales o para allegar diferentes propósitos (fines extrafiscales) a los inherentes al normal ejercicio de sus funciones, el Estado destinará:

d) recursos adicionales;

e) y efectuará intervenciones específicas en favor de determinados Municipios, Provincias, Urbes metropolitanas y Regiones;

f) y se prevé que podrán recurrir, en el marco del sexto párrafo, al endeudamiento sólo para financiar gastos de inversión.

Por lo expuesto, los fondos adicionales y las cantidades percibidas del endeudamiento constituyen un segundo grupo de recursos, a los que hay que sumar los gastos derivados de intervenciones especiales prestados directamente por el Estado.

Es evidente que esta autonomía financiera es reconocida por el 119 de la Constitución italiana y, por lo tanto, también abarca a los actos legislativos, con excepción de las leyes regionales y de los emanados de los Municipios, de las Provincias y de las Urbes metropolitanas. Si se considera que el artículo 23 de la Constitución, como consecuencia de aprobación de la ley constitucional n. 3/2001, vulnera la ley regional, sería necesario también sostener al tiempo que el mismo artículo 23, establece una reserva general de los actos normativos entre ellos y, por tanto, también de la Ley regional.

La interpretación evolutiva puede eventualmente cambiar la naturaleza de la Ley expresamente indicada en el artículo 23 de la Constitución, pero no sustituirla por un acto normativo diverso. Por lo tanto, el artículo 119 de la Constitución italiana no modifica la naturaleza estatal, como ha sido universalmente comprendido, de la ley indicada en el referido artículo 23⁴⁶.

Las transferencias estatales a favor de las Regiones italianas de menor poder recaudatorio eran calificadas de complejas, inestables, y demasiado vinculadas a los vaivenes de la negociación política⁴⁷. Con la finalidad de aportar mayor claridad al sistema, se dictó el Decreto Legislativo 56/2000 de 18 de febrero bajo el título de «Disposiciones en materia de federalismo fiscal», con el que se disponía, a partir de 2001, la supresión del

⁴⁶ AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, (Napoli, 2007), p. 108.

⁴⁷ QUINTANA FERRER, *Los recursos participativos en el marco de la articulación entre las haciendas autonómica y estatal*, (Valencia, 2001), p. 639.

Fondo sanitario nacional y de todas las transferencias estatales a favor de las Regiones y su sustitución por una participación en determinados impuestos estatales⁴⁸.

Este sistema de participación se mantiene en la actualidad, y su regulación básica se contiene en la Legge n. 42 de 5 de mayo 2009, *Delega al governo in materia di federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della Costituzione*: en cuyo artículo 9 se establecen los «Principios y criterios dirigidos a la determinación de la cuantía y del reparto del *Fondo Perequativo* a favor de las regiones».

Las directrices contenidas en dicha Ley tendrán que ser observadas por los Decretos Legislativos que en el plazo de 24 meses desde su entrada en vigor deberán ser dictados por el Gobierno italiano en los que -entre otras cuestiones relacionadas con el artículo 119 de la Constitución italiana- se cuantifiquen las dotaciones del Fondo⁴⁹.

En la elaboración de estos Decretos, el Gobierno asegura «plena colaboración con las Regiones y con los entes locales»⁵⁰. Este compromiso reviste una especial relevancia, puesto que al igual que sucede con el Fondo de Suficiencia español, la cuantificación de las necesidades de gasto derivadas de esos niveles esenciales de prestación de servicios y competencias va a ser la partida principal en la fijación del *Fondo Perequativo*, a la par que la más difícil de concretar y hacer coincidir entre los distintos territorios.

Entre las reglas básicas que se recogen en el artículo 9 de la Ley, se especifica que el Fondo dirigido a cubrir el déficit de financiación que tiene lugar en las Regiones de menor capacidad fiscal por habitante, se nutrirá de:

- Una participación en el *Imposta sul Valore Aggiunto*.
- Una cuota de los ingresos del tributo regional.

En el reparto del *Fondo Perequativo*, además de la renta media per cápita se observa el saldo demográfico de cada Región, condición que sin duda influye de manera determinante en la prestación de los servicios que presentan un coste mayor, como la sanidad o la educación.

Mediante el sistema de participaciones al que tienen acceso las Regiones de menor poder recaudatorio, se ha pretendido dar respuesta a un problema que se repite en prácticamente la totalidad de los Estados descentralizados, que no es otro que lograr la realización de la redistribución de la renta y cubrir las carencias de financiación que presentan determinadas zonas sin vincular directamente las transferencias a los territorios más prósperos del país. Coincidimos plenamente con el profesor CERIANI cuando concluye que éste ha ser el objetivo principal del legislador estatal, y «debe destacar que el esfuerzo redistributivo es del conjunto del Estado, de toda la colectividad nacional, y no de las Regiones más ricas a favor de aquellas más pobres»⁵¹.

5. Conclusión

En cumplimiento del principio constitucional de igualdad, y como garantía de realización del principio de solidaridad financiera, el modelo de financiación regional ha

⁴⁸ Concretamente en el *Imposta sul Valore Aggiunto*, en el *Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche*, y un aumento del tipo de gravamen de la gasolina, medidas que otorgaron a las Regiones 40.000 millones de las antiguas liras. IORIO, *La perequazione nel D.LGS. N. 56/2000*, in *Il federalismo fiscale nel nuovo art. 119 della Costituzione*, (Roma, 2005), p. 31.

⁴⁹ En los términos recogidos por el artículo 2. 1 de la Ley, titulado «Objeto y finalidad».

⁵⁰ Tal y como se establece en el artículo 2. 5 de la Ley.

⁵¹ *Federalismo, perequazione e tributi: dalle riforme degli anni novanta al nuovo Titolo V*, in *L'attuazione del federalismo fiscale: una proposta*, BASSANINI - MACCIOTTA (dir), (Bologna, 2003), p. 197.



de garantizar la nivelación plena de todos los servicios y competencias prestados por dichas entidades a través de transferencias estatales de carácter incondicionado con las que paliar el déficit de financiación de que adolecen determinados territorios. De este modo se estará asegurando el acceso de todos los ciudadanos a los bienes y servicios en condiciones de igualdad con independencia del territorio del país en que residan.



Il principio di autosufficienza finanziaria regionale negli ordinamenti spagnolo ed italiano

Elena Manzano Silva*

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il principio di autosufficienza finanziaria regionale; 3. L'autosufficienza finanziaria regionale nell'ordinamento spagnolo; 4. L'autosufficienza finanziaria regionale nell'ordinamento italiano; 5. Conclusioni

1. Introduzione

Il principio di autosufficienza nel modello di finanziamento territoriale, specificamente nel finanziamento delle Comunità Autonome spagnole e delle Regioni italiane parte da un postulato comune che non è altro che quello di garantire un'adeguata prestazione di beni e servizi ai propri cittadini indipendentemente dalle zone del paese nelle quali scelgano di risiedere.

Lo sviluppo di questo principio e la sua inquadratura nell'ambito del finanziamento regionale dipenderà, naturalmente, dal modello di Stato stabilito dal legislatore di ogni paese, modello che nel caso spagnolo ed italiano presenta contemporaneamente importanti somiglianze e distaccate differenze, soprattutto dopo la riforma di alcuni Statuti di Autonomia di Comunità Autonome spagnole nei quali si esige una riforma del sistema di livellamento attualmente stabilito e vigente tutt'oggi.

Per un studio sull'autosufficienza finanziaria regionale nell'ambito indicato, occorre, in primo luogo, dare alcune brevi indicazioni di questo principio che derivano dall'applicazione generale ad entrambi gli ordinamenti, per poi, successivamente, addentrarci nelle peculiarità che ognuno di essi presenta, facendo emergere, i benefici e gli inconvenienti che li riguardano.

2. Il principio di autosufficienza finanziaria regionale

Il principio di autosufficienza finanziaria può essere definito come «la disponibilità di mezzi fiscali e finanziari per poter affrontare le responsabilità di spesa derivate dall'esercizio delle proprie competenze»¹. Da questa prospettiva, il principio di autosuffi-

* Traduzione italiana di Anna Rita Ciarcia.i

** Dottoressa in Diritto, Facoltà di Diritto di Cáceres, Università dell'Estremadura.

¹ GIRÓN REGUERA, *La financiación autonómica en el sistema constitucional español*, (Cádiz, 2003), p. 130.

cienza può affrancarsi ai principi di uguaglianza e solidarietà, dato che, garantendo la disposizione di risorse sufficienti con le quali portare a termine le competenze che sono state conferite alle enti infra-statali, contemporaneamente assicura lo sfruttamento dei beni e servizi da queste prestati ai propri cittadini in condizioni di uguaglianza, senza che detta prestazione possa vedersi modificata avendo scelto di risiedere in uno o un altro posto.

Questo è il fondamento principale sul quale sostenere il livellamento pieno delle competenze regionali ed in questo modo garantire la autosufficienza totale delle risorse, al quale si uniscono altre giustificazioni come l'intenzione di «raggiungere obiettivi macroeconomici condivisi od ottenere una stabilità di bilancio globale»².

Con le finalità indicate si organizzano trasferimenti dall'Amministrazione statale a favore delle regioni, strumentate normalmente attraverso fondi con i quali supplire alle carenze di finanziamento che queste possono presentare.

Nella teoria del federalismo fiscale sono stati accennati diversi argomenti con i quali si ribadisce l'esistenza di trasferimenti intergovernamentali³, tra i quali, spicca, come abbiamo visto, la correzione degli squilibri fiscali presenti all'interno dello Stato sia da una prospettiva verticale che orizzontale.

L'esistenza di squilibri fiscali verticali – prodotti tra l'Amministrazione statale ed la finanza sub-statale – è causata nella maggioranza dei paesi decentrati dalla configurazione del sistema tributario, nel quale il governo centrale conserva i principali fatti imponibili lasciando fonti di finanziamento meno rilevanti dal punto di vista della riscossione ai governi sub-centrali.

A livello orizzontale, gli squilibri derivano dalle peculiarità e dalle differenze che presenta ogni territorio. Alcuni possono avere un migliore accesso alle risorse naturali o alle basi imponibili che per altri, viceversa, non sono disponibili, possono, inoltre, esistere anche importanti disparità nei livelli di reddito che generano differenze di riscossione e di capacità fiscale, differenze che ugualmente possono dedursi dalla tipologia di altri fattori come la popolazione che si concentra su ogni circoscrizione che influisce sulla prestazione di servizi in maggiore o minore proporzione.

Queste particolarità condizionano in maniera rilevante il finanziamento agli enti infra-statali, senza che il deficit di finanziamento possa essere completamente corretto dai governi e dal legislatore. Per questa ragione, risulta non necessario bensì assolutamente imprescindibile che l'attenuazione degli squilibri citati si realizzi attraverso un sistema di trasferimenti che, per risultare realmente efficace, dovrà contare su⁴:

1) entrate adeguate: le autorità sub-centrali dovranno avere sufficienti risorse sommando alla propria capacità fiscale i trasferimenti di livellamento, per garantire le responsabilità assunte.

2) sforzo fiscale e controllo della spesa: il sistema di trasferimenti deve assicurare un egual sforzo fiscale delle autorità regionali ed evitare deficit preventivi.

3) equità: i trasferimenti devono essere valutati in base alle necessità di ogni territorio e variare inversamente alla capacità fiscale regionale.

² Utrilla De La Hoz, El funcionamiento de los sistemas de garantía en el modelo de financiación autonómica, Documento de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales, n. 23/2001, p. 7.

³ Cfr. GARCÍA VILLAREJO; GAYUBO PÉREZ, Y SALINAS SÁNCHEZ, *La nivelación de los servicios públicos en el modelo de financiación autonómica*, Servicio de Publicaciones la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 21.

⁴ PÉREZ GARCÍA, *La nivelación financiera en el Estado autonómico español. Una perspectiva comparada*, in *El sistema de financiación territorial en los modelos de Estado español y alemán*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2000, p. 188.

4) trasparenza e stabilità: le formule per calcolare le capacità e necessità, ed i trasferimenti derivanti, devono essere pubbliche e le variabili utilizzate nel calcolo non devono essere modificabili. Queste formule non dovrebbero essere soggette a variazioni per vari anni, al fine di permettere una pianificazione a lungo termine.

Questi trasferimenti possono avere carattere condizionato, quando sono destinate a coprire una necessità di finanziamento concreto e pertanto identificata con una parenza definita, o carattere incondizionato, quando non si prestabilisce la loro destinazione, lasciando all'ente percettore la possibilità di decidere per il finanziamento di beni o per la prestazione di servizi che ritenga più adeguata.

A loro volta, le sovvenzioni condizionate possono dividersi in due sottogruppi: specifiche o per categorie ed in blocco. Le prime sono trasferimenti condizionati in senso ristretto poiché la loro destinazione è perfettamente definita e non ammette comportamenti discrezionali dell'amministrazione ricevente. Al contrario, i trasferimenti in blocco sostengono un'ampia categoria di servizi e generalmente hanno poche restrizioni per cui l'amministrazione che li riceve può disporre dei fondi liberamente purché li utilizzi nell'area in cui si applica il programma. Secondo le possibilità del ricevente di incidere sull'ammontare ricevuto, si avrà, da una parte, le sovvenzioni compensatorie, nelle quali l'importo ricevuto dipende dalla quantità di entrate proprie che il beneficiario destini al servizio corrispondente, e dall'altra, le sovvenzioni globali o fisse, dove l'importo ricevuto è indipendente da quello che il ricevente spenda in quello stesso servizio.

Anche i trasferimenti incondizionati possono dividersi in due gruppi a seconda se la distribuzione si realizza applicando una formula o è una decisione *ad hoc* dell'amministrazione conferente, potendosi, nel primo caso, fare una seconda suddivisione in funzione delle possibilità che ha il destinatario di influire o meno sull'importo ricevuto⁵.

Stante la necessità di ridurre le differenze esistenti tra enti territoriali e compensare le carenze finanziari presenti in alcuni territori, è opportuno chiarire che non esiste un unico modo per portare a termine questo obiettivo ma esistono diverse formule di quello che il professore FALCÓN Y TELLA chiama perequazione finanziaria «che, in senso stretto, si può definire come l'insieme di meccanismi tendenti all'uguaglianza della capacità finanziaria delle diverse finanze territoriali in modo che possano offrire un livello minimo di servizi pubblici senza che il grado di pressione fiscale in ogni territorio autonomo ecceda quello esistente negli altri»⁶. Alla luce di quanto afferma questo professore, segnaliamo alcune brevi note sulle diverse modalità di perequazione⁷:

A) *Perequazione orizzontale (diretta ed indiretta) e verticale*

Riguardo ai soggetti tra i quali opera la perequazione, può distinguersi tra perequazione orizzontale, effettuata tra le finanze territoriali appartenenti allo stesso livello amministrativo, e perequazione verticale, quando ha luogo tra lo Stato e dette finanze.

⁵ REGO VEIGO, *Las transferencias y sus efectos sobre el gasto. Una aproximación*, in Revista Galega de Economía, n. 1, 2002, p. 3.

⁶ Il professore FALCÓN Y TELLA identifica in questo modo la solidarietà finanziaria con la perequazione finanziaria, (Voce "Solidaridad (Derecho financiero y tributario)", Enciclopedia Jurídica Civitas, Madrid, 1994, p. 6371). Sulla stessa linea GRAU RUIZ, ritiene che «il principio di solidarietà tende a che ogni cittadino, indipendentemente dal suo reddito o dal luogo di residenza, facendo lo stesso sforzo fiscale abbia un livello similare di prestazione o di accesso ai servizi pubblici.» (*La coordinación legislativa en los impuestos cedidos*, Madrid, 2007, p. 53).

⁷ FALCÓN Y TELLA, *La compensación financiera interterritorial y otras técnicas aplicativas del principio constitucional de solidaridad*, (Madrid, 1986), pp. 159 a 168.

La perequazione verticale si vincola ai principi di autonomia e autosufficienza finanziaria, è lo Stato che compensa principalmente attraverso la partecipazione di entrate e le imposte cedute, dotando gli enti infra-statali degli strumenti necessari con i quali esigere le risorse che gli permettano di far fronte alle proprie necessità di spesa, nell'esercizio del potere tributario di cui sono titolari. Questo implica che non si può parlare di perequazione propriamente detta, poiché si basa sull'assunzione di potestà degli enti infra-statali che il processo di decentralizzazione esige che siano oggetto di rappresentanza o trasferimento.

La perequazione orizzontale può effettuarsi in modo diretto, senza intermediari, mediante trasferimenti di fondi da una finanza territoriale ad un'altra, o in una maniera indiretta, quando è un'altra Amministrazione, normalmente quella statale, che effettua la distribuzione di risorse, che previamente sono state ottenute dalle regioni con maggior potenziale di riscossione, in relazione alle necessità di ogni territorio.

Il sistema di livellamento che ha luogo in Germania è l'esempio perfetto di modello di perequazione orizzontale diretta. La Costituzione tedesca stabilisce l'obbligo di correggere la disparità di capacità finanziaria dei Länder, prevedendo diverse tecniche di perequazione nei suoi articoli 106 e 107, sotto la denominazione di perequazione finanziaria o *Finanzausgleich*.

Il modello di perequazione si articola fondamentalmente partendo da un sistema di trasferimenti tra i Länder nel quale non interviene direttamente il governo federale. Sono gli stessi governi regionali che misurano gli squilibri orizzontali e calcolano le assegnazioni da realizzare da parte dei territori con maggiore capacità fiscale verso le regioni povere. Il governo centrale interviene nel livellamento solo nel momento di approvare la normativa basilare che regola il processo⁸ e, in ogni caso, lo fa in collaborazione coi go-

⁸ La Sentenza del Tribunale Costituzionale Federale tedesco dell'11 novembre 1999 è stata emessa per le pretese dei tre Stati federati con maggior potere economico, Baviera, Baden-Württemberg e Hessen, che si erano proposti di raggiungere una posizione tributaria più favorevole riducendo in maniera rilevante la loro contribuzione alla perequazione finanziaria. Il Tribunale interviene sulle due questioni principali riassunte da ELÍAS MÉNDEZ «in relazione all'art. 107, comma secondo, GG che il sistema di regolazione finanziaria deve trovare il punto di equilibrio tra l'autonomia, la responsabilità di ogni ente e la preservazione dell'individualità dei Länder, da una parte, e la corresponsabilità solidale sull'esistenza ed indipendenza dei compagni di Bund, d'altra parte. Il desiderato mantenimento della pluralità regionale della Germania richiede un certo livello di autonomia finanziaria. Inoltre, il principio federale garantisce un certo grado di competitività tra i Länder, dato che in parte la base legittimativa del federalismo risiede nella funzione di promuovere la competitività politica dei Länder tra loro e rispetto al Bund, al fine di favorire l'efficienza ed il migliore compimento dei compiti che ogni ente ha assegnati. La seconda idea rilevante ai nostri occhi si esprime così nella Sentenza: "La Costituzione finanziaria obbliga il legislatore, rispetto al sistema di ripartizione di imposte ed al sistema di perequazione, costituzionalmente fissati unicamente mediante concetti indeterminati, a concretare e completare questi mediante una legge con misure applicabili, generali e che vincoleranno lo stesso legislatore. La Costituzione finanziaria richiede una determinazione dei criteri sul piano legale che soddisfi in tale modo nel futuro il mandato giuridico-pubblico di una previsione legale che le misure della ripartizione impositiva e della regolazione finanziaria già siano conformate prima che si evidenzino in maniera concreta i suoi ulteriori effetti". L'irrinunciabile funzione di ordinamento della Costituzione finanziaria richiede, pertanto, una concretezza e complementarietà dei mezzi delle disposizioni aperte dalla Legge fondamentale, compito che il TCF raccomanda al legislatore federale stabilendo il 31 dicembre 2002 come data limite per l'elaborazione di una legge di mezzi che concreti la ripartizione delle entrate delle imposte sul volume di vendite ed il sistema di regolazione finanziario, includendo i trasferimenti complementari» (*La reforma de la Constitución financiera en Alemania: una reforma pendiente*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 6/2006, pp. 234 - 235).

Il punto principale della riferita sentenza costituisce l'incarico formulato dal Tribunale Costituzionale Federale per lo stabilimento sistematico di criteri nell'ambito della perequazione tributaria all'interno dello Stato federale. Il Tribunale lo esige in quanto i criteri distributivi non si trovano specificati nella Legge Fondamentale con un grado di concrezione sufficiente per garantire un fondamento immediato alla Legge di Perequazione Fiscale.

Le critiche che sorgono in relazione a questa Legge di Criteri Generali sono raccolte da WALDHOFF, per il quale prevalgono gli aspetti positivi della stessa costituendo una base necessaria ed un punto di appoggio imprescindibile nell'esercizio della perequazione interstatale. *La Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 11 de noviembre de 1999 y las perspectivas de reforma que de la misma se derivan para la constitución financiera de los Estados Federados alemanes*, Zergak. Gaceta Tributaria del País Vasco, n. 17/2000, pp. 193 a 210. Sulla stessa linea ORTIZ CALLE, *Procesos negociadores e inestabilidad del sistema de financiación autonómica: una perspectiva de Derecho comparado* (A propósito de la Sentencia de 11 de noviembre de 1999, del Tribunal Constitucional Federal Alemán, sobre el sistema de compensación financiera interterritorial entre la Federación y los Estados), *Impuestos*, n. 2/2000, pp. 373 a 392.

verni regionali attraverso il Bundesrat i cui membri, come è conosciuto, sono nominati direttamente dai governi dei Länder.

Il funzionamento di questo sistema permette al professore TEJERIZO LÓPEZ di catalogarlo nei «modelli di livellamento tipo Robin Hood, nei quali i territori ricchi cedono le risorse ai territori poveri»⁹. Le risorse trasferite attraverso il processo di livellamento sono di natura incondizionata, in modo tale che l'obiettivo del sistema è garantire la possibilità di livellare i servizi similari, e non la somministrazione effettiva nelle diverse circoscrizioni, in tal modo la prestazione dei servizi si adatta alle preferenze dei cittadini di ogni territorio.

Questo modello provoca tensioni e confronti tra le Länder donanti e le Länder riceventi che si è cercato di risolvere con i cd. Patti di Solidarietà¹⁰ e con la recente riforma della Costituzione tedesca¹¹. Come rileva la professoressa GARCÍA FRÍAS «le leggi di perequazione finanziaria hanno sempre suscitato polemiche in quanto si tratta del mezzo più importante sul quale contano i Länder per potere incrementare le proprie entrate. La fissazione delle percentuali e dei criteri di ripartizione sono stati oggetto di controversia non solo per le quantità che si ricevono bensì anche per quelle che i Länder con maggior capacità finanziaria devono apportare»¹².

Per questo motivo, riteniamo che risulti, per quanto possibile, più raccomandabile, stabilire un modello di perequazione interterritoriale verticale o in questo caso, orizzontale indiretto, nel quale non si possano distinguere i trasferimenti concessi e ricevute rispettivamente dalle regioni con maggior e minor potere di riscossione, evitando così, in parte, le continue rivendicazioni dei territori di maggiore capacità fiscale.

B) *Perequazione delle entrate e delle spese*

Questa classificazione dei meccanismi di perequazione permette di effettuare una distinzione tra la perequazione generale o incondizionata, con la quale si vuole equiparare la capacità finanziaria delle diverse finanze territoriali, e la perequazione specifica, mediante la quale si vogliono colmare necessità concrete e determinate. La prima si basa sulla necessità di incrementare le entrate di cui dispongono gli enti riceventi, senza che si stabilisca *a priori* la loro destinazione, ragion per cui si parla di perequazione nelle entrate, mentre la seconda consiste in aiuti con una finalità specifica, come per esempio educazione, salute, trasporti o servizi sociali.

Il criterio di distinzione tra la perequazione delle entrate e delle spese è l'esistenza di assegnazioni o meno, di imperativo legale, ad una determinata categoria di spesa.

⁹ El futuro de la financiación de las Comunidades Autónomas, in stampa, nell'esemplare gentilmente concesso dall'autore occupa la pagina 21.

¹⁰ Legge del 9 settembre 2001, Patto di Solidarietà I - con la quale il legislatore statale ha eseguito il mandato emesso dal Tribunale Costituzionale Federale, di regolamentazione dei mezzi applicabili largamente nel sistema di regolazione e ripartizione stabilito nella Costituzione finanziaria solamente nei suoi principi, e la Legge di continuazione del patto di solidarietà del 20 dicembre 2001 - Patto di Solidarietà II - con la quale si è data una nuova regolamentazione al sistema di regolazione federale sul piano legale. (Cfr. ELÍAS MÉNDEZ, *La reforma de la Constitución financiera en Alemania...*, op. cit., pp. 236 a 237).

¹¹ Mediante la quale si è preteso, come sottolinea ELÍAS MÉNDEZ «ridurre i finanziamenti misti; rafforzare i requisiti per ottenere gli aiuti finanziari; introdurre nuovi casi di necessità di approvazione delle leggi federali dei Bundesrat quando prevedano un aumento di spese dei Länder; rafforzare l'autonomia impositiva regionale; aggiungere nella Legge Fondamentale un patto nazionale di stabilità; e regolare espressamente nel testo costituzionale la ripartizione di onere tra le federazioni e i Länder nel caso di violazione degli obblighi sovranazionali ed internazionali.» (*La reforma de la Constitución financiera en Alemania...*, op. cit., pp. 239 a 240).

¹² *La financiación de los Länder*, in Estudios en homenaje al profesor Pérez de Ayala, (Madrid, 2007), p. 880.

C) *Perequazione ordinaria e straordinaria*

Questo criterio riguarda il carattere periodico o sporadico della stessa, in modo che gli strumenti attraverso i quali si realizza acquisiscano la condizione di ordinari o straordinari.

La perequazione ordinaria presuppone la pratica sistematica di trasferimenti, avendo come obiettivo di equilibrare la capacità finanziaria dei diversi territori, effettuandosi con una certa regolarità ed occupando un posto importante nel rispettivo modello di finanziamento.

Quella pratica abituale non vi è nella perequazione straordinaria che, come indica il nome, entra in gioco in circostanze di insufficienza delle risorse ottenute con gli strumenti propri del sistema ordinario, tendenti a garantire un livello minimo nella prestazione di determinati servizi che si considerano essenziali.

Troviamo un esempio tipico di entrambi i tipi di perequazione nei commi primo e secondo dell'articolo 158 della Costituzione spagnola, che prevede, da una parte, la possibilità di «stabilire uno stanziamento a favore delle Comunità autonome in funzione del volume dei servizi e delle attività statali da esse svolti, nonché della garanzia di un livello minimo nella prestazione dei servizi pubblici fondamentali su tutto il territorio spagnolo», a modo di perequazione straordinaria e non abituale, riflessa nel tempo verbale «potrà» che utilizza il costituente, e dall'altra, ordinando la costituzione di un Fondo di Perequazione destinato alle spese di investimento al fine di correggere gli squilibri economico interterritoriali e rendere effettivo il principio di solidarietà, obbligatorietà derivata del tenore letterale del precetto, trasformandosi questo in un meccanismo di perequazione di carattere imperativo ed ordinario.

D) *Perequazione finanziaria silenziosa e occulta*

Si parla di perequazione finanziaria occulta quando si adottano misure che, senza derivare da leggi di perequazione, hanno un contenuto giuridico o un effetto perequativo colpendo indirettamente, in modo positivo o negativo, la situazione finanziaria di altri enti territoriali. Queste misure possono scaturire da livelli superiori della finanza, come per esempio nel caso in cui si tratta di imposte il cui prodotto riscosso è ceduto all'ente territoriale ma lo Stato elevi l'imposta o elimini esenzioni, rimbalsando dunque di modo favorevole nelle rispettive finanze.

Sussiste, però, anche la possibilità contraria ovvero la riduzione dell'imposta o la soppressione dell'imposta statale ceduta, questo implica inesorabilmente una perdita di riscossione per la finanza cui era destinata la cessione¹³, o il caso in cui si effettui un trasferimento di servizi o delegazione di competenze senza che si determinino contemporaneamente le entrate necessarie per il suo esercizio.

Nel caso spagnolo, sia la Costituzione che la Legge Organica regolatrice del Finanziamento delle Comunità Autonome, Legge n. 8 del 22 settembre 1980 - di seguito

¹³ Quello che accadrà sarà la perdita di soppressione dell'Imposta sul Patrimonio annunciata dal Governo spagnolo. Nella propria condizione di imposta ceduta alle Comunità Autonome lo Stato dovrà individuare i mezzi di perequazione opportuni. Come afferma il professore Merino Jara, verificandosi la soppressione «si avrà il vantaggio che si apriranno nuove possibilità di finanziamento nello specifico campo dell'imposizione patrimoniale, senza che sulla CCAA peserà, in questo ambito, quanto stabilito dall'articolo 6, comma secondo, della LOFCA». (*El incierto futuro del Impuesto sobre el Patrimonio*, Revista de Derecho de Extremadura, n. 1/2008, p. 106). Però, per evitare questa possibilità sembra che l'imposta sul Patrimonio non scomparirà, ma si stabilirà un trasferimento del 100%, e stando così, la convenienza di perequazione delle Comunità Autonome per la perdita di entrate si mantiene.



LOFCA - contengono diverse previsioni tendenti a limitare o attenuare gli effetti di questo tipo di perequazione, un esempio di ciò è l'articolo 150, secondo comma, della Costituzione spagnola nel quale si stabilisce la possibilità che lo Stato trasferisca o deleghi alle Comunità Autonome facoltà in una materia di competenza statale, dovendo prevedere in ogni caso il relativo trasferimento di mezzi finanziari.

Allo stesso modo l'articolo 2, primo comma, lett. e), della citata Legge Organica, stabilisce che l'attività finanziaria delle Comunità Autonome si dovrà esercitare in coordinamento con la finanza dello Stato e secondo il principio di lealtà istituzionale¹⁴ che determinerà «la valutazione dell'impatto, positivo o negativo, che possano implicare le attuazioni dello Stato legislatore in materia tributaria o l'adozione di misure di interesse generale, che eventualmente possano far ricadere sulle Comunità Autonome obblighi di spesa non previsti alla data di approvazione del sistema di finanziamento vigente, e che dovranno essere oggetto di valutazione annuale in quanto al loro impatto, sia in materia di entrate che di spese, dal Consiglio di Politica Fiscale e Finanziaria delle Comunità Autonome».

A dispetto di ciò, come afferma FALCÓN Y TELLA il divieto della perequazione silenziosa è «un principio assoluto, poiché in determinati casi un minimo effetto di perequazione silenziosa è inevitabile, e risulta costituzionalmente ammissibile, soprattutto nelle relazioni verticali tra lo Stato e le Comunità Autonome, come succede quando il primo effettua riforme non sostanziali (dal punto di vista della riscossione) nell'ordinamento tributario o le seconde modificano tributi propri che siano deducibili dai tributi statali, ed in generale quando risulti imprescindibile per non svuotare di contenuto altre competenze»¹⁵.

E) *Perequazione finanziaria nazionale ed internazionale*

Infine occorre fare un breve riferimento ai sistemi di perequazione che hanno luogo tra Stati, perequazione finanziaria internazionale, e quella che si verifica all'interno delle proprie frontiere, perequazione finanziaria nazionale.

¹⁴ Il principio di lealtà istituzionale deriva dal principio di lealtà costituzionale, che è un adattamento alla genesi dello Stato autonomo di un principio imperante negli ordinamenti federali, il principio di lealtà federale - *Bundestreue* o *Bundesfreundliche Verhalten* (comportamento favorevole verso la Federazione). Di origine tedesca, si consacra con la politica di Otto Von Bismarck in un contesto di tensione tra la Federazione e gli Stati membri, come indica la professoressa Biglino Campos, con l'applicazione di questo principio il cancelliere pretendeva «da un parte, frenare il particolarismo di questi ultimi, (riferendosi agli Stati membri) sottolineando la loro appartenenza ad un'entità più ampia. Dall'altro lato, cercava di mitigare l'egemonia della Prussia, che circondava più della metà del territorio dell'impero e comprendeva il sessanta per cento della popolazione tedesca» (*La lealtad constitucional en el Estado de las Autonomías*, *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 1/2004, p. 56).

Il principio di lealtà federale agisce in due direzioni complementari, in un senso asige che gli Stati federali (*Länder*) esercitino attivamente le loro competenze nel caso che tale attuazione sia necessaria per il buon fine della Federazione (*Bund*), e nell'altro, limitando la discrezionalità dei *Länder* nell'esercizio delle loro funzioni, accettando l'obbligo di farlo senza lesionare l'interesse comune del *Bund*. Ne consegue che questo principio richiede un comportamento obiettivo e non solamente un'attitudine soggettiva di buone fede. Cfr. DE LA CRUZ RODRIGUEZ, *La solidaridad interterritorial en España*, (Cáceres, 1996), p. 131.

¹⁵ *Dos consecuencias del principio de interdicción constitucional de la compensación financiera silenciosa u oculta (stille Finanzausgleich) en el ITPAJD: las concesiones y los tipos incrementados de AJD en caso de renuncia a la exención del IV*, *Quincena Fiscal*, n. 7/2007, p. 5.

Punti deboli di questo principio di divieto costituzionale della perequazione finanziaria silenziosa e occulta sono - per il professor FALCÓN Y TELLA - l'esigenza dell'imposizione da parte delle Comunità Autonome sul conferimento delle concessioni locali, attraverso le quali si prestano servizi pubblici delle province, isole e comuni, o sul conferimento delle concessioni statali, insieme all'istituzione di modelli più elevati di imposta proporzionale di AJD nei casi di rinuncia all'esenzione dell'IVA, evidentemente l'unica cosa che si pretende è dissuadere dalla rinuncia e così far ricadere la riscossione nelle casse dello Stato.

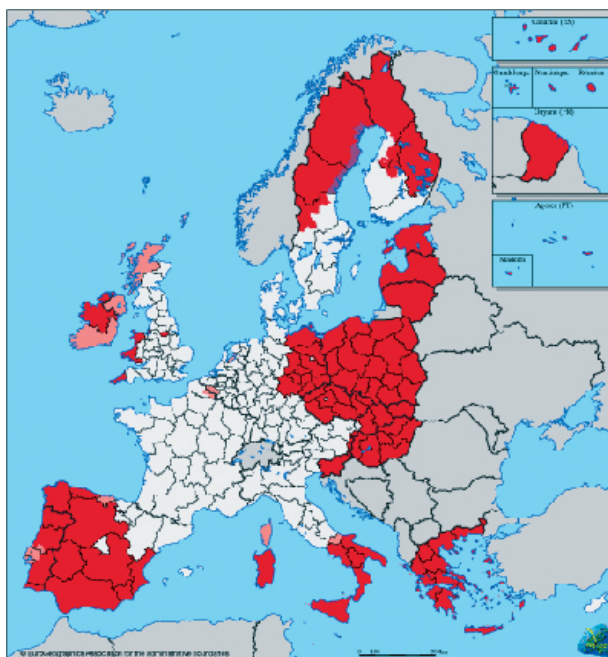


Nell'ambito comunitario, dal 1975 l'Unione sta portando a termine una determinata politica di sviluppo regionale basata sul trasferimento di fondi dagli Stati membri con maggior potere economico ai territori di minore ricchezza. A dispetto di ciò, è solo con la pubblicazione dell'Atto Unico Europeo¹⁶ che si acquisisce l'importanza che riveste ai nostri giorni la coesione economica e sociale, che si include nel testo del Trattato e si eleva la necessità di correggere gli squilibri territoriali a categoria costituzionale.

Per ciò si presero tre assi principali di attuazione dei Fondi Strutturali: maggiore selettività delle azioni che dovrebbero perseguire alcuni obiettivi prioritari, duplicazione dei mezzi di bilancio messi a sua disposizione e miglioramento dei metodi di intervento. «Nasceva in questo modo un progetto sistematico della politica economica comunitaria attraverso la definizione di obiettivi; tuttavia, il progetto nasceva anche dalla dinamica di riconsiderazione del potere dello Stato nazionale, rafforzando i meccanismi di interventi comunitari e la collaborazione internazionale con le istituzioni locali e regionali»¹⁷.

Il Trattato di Maastricht consolida le misure citate e rafforza il principio di coesione economica e sociale tra gli Stati membri, constatate le grandi differenze esistenti tra i paesi veterani e quelli di recente incorporazione.

In questo modo, le risorse provenienti dagli strumenti comunitari si trasformano in una fonte di finanziamento molto importante per i paesi con minor livello di sviluppo. L'appartenenza della Spagna e dell'Italia all'Unione Europea li rende percettivi di importanti dotazioni attraverso i fondi europei che rispondono al principio di solidarietà tra gli Stati, così come viene riflesso nella seguente mappa delle regioni sovvenzionabili¹⁸:



¹⁶ Firmato a Lussemburgo e all'Aia, entrò in vigore il 1° giugno 1987.

¹⁷ NARVÁEZ BUENO, *La financiación regional y los Fondos Estructurales*, Financiación de las Haciendas territoriales, Instituto Andaluz de Administración Pública. Consejería de Justicia y Administración Pública. Junta de Andalucía, Sevilla, 2003, p. 181.

¹⁸ Dati relativi al 20 giugno 2008 e la seguente leggenda:

- Regioni Obiettivo n. 1
- Aiuti transitori Obiettivo n. 1
- Programma speciale a favore delle zone costiere svedesi.

Estratto dalla pagine web ufficiale dell'Unione Europea:
http://ec.europa.eu/regional_policy/objective1/map_es.htm

Elena M. Silva: *Il principio di autosufficienza finanziaria regionale negli ordinamenti spagnolo ed italiano*

In Italia, le regioni che ricevono i fondi strutturali sono Campania, Puglia, Basilicata, Calabria, Sicilia e Sardegna. Nel caso spagnolo, Galizia, Principato delle Asturie, Castilla y Leon, Castilla-La-Mancia, Estremadura, Comunità Valenziana, Andalusia, Regione di Murcia, Ceuta e Mellilla e Canarie, i cui aiuti sono specificati nel seguente grafico:¹⁹

AYUDAS ESTRUCTURALES ASIGNADAS A ESPAÑA					
(miliones de euros 2004)					
	1986-1988	1989-1993	1994-1999	2000-2006	2007-2013
Fondos Estructurales	-	-	41.080	49.569	28.207
Fondos de Cohesión	-	-	9.574	12.322	3.250
Total	4.822	18.707	50.654	61.890	31.457

Fuente: Ministerio de Ecomioia y fHacienda.

Descritte brevemente le principali manifestazioni del principio di autosufficienza e, di conseguenza, la necessità di perequazione finanziaria, occorre ricordare che i saldi fiscali netti, risultato della differenza tra la capacità fiscale e la necessità fiscale, sono frequentemente causati da fattori molto difficili da controllare da parte dei governi sub-centrali, in modo che se si vuole raggiungere un standard minimo di servizi pubblici in tutte le regioni, quelli che non dispongono di risorse sufficienti dovranno essere sovvenzionate in considerazione della rilevanza dei principi costituzionali citati. Alla luce di quanto detto, il modello di finanziamento regionale deve garantire la autosufficienza finanziaria dei diversi enti regionali.

3. La autosufficienza finanziaria regionale nell'ordinamento spagnolo

L'articolo 156 della Costituzione spagnola asserisce l'autonomia finanziaria delle Comunità Autonome per lo sviluppo ed esecuzione delle loro competenze secondo i principi di coordinamento con la finanza statale e di solidarietà tra tutti gli spagnoli²⁰.

L'unione del principio di autosufficienza col principio dell'autonomia finanziaria è stata evidenziata dal Tribunale Costituzionale, apportandogli il dovuto fondamento costituzionale in assenza di espresso riferimento nella Carta Magna: «in relazione al principio di autosufficienza finanziaria abbiamo detto che questa va intimamente legata all'autonomia finanziaria degli enti territoriali, strumento indispensabile per il conseguimento della sua

¹⁹ Estratto dal Rapporto nell'ambito strategico nazionale con riferimento alla Spagna 2007-2013, elaborato dalla Direzione Generale dei Fondi Comunitari, pubblicato il 27 aprile 2007, 52. Nel quale si riflette l'Accordo del Consiglio Europeo del 16 dicembre 2005 con il quale si approvarono le prospettive finanziarie per la Spagna per il periodo 2007-2013. Disponibile sul web della Direzione Generale dei Fondi Comunitari, <http://www.dgfc.spgg.meh.es/index.jsp>.

²⁰ Cfr. STC n. 87, dell'11 marzo 1993, Considerando 3° b; nello stesso senso la STC 135, del 5 ottobre 1992, Considerando 8.

autonomia politica. Ciò esige che detti enti godano della piena disposizione dei mezzi finanziari propri per potere esercitare, senza condizionamenti indebiti ed in tutta la sua estensione, le funzioni che legalmente gli sono state attribuite; cioè, per facilitare e garantire l'esercizio dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta dagli artt. 137 e 156 CE (cfr. Sentenze del Tribunale Costituzionale n. 289, del 30 novembre 2000, Considerando 3; n. 96 del 25 aprile 2002, Considerando 2; n. 168 del 6 ottobre 2004, Considerando 4; e n. 179 del 13 giugno 2006, Considerando 3). (STC n. 13 del 18 gennaio 2007, Considerando 5).

In linea con l'interpretazione costituzionale, la LOFCA contiene una remissione esplicita a questo principio legandolo alla nozione di autonomia finanziaria, disponendo nel suo articolo 2, comma primo, lett. d) che questa deve garantirsi in accordo all'«autosufficienza di risorse per l'esercizio delle competenze proprie delle Comunità Autonome».

In questo modo, l'autosufficienza finanziaria si delinea come una garanzia istituzionale fondata sull'esistenza di mezzi o strumenti di ottenimento di risorse con le quali coprire le necessità di finanziamento degli enti territoriali, garanzia che deve essere prestata dallo Stato, ma non a carattere assoluto, bensì con certe limitazioni poiché «detta autosufficienza deve rimanere inquadrata, quale concetto relativo, nell'ambito delle possibilità reali del sistema finanziario dello Stato nel suo insieme all'interno sempre delle reali disponibilità economiche di un sistema globalmente presieduto dal principio di solidarietà tra tutti gli spagnoli».

L'autosufficienza finanziaria delle Comunità Autonome di regime comune si articola, nell'attuale modello contenuto nella Legge n. 21 del 27 dicembre 2001, con la quale si regolano i mezzi fiscali ed amministrativi del nuovo sistema di finanziamento delle Comunità Autonome di regime comune e delle Città con Statuto di Autonomia, attraverso un unico canale di trasferimenti, il Fondo di Auto-sufficienza, che sostituisce sia i trasferimenti incondizionati della Partecipazione nelle Entrate dello Stato (PIE in spagnolo) sia i trasferimenti specifici sanitari²¹ propri dei modelli anteriori.

Il Fondo di Autosufficienza agisce come «meccanismo di chiusura del sistema di finanziamento»²², con il quale, determinata la differenza tra le necessità di spesa ed il l'ammontare delle entrate ottenute dalle finanze territoriali, si copre il deficit di riscossione nel caso in cui l'equazione risulti positiva, o si impegna alla devoluzione dell'eccesso, se il risultato è negativo, agendo come un trasferimento incondizionato che concede lo Stato alle Comunità Autonome che non riescono a finanziare le proprie necessità di spesa corrente e ordinaria.

Il calcolo del Fondo di Autosufficienza si effettua di un modo relativamente semplice. Nell'anno base del sistema (1999) si quantificano le necessità di spesa delle Comunità Autonome, quello che - nelle parole di SOLÉ OLLÉ - «costituisce la pietra angolare dell'applicazione di questo trasferimento»²³, potendo riassumere le operazioni che hanno luogo alla sua determinazione nel seguente modo:

1^o) si calcolano queste risorse necessarie in maniera separata per tre grandi categorie di servizi, educazione e servizi generali, sanità, e servizi sociali.

²¹ Anteriormente alla cessione parziale dell'IRPEF le risorse che ottenevano le Comunità Autonome a titolo di PIE contavano un 35 per cento del totale. Con la cessione di questa figura la sua importanza quantitativa rispetto al resto di entrate decresce, simbolizzando il passaggio da un modello ispirato alla dipendenza autonoma riflessa sui trasferimenti, ad uno basato sul principio di corresponsabilità fiscale. L'importanza di questa risorsa durante i diversi modelli di finanziamento è stata analizzata da Duro Álvarez, *La PIE y el Fondo de Suficiencia como cierre del sistema de financiación autonómica*, Alcabala. Revista de Hacienda Pública de Andalucía, n. 29/2002, pp. 7 a 45.

²² Accordo del CPFF de 30 novembre 2001, 60.

²³ *Las necesidades de gasto de las CCAA*, La financiación del Estado de las Autonomías: perspectivas de futuro, LAGO PEÑAS, (dir.), Ministerio de Economía y Hacienda IEF, Madrid, 2007, p. 88.



2°) per ognuna di queste categorie vengono selezionate alcuni variabili che si intendono relazionate alle necessità di spesa, sia combinandole in una formula polinomica nella quale gli si concede una determinata ponderazione²⁴, sia assegnando una parte delle risorse ad un fondo specifico relazionato ad una di queste variabili²⁵.

3°) da ultimo si impone una crescita minima e massimo delle risorse di ogni Comunità Autonoma utilizzando le denominate Garanzie di minimi e Regole di modulazione, rispettivamente, con le quali si vuole garantire che non diminuiscano le risorse ottenute dopo l'adozione di un nuovo modello di finanziamento rispetto al sistema precedente.

Successivamente si stabilisce che rendimento può ottenere ognuna Comunità dai propri tributi ceduti e tasse colpite dallo sforzo fiscale uguale a quello del resto delle Comunità Autonome, o allo stesso modo, alla sua riscossione normativa. Alla fine per differenza tra le necessità di spesa e la riscossione normativa ottenuta a titolo di tributi ceduti e tasse si quantifica l'importo positivo o negativo che corrisponde ad ogni Comunità a titolo del Fondo di Auto-sufficienza.

Sarà positivo quando le necessità di finanziamento della corrispondente autonomia siano superiori alle risorse tributarie che gli attribuisce il sistema, nel qual caso, la Comunità Autonoma riceve annualmente, dal Fondo di Auto-sufficienza, l'importo stabilito nell'anno base, incrementato dall'indice di evoluzione che determinano le Entrate Tributarie dello Stato (ITEn)²⁶, tra l'anno base e l'anno corrispondente.

Nel caso in cui le entrate potenziali superino le necessità di spesa, il trasferimento di livellamento è negativo e si destina da queste Comunità Autonome allo Stato. Questo ammontare è calcolato secondo l'importo del Fondo di Autosufficienza stabilito nell'anno base incrementato col minore dei due indici seguenti:

- L'ITEn prima menzionato.
- L'ITE regionale (ITEr) che si determina dalla riscossione nel territorio della Comunità autonoma, dell'IRPEF, IVA ed Imposte speciali di fabbricazione sulla Birra, Prodotti intermedi, Alcool e Bibite Derivate, Idrocarburi e su Lavorati del Tabacco.

²⁴ Per le materie comuni, la popolazione ha un peso del 94%, la superficie del 4,2 %, la dispersione del 1,2 % e l'insularità del 0,6 %.

²⁵ Volendo rafforzare il principio di solidarietà, l'art. 4 della legge n. 21/2001 ha previsto la creazione di un Fondo per mitigare la scarsa densità di popolazione, dotato di 48,08 milioni di euro, del quale si avvantaggiano le Comunità Autonome che abbiano provato un processo di spopolamento importante, purché abbiano una densità di popolazione inferiore a 27 abitanti per chilometro quadrato e che la loro estensione superficiale sia inferiore a 50.000 chilometri quadrati. Inoltre, si è creato il Fondo di Reddito Relativo, dotato di 1 50,25 milioni di euro che sono distribuiti tenendo conto dalla situazione di minore ricchezza relativa di alcune Comunità Autonome. Pertanto si utilizzerà come variabile di ripartizione il seguente indice ponderato di reddito relativo:

$$IRP_i = \frac{P_i}{P_T} \left(\frac{VAB_i/P_i}{VAB_T/P_T} \right)$$

dove:

- P_i = Popolazione della comunità i.

- P_T = Popolazione totale delle 15 Comunità Autonome a Regimen Comune.

- VAB_i = Valore aggiunto al netto dei costi dei fattori delle Comunità Autonome i.

- VAB_T = Valor aggiunto al netto dei costi dei fattori delle 15 Comunità a regime Comune.

Questo Fondo si distriguisce tra quelle Comunità Autonome il cui indice di reddito relativo è positivo e in proporzione allo stesso.

²⁶ L'ITEn è definito come la riscossione statale, esclusa quella suscettibile di cessione, dell'IRPEF, IVA e Imposte Speciali di fabbricazione sulla Birra, Prodotti intermedi, Alcool e Bibite Derivate, Idrocarburi e su Lavorati del Tabacco.



Le uniche Comunità che non percepiscono niente a titolo di questo Fondo, e che devono restituire allo Stato l'eccesso di riscossione sono Madrid e le Baleari, nel seguente grafico si raccolgono le previsioni di questo fondo per l'anno 2008, può apprezzarsi come la Comunità Autonoma che percepisce più dotazioni è l'Andalusia, seguita dalla Galizia e Canarie²⁷.

COMUNIDADES AUTONOMAS	Presupuesto 2007		Presupuesto 2008		% Δ 08/07
	Importe	% s/ total	Importe	% s/ total	
Cataluña	2.585,20	8,2	2.830,94	8,4	9,5
Galicia	3.473,36	11,0	3.697,34	11,0	6,4
Andalucía	8.683,98	27,6	9.251,63	27,5	6,5
Principado de Asturias	1.060,92	3,4	1.129,21	3,4	6,4
Cantabria	658,47	2,1	732,10	2,2	11,2
La Rioja	359,86	1,1	383,02	1,1	6,4
Región de Murcia	1.056,35	3,4	1.124,34	3,3	6,4
Comunitat Valenciana	2.497,67	7,9	2.658,44	7,9	6,4
Aragón	1.054,90	3,3	1.122,82	3,3	6,4
Castilla-La Mancha	2.256,14	7,2	2.401,36	7,1	6,4
Canarias	3.051,38	9,7	3.247,79	9,7	6,4
Extremadura	1.840,22	5,8	1.958,67	5,8	6,4
Castilla y León	2.922,17	9,3	3.110,26	9,2	6,4
TOTAL	31.500,60	100,0	33.647,94	100,0	6,8

LÓPEZ LABORDA ritiene che «il fondo di autosufficienza così concepito (come prima la partecipazione nelle entrate dello Stato) opera come un genuino trasferimento di livellamento che cerca di garantire gli equilibri finanziari orizzontali e verticale. Cioè, da una parte, che il coefficiente tra entrate e necessità di spesa sia lo stesso per tutte le Comunità e d'altra parte, che questo coefficiente sia lo stesso per il livello autonomo nel suo insieme e per il livello centrale»²⁸.

Il Fondo di Autosufficienza non si rivede ogni anno, ma per ogni anno successivo all'anno base il suo importo si ottiene applicando al Fondo l'indice di crescita della riscossione statale per le imposte dello Stato equivalenti a quelli ceduti alle Comunità Autonome (i citati ITE, Entrate Tributarie dello Stato: IRPEF, IVA ed Imposte Speciali di Fabbricazione). Di conseguenza, le entrate che la Comunità Autonoma percepirà ogni anno saranno costituite dalla somma del Fondo di Autosufficienza e dalla riscossione effettiva per i tributi ceduti ottenuta nello stesso.

²⁷ Grafico estratto dal Rapporto economico finanziario dei Bilanci Generali dello Stato per il 2008.

²⁸ *La nivelación horizontal*, in *La financiación del Estado de las Autonomías: perspectivas de futuro*, LAGO PEÑAS (dir.), Ministerio de Economía y Hacienda. IEF, Madrid, 2007, da 166 a 167.



Implicitamente, il sistema si sta facendo carico che tanto le necessità di spesa che le entrate tributarie normative crescono in tutte le Comunità Autonome ad un ritmo simile al tasso di evoluzione degli ITE, ciò permetterà di mantenere gli equilibri finanziari orizzontali e verticale durante il tempo. Ma la realtà si è fatta carico di smentire questa ipotesi, mostrando, in primo luogo, tassi di crescita della riscossione normativa e, soprattutto, delle necessità di spesa (dovuto alla disuguale crescita della popolazione) differenti tra le Comunità, e, in secondo posto, una crescita delle necessità di spesa di alcuni servizi superiore agli ITE. Pertanto, le risorse basilari non possono assicurare che vengano soddisfatti in qualunque momento gli equilibri finanziari.

La Legge n. 21 del 27 dicembre 2001, individua tre strumenti coi quali si pretende di correggere gli squilibri che potrebbero sorgere nell'applicazione del modello di finanziamento in essa stabilito.

Il primo di questi, di carattere generale, è contenuto nell'articolo 4, lett. A), lett. a), e consiste nell'analisi annuale degli effetti che nell'applicazione del sistema di finanziamento ha l'evoluzione del censimento di popolazione, rispetto alle necessità di spesa quantificate per l'anno precedente. Per portare a termine questo lavoro si creò un Gruppo di Lavoro nel Consiglio di Politica Fiscale e Finanziaria, nonostante le conclusioni stabilite nella relazione elaborata, non si adottarono mai le misure previste consistenti principalmente nella revisione del Fondo per adeguarlo ai cambiamenti di popolazione.

Il primo meccanismo di applicazione specifica si individua nell'articolo 15 della LOFCA, e si sviluppa nell'articolo 67 dalla Legge n. 21/2001. In questa norma si stabilisce l'obbligo di rivedere il Fondo di Auto-sufficienza, quando una Comunità Autonoma non riesca a coprire con le sue risorse basilari il livello minimo di prestazione dei servizi pubblici fondamentali di educazione o sanità, e per questa ragione riceva, per un periodo inferiore a cinque anni, trasferimenti condizionati statali destinati a garantire quello livello. E' evidente che non si raggiunge il livello minimo di prestazione quando l'incremento del numero di alunni di insegnamento obbligatorio (educazione) o della popolazione protetta, dovutamente ponderata in funzione dell'età (sanità), in una Comunità Autonoma, tra un anno ed il seguente, espresso in termini percentuali, sia superiore, di più di 3 punti all'incremento percentuale che stabilisca in quello stesso periodo la media nazionale.

A tutt'oggi, nessuna Comunità ha fatto uso di queste assegnazioni, e secondo dati prodotti dal Gruppo di Lavoro della Popolazione nessuna potrebbe averlo fatto, poiché nella sua relazione ha constatato che né nel 2002 né nel 2003 si è verificata, in nessuna Comunità, la crescita della popolazione che avrebbe giustificato l'utilizzo di questo strumento.

Il secondo strumento specifico è costituito dalla denominata garanzia di assistenza sanitaria, regolata nel numero secondo della Disposizione Transitoria Seconda della Legge n. 21/2001, che garantisce che il finanziamento assegnato ai servizi di assistenza sanitaria dalla Previdenza sociale cresca almeno allo stesso tasso del Prodotto Interno Lordo nominale a prezzi di mercato.

Insieme alle riforme tutelate con gli strumenti descritti, l'articolo 13, quarto comma, della LOFCA indica le cause di revisione della dotazione del Fondo. Le tecniche previste evitano l'applicazione della cd. perequazione finanziaria silenziosa o occulta, ed apportano coerenza, chiarezza e trasparenza a questo strumento di livellamento.

Il Fondo dovrà essere rivisto in due ipotesi ed il risultato della revisione produrrà risultati molto diversi: un aumento di quello percepito per questo concetto, nel primo, ed una riduzione delle sue dotazioni nel secondo. Se si verifica una delega o un trasferi-



mento di nuovi servizi, un ampliamento o una revisione di valutazione dei trasferimenti precedenti, è ovvio che le Comunità Autonome avranno bisogno di nuovi mezzi finanziari con i quali esercitare le funzioni affidategli e, nel caso in cui non siano proporzionati alle altre risorse del sistema, questo onere dovrà essere sopportato dal Fondo di Autosufficienza. Invece di verificarsi un aumento della cessione di tributi di proprietà statale a favore di tali enti, la quantità percepita per questo concetto dovrà essere necessariamente abbassata alla sua giusta misura.

L'obiettivo del sistema di finanziamento a regime comune, dalle sue origini, consiste nel garantire il livellamento totale della prestazione di tutti i servizi pubblici, senza che si prenda in considerazione la natura degli stessi. Per questo sono stati, come abbiamo visto, quantificate le necessità totali di spesa totali delle Comunità Autonome derivate dalla prestazione delle competenze assunte.

Questa situazione può vedersi alterata nel caso in cui si realizzino le misure contenute in alcuni degli Statuti di Autonomia recentemente riformati, nei quali si è optato per modificare tale fatto, esaltando un livellamento parziale, limitata a determinati servizi quali sono: «i servizi di educazione, sanità ed altri servizi sociali essenziali allo Stato del benessere»²⁹.

Quali conseguenze produrrebbe il cambiamento da un modello di livellamento pieno ad uno parziale?

In primo luogo, riteniamo necessario cominciare l'analisi di questa questione affermando che gli Statuti di Autonomia non costituiscono lo strumento idoneo per imporre questa alterazione del grado di livellamento delle Comunità Autonome. In accordo con

²⁹ Questo è il caso degli Statuti di Autonomia della Catalogna, Andalusia, Isole Baleari e Aragona, approvati dalle rispettive Leggi Organiche: n. 6 del 19 luglio 2006, in riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna; n. 6 del 30 dicembre 1981, in riforma dello Statuto di Autonomia della Andalusia; n. 1 del 28 febbraio 2007, in riforma dello Statuto di Autonomia delle Isole Baleari; e n. 5 del 20 aprile 2007, in riforma dello Statuto di Autonomia di Aragona.

Nell'art. 206, comma terzo, dello Statuto di Autonomia della Catalogna si afferma che: «Le risorse finanziarie di cui dispone il Governo potranno regolarsi di modo che il sistema statale di finanziamento disponga di risorse sufficienti per garantire il livellamento e la solidarietà delle altre Comunità Autonome, così che i servizi di educazione, sanità ed altri servizi sociali essenziali dello Stato del benessere resi dai diversi governi autonomi possano raggiungere livelli simili all'interno dello Stato, a patto che realizzino anche un sforzo fiscale simile. Allo stesso modo, il Governo riceverà risorse dai meccanismi di livellamento e solidarietà. I citati livelli saranno fissati dallo Stato».

Nell'art. 175, comma secondo, dello Statuto di Autonomia dell'Andalusia, nel quale si garantisce il possesso delle risorse necessarie per far fronte alle materie assunte in accordo con i seguenti principi:

c) Garanzia di finanziamento dei servizi di educazione, sanità e altri servizi sociali essenziali nello stato del benessere per raggiungere livelli simili all'interno dello Stato, sempre chesi realizzi uno sforzo fiscale simile espresso normativamente ed in accordo con l'art. 31 della Costituzione ...

g) Livellamento dei servizi a cui si riferisce l'art.158, primo comma, della Costituzione, nei termini previsti alla lettera c) di questo comma».

Nell'art. 123, comma secondo, dello Statuto di Autonomia delle Isole Baleari, si stabilisce quanto segue:

«Le risorse finanziarie di cui dispone la Comunità Autonoma delle Isole Baleari potranno regolarsi di modo che il sistema statale di finanziamento disponga di risorse sufficienti per garantire il livellamento e la solidarietà delle altre Comunità Autonome, così che i servizi di educazione, sanità ed altri servizi sociali essenziali dello Stato del benessere resi dai diversi governi autonomi possano raggiungere livelli simili all'interno dello Stato, a patto che realizzino anche un sforzo fiscale simile. Allo stesso modo, la Comunità Autonoma delle Isole Baleari riceverà risorse dai meccanismi di livellamento e solidarietà. Questi livelli li fisserà lo Stato».

L'art. 107, comma secondo, dello Statuto di Autonomia di Aragona dispone che:

«La Comunità Autonoma di Aragona parteciperà ai meccanismi di livellamento e solidarietà col resto delle Comunità Autonome, nell'ambito di quanto stabilito nel sistema generale di finanziamento, così che i servizi pubblici di educazione, sanità ed altri servizi sociali essenziali dello Stato del benessere resi dalle diverse Amministrazioni autonome ai propri cittadini si trovino su livelli simili, purché si realizzi uno sforzo fiscale simile. I citati livelli saranno fissati dallo Stato.»



la Costituzione (artt. 138, comma primo, 149, comma primo, 14, 156, comma primo, 157, comma terzo) è al livello centrale (in coordinamento con le Comunità Autonome), a cui compete ponderare gli interessi in gioco e prendere questa decisione, come effettivamente è stato fatto fino al momento attuale.

Detto ciò, consideriamo che non esistono argomenti concludenti dal punto di vista economico e giuridico che avallino la modificazione del modello di livellamento. Giuridicamente non esiste un titolo concorrenziale nel quale si sostenga la proposta, ed economicamente nelle simulazioni effettuate si osserva che questo livellamento si ripercuote negativamente sul finanziamento della maggioranza delle Comunità Autonome spagnole, essendo unicamente beneficiarie le due che non percepiscono dotazioni del Fondo di Auto-sufficienza, Madrid e Baleari, e quella che promuove la riforma, Catalogna, senza che si comprenda che a quest'ultima si debbano aggiungere autonomie che si vedrebbero gravemente danneggiate. L'adozione di uno o dell'altro modello è, in definitiva, una decisione puramente politica che in ogni caso deve basarsi sui principi costituzionali di uguaglianza e solidarietà.

L'utilizzazione di un modello di livellamento parziale genererebbe importanti conseguenze in danno alla solidarietà interterritoriale, se unicamente verranno ad essere livellati alcuni servizi invece di garantire il livellamento di tutti quelli che siano stati assunti dalle Comunità Autonome, non c'è dubbio che il diverso grado di capacità fiscale dei territori rimarrà riflesso nella propria prestazione e si ripercuoterà direttamente nei diversi trattamenti, talvolta insufficienti, a favore degli utenti che si trovino in autonomie che dispongano di minore riscossione.

In un sistema di livellamento parziale, il Fondo di Autosufficienza non coprirebbe la differenza tra le necessità di spesa di ogni Comunità Autonoma e delle Città con Statuto di Autonomia proprio e la loro capacità fiscale (art. 13, comma secondo, della LOFCA), come succede tutt'oggi, ma si limiterebbe a coprire le necessità di spesa generate dalla prestazione del servizio sanitario, educativo, e quei servizi che si considerano essenziali, lasciando di lato il resto dei servizi.

La prestazione di un livello minimo dei servizi rimanenti neanche potrebbe essere garantita tramite trasferimenti di livellamento, rimanendo queste limitate all'educazione e alla sanità. In tal modo, la Comunità Autonoma con necessità di spesa superiori alle risorse ottenute nell'esercizio della propria capacità fiscale, per quei servizi estranei ai livellati, non riceverebbe nessun importo che gli permetterebbe di effettuare un'adeguata prestazione degli stessi.

Le conseguenze dell'applicazione di questo modello nel sistema spagnolo di finanziamento autonomo sono state profondamente analizzate da LÓPEZ LABORDA, che ha effettuato una simulazione dello stesso, prendendo dati reali riferiti all'anno 2004. Le conclusioni che pone sono determinanti; le uniche Comunità Autonome che si avvantaggerebbero con la riforma, sarebbero: Catalogna, Baleari e Madrid, essendo quelle che hanno una maggiore capacità fiscale. Mentre le altre si troverebbero in una difficile situazione di non adottarsi nessuna misura compensatoria per coprire le carenze di finanziamento presentate ³⁰.

Stando così le cose, in un modello di livellamento parziale la riduzione delle dotazioni da parte del Fondo di autosufficienza potrebbe essere compensata solo con un incremento della cessione tributaria di un ammontare importante in modo tale che si riesca a coprire gran parte delle necessità di spesa. Questo produrrebbe un squilibrio tra la fi-

³⁰ *La nivelación horizontal...*, op. cit., da 179 a 185.



nanza statale e la finanza autonoma collocando questa ultima in una posizione principale rispetto alla prima. La perdita di risorse della finanza statale ostacolerebbe che questa realizzi i doveri costituzionali derivati dall'applicazione del principio di solidarietà, e la sua principale manifestazione, la redistribuzione del reddito interterritoriale.

I territori con il potere economico più elevato crescerebbero ad un ritmo maggiore di quelli che non hanno i mezzi necessari, mantenendo ed accentuando le distanze insuperabili tra le Comunità Autonome. Risulta chiarificatrice la conclusione del professore TEJERIZO LÓPEZ quando afferma che:

«Lo Stato deve continuare ad essere il garante dell'uguaglianza sostanziale tra tutti gli spagnoli. Per poter esserlo è necessario che continui ad avere un sistema tributario degno di tale nome, e con una Amministrazione Tributaria efficiente; ci deve essere chi distribuisce i fondi tra le diverse Comunità Autonome e la sua determinazione debba avvenire in accordo tra tutte loro. Altrimenti, non si capisce come si potrebbe ottenere che siano garantite le necessità essenziali dei cittadini delle Comunità Autonome con minor reddito.

È evidente, seguendo tale parere, che la dotazione dei fondi da trasferire alle Comunità Autonome che devono perseguire questo obiettivo, qualunque sia la loro denominazione e struttura giuridica, debba partire dalle entrate dello Stato, ciò non sarebbe possibile se, privandolo della possibilità di dotarsi di un buon sistema tributario, gli si chiudessero le fonti per ottenerli»³¹.

Non bisogna dimenticare che «con l'uguaglianza della capacità fiscale cui aspirano i fondi di livellamento si riescono a mantenere i vantaggi della decentralizzazione evitando i suoi inconvenienti, poiché ogni governo può offrire i beni e i servizi che richiedono i propri cittadini ad un livello simile a quello degli altri governi, senza alcun condizionamento dovuto alle diverse capacità fiscali o al costo di provvista di tali servizi»³².

La futura riforma del modello di finanziamento autonomo spagnolo molto probabilmente sarà segnata dal contenuto degli Statuti di Autonomia recentemente rivoduti, ed in larga misura dalla decisione sui ricorsi di incostituzionalità presentati contro lo Statuto di Autonomia della Catalogna³³ che emetterà il Tribunale Costituzionale,

³¹ TEJERIZO LÓPEZ, *El futuro de la financiación...*, op. cit., p. 29.

³² GARCÍA VILLAREJO; GAYUBO PÉREZ, y SALINAS SÁNCHEZ, *La nivelación de los servicios públicos en el modelo...* op. cit., pp. 41 - 42.

³³ I ricorsi di incostituzionalità che sono stati presentati contro lo Statuto di Autonomia della Catalogna sono i seguenti:

1. Ricorso di incostituzionalità 8045-2006 presentato da più di cinquanta deputati del gruppo Parlamentare Popolare del Congresso dei Deputati avverso determinati articoli della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

2. Ricorso di incostituzionalità 8675-2006 presentato dal Difensore del Popolo avverso determinati articoli della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

3. Ricorso di incostituzionalità 8829-2006 presentato dal Consiglio di Governo della Comunità Autonome della Regione di Murcia avverso determinati articoli della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

4. Ricorso di incostituzionalità 9330-2006 presentato dal Consiglio di Governo della Comunità Autonome della Regione di La Rioja avverso determinati articoli della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

5. Ricorso di incostituzionalità 9491-2006 presentato dal Consiglio di Governo della ejo de Gobierno della Giunta Generale di Aragona avverso la disposizione addizionale decimoterza della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

6. Ricorso di incostituzionalità 9501-2006 presentato dal Consiglio del Governo autonomo della Comunità Valenziana avverso determinati articoli della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.

7. Ricorso di incostituzionalità 9568-2006 presentato dal Consiglio del Governo autonomo della Comunità delle Isole Baleari avverso la disposizione addizionale decimoterza della Legge Organica n. 6/2006, di riforma dello Statuto di Autonomia della Catalogna.



esaminando come questione principale, il cambiamento di modello, da un modello di livellamento pieno ad un modello di livellamento parziale nei termini che sono stati brevemente descritti.

4. L'autosufficienza finanziaria regionale nell'ordinamento italiano

L'articolo 114 della Costituzione italiana, promulgata il 22 dicembre 1947, apre il Titolo V che rubricato «Le Regioni, le Province e i Comuni» regola gli aspetti basilari dell'organizzazione territoriale dello Stato italiano. Questo precetto, in consonanza con l'articolo 5 della stessa Costituzione, afferma che i Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione.

Alla luce del citato articolo, il professore ROLLA ritiene che «l'adesione del testo costituzionale ai nuovi processi di *multilevel constitutionalism* appare più chiara se si confronta il testo vigente con la formulazione precedente dell'articolo 114 della Costituzione, secondo il quale lo Stato si divideva in comuni, province e regioni. Il linguaggio utilizzato dal costituente del 1948 progettava una visione organica e gerarchica degli ordinamenti, derivata dal considerare gli enti autonomi come parte dello Stato, qualificati come elementi costitutivi dello Stato nazionale. Per contro, il nuovo testo dell'articolo 114 della Costituzione progetta un sistema interistituzionale “come una rete”, secondo il quale sia lo Stato sia gli altri livelli istituzionali sono, nel rispettivo ambito di autonomia organizzativa, normativa e politica, elementi costitutivi della Repubblica italiana»³⁴.

Il modello configurato dalla Legge Costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001, allo stesso modo risponde alla necessità di concedere alle Regioni che non dispongono di Statuto speciale, altre modalità e condizioni speciali di autonomia. In questo modo, nel comma terzo dell'articolo 116 si prevede la possibilità che, con legge statale, possano attribuirsi alle Regioni interessate competenze su determinate materie sulle quali non poteva disporre prima. Questa legge dovrà essere approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, previa intesa tra lo Stato e la Regione interessata, ragione per cui che autori come ZANON la ritengono «atipica e rinforzata»³⁵. Con questa regola si instaura nel modello italiano il cd. regionalismo differenziato che, come evidenzia MORRONE, è menzionato usando formule diverse, come “regionalismo asimmetrico, clausola di asimmetria, regionalismo di geometria variabile, regionalismo a due velocità”, con le quali si evidenzia il fatto che ogni territorio possa raggiungere un sviluppo proprio e specifico con riguardo alle proprie caratteristiche e alle proprie speciali necessità, indipendentemente dal resto³⁶. Così stabilito, l'applicazione di questa regola permette che le Regioni che hanno un'elevata capacità di governo possano godere dello stesso regime delle Regioni a Statuto speciale e che, in tal modo, si possa gradualmente superare la distinzione tra Statuti regionali speciali ed ordinari.

La riforma costituzionale ha inciso anche nell'ambito della distribuzione di competenze. Nell'articolo 117 si descrivono una serie di materie di potestà legislativa esclusiva

³⁴ ROLLA, *Relaciones entre ordenamientos en el sistema constitucional italiano*, Revista española de Derecho Constitucional Europeo, n.1/2004, p. 142.

³⁵ ZANON, *Per un regionalismo differenziato: linee di sviluppo a Costituzione invariata e prospettive alla luce della revisione del Titolo V*, in *Problemi del Federalismo*, (Milano, 2001), p. 57.

³⁶ MORRONE, *Il regionalismo differenziato. Commento all'art. 116 comma 3, della Costituzione*, Federalismo Fiscale. Rivista di Diritto ed economia, n. 1/2007, p. 143 - 144.



statale³⁷ attribuendo automaticamente il resto di quelle esistente alle Regioni³⁸. Allo stesso tempo, si enumerano una serie di materie concorrenti nelle quali lo Stato e gli enti territoriali condividono i compiti³⁹. Il testo precedente conteneva una lista chiusa di materie attribuite alle Regioni mentre il resto erano automaticamente considerate di potestà statale. Come afferma il professore GALLO «questa inversione, è tipica delle costituzioni federali (Svizzera, Germania, Stati Uniti) ed è, assieme al nuovo profilo organizzativo della nostra Repubblica, un indubbio tratto di federalismo che supera e modifica il tenue regionalismo della precedente previsione»⁴⁰.

Oltre a quanto descritto, il modello italiano si caratterizza per la consacrazione costituzionale del cd. di sussidiarietà, col quale si vuole che, nell'ambito della distribuzione delle funzioni e dei compiti, si dia preferenza agli ambiti istituzionali o sociali più vicini ai cittadini. Autori come KOTZUR legano questo principio alla cd. «giustizia distributiva, la giustizia per mezzo dell'organizzazione», una ripartizione giusta di compiti e di responsabilità a tutti i livelli, assicurando la vicinanza al cittadino e la trasparenza nella decisione⁴¹. Come indica D'ATENA i rinvii al citato principio nel testo costituzionale sono due:

«La prima si riferisce al principio di sussidiarietà in senso verticale che è usato come criterio di distribuzione delle funzioni amministrative degli enti territoriali (art. 118, comma primo).

La seconda si riferisce, invece, al principio di sussidiarietà in senso orizzontale, il quale si esprime attraverso la norma che impone, in generale, agli enti territoriali il dovere di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, in maniera individuale o associata, per lo sviluppo di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà»⁴². In questo modo, conclude PASTORI, la citata regola porta ad una «ricomposizione / ricostruzione del sistema esistente e ad una redistribuzione delle funzioni da parte delle istituzioni di base»⁴³.

Con questa intenzione decentralizzata, si effettua una distribuzione di competenze con la quale le Regioni passano ad essere le protagonista, dovendo, come è logico, disporre di meccanismi di finanziamento adeguati con i quali garantire la corretta prestazione di beni e servizi. Non è un caso, seguendo questo ragionamento, che subito dopo, nell'articolo 119 della Costituzione italiana, si raffiguri il principio di autonomia finanziaria degli enti sub-statali italiani disponendo quanto segue:

«I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa.

I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno risorse autonome. Stabiliscono e applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e se-

³⁷ Stabilita nel secondo comma dell'117 della Costituzione italiana.

³⁸ Vedi l'art. 117, comma quinto, della Costituzione italiana.

³⁹ Le materie a legislazione concorrente sono stabilite nel comma terzo dell'art. 117 della Costituzione italiana.

⁴⁰ GALLO, *Prime osservazioni sul nuovo art. 119 della Costituzione*, Rassegna Tributaria, n. 2/2002, p. 587.

⁴¹ KOTZUR, *Federalismo, regionalismo y descentralización local, como principios estructurales del espacio constitucional europeo*, Revista española de Derecho constitucional europeo, n. 1/2004, p. 53 - 54. Tradotto dal tedesco da AZPITARTE SÁNCHEZ.

⁴² D'ATENA, *La reforma constitucional del regionalismo italiano*, Revista d'Estudis Autònoms i Federals, n. 4/2007, p. 13.

⁴³ PASTORI, *Principio di sussidiarietà e riparto delle funzioni amministrative*, relazione presentata al Convegno su «Le prospettive della legislazione regionale per gli «Incontri di studio Gianfranco Mor sul diritto regionale», svoltosi a Milano il 26 gennaio 2006, disponibile sul web /www.issirfa.cnr.it/ (Istituto di Studi sui Sistemi Regionali Federali e sulle Autonomie «Massimo Severo Giannini»).

condo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario. Dispongono di compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio».

Insieme ai tributi propri ed alla partecipazione territoriale nei tributi di potestà statale (*tributi erariali*) si prevedono i contributi del *Fondo Perequativo* che senza vincoli di destinazione servono per assicurare la autosufficienza finanziaria dei territori di minore capacità fiscale per abitante.

Solo il legislatore statale è competente per realizzare questa funzione, essendo ricompresa nell'articolo 117, comma secondo, lett. e), della Costituzione italiana la facoltà di perequazione delle risorse finanziarie. Questa esclusività statale è stata criticata da autori come DE GRAZIA, ritenendo che con la stessa «si tenta di emarginare fortemente la carta delle Regioni in materia di perequazione delle risorse a livello sub-regionale» mettendo in rilievo l'importante funzione che potrebbero esercitare in questo ambito tali enti⁴⁴.

In linea col testo costituzionale, il professore GALLO ritiene che per evitare tensioni politiche tra i diversi territori «risulta più opportuno costruire il meccanismo del *Fondo Perequativo* in modo tale che non risulti evidente il trasferimento dalle Regioni più ricche alle più povere, come accade attualmente ... la distribuzione non deve essere orizzontale bensì verticale e deve per ciò essere effettuata dallo Stato nella sua condizione di ente che rappresenta la collettività». Secondo l'autore è giusto agire in questo modo essendo una funzione essenziale dello Stato la realizzazione del principio di solidarietà interterritoriale, autentica condizione dell'esercizio di autonomia finanziaria degli enti territoriali⁴⁵.

L'attribuzione di competenze al legislatore statale per l'istituzione e la regolamentazione del Fondo Perequativo si reitera e specifica nell'articolo 119 della Costituzione italiana.

L'art. 119 Cost., al secondo e terzo comma, stabilisce il contenuto dell'autonomia finanziaria, distinguendo le entrate dei Comuni, delle Province, delle Città metropolitane e delle Regioni in un primo gruppo:

- a) risorse autonome, per cui stabiliscono ed applicano tributi ed entrate propri, in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario;
- b) compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibile al loro territorio;
- c) quote del fondo perequativo stabilito con legge dello Stato, senza vincoli di destinazione, per i territori con minore capacità fiscale per abitante.

Soltanto le entrate di cui alla lett. a) rappresentano espressione di autonomia tributaria. Attraverso tutte le entrate, di cui alle lett. a), b) e c), ai sensi dell'art. 119, quarto comma, Cost., è consentito finanziare integralmente le «funzioni pubbliche» loro attribuite (*fini fiscali*).

Al contrario il quinto comma dell'art. 119 Cost. stabilisce che per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali⁷ per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona o per provvedere a scopi diversi (*fini extrafiscali*) dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina:

- d) risorse aggiuntive;

⁴⁴ L' *autonomia finanziaria degli enti territoriali nel nuovo Titolo V della Costituzione*, Le istituzioni del federalismo, n. 2/2002, p. 275.

⁴⁵ *Il nuovo articolo 119 della Costituzione e la sua attuazione*, in *L'Attuazione del federalismo fiscale*, BASSANINI - MACCIOTTA (dir), (Bologna, 2003), p. 197.

e) ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni;

f) i quali possono ricorrere, ai sensi del sesto comma, all'indebitamento solo per finanziare spese di investimento.

Pertanto i fondi aggiuntivi e le somme percepite per indebitamento costituiscono il secondo gruppo di risorse, alle quali si affiancano le spese per interventi speciali erogate direttamente dallo Stato.

È evidente che tale autonomia finanziaria è riconosciuta dall'art. 119 Cost. pariteticamente e perciò è riferita anche ad atti normativi, diversi dalla legge regionale ed emanati dal Comune, dalla Provincia e dalla Città metropolitana. Se si ritenesse che l'art. 23 Cost., per effetto della legge costituzionale n. 3/2001, coinvolge la legge regionale, bisognerebbe anche sostenere che l'art. 23 Cost. pone una riserva in generale di atti normativi e tra essi perciò anche di legge regionale.

L'interpretazione evolutiva può eventualmente modificare la specie di legge espressamente indicata dall'art. 23 Cost., ma non certo anche sostituirla con un diverso atto normativo. Pertanto l'art. 119 Cost. non modifica la natura statale, come è stata universalmente intesa, della legge indicata dall'art. 23 Cost.⁴⁶.

I trasferimenti statali a favore delle Regioni italiane con minor potere di riscossione erano ritenuti complessi, instabili, e troppo vincolati alle oscillazioni della negoziazione politica⁴⁷. Con la finalità di apportare maggiore chiarezza al sistema, si è promulgato il Decreto Legislativo n. 56 del 18 febbraio 2000, rubricato «Disposizioni in materia di federalismo fiscale», col quale si stabiliva, a partire dal 2001, la soppressione del Fondo sanitario nazionale e di tutti i trasferimenti statali a favore delle Regioni e la loro sostituzione con una partecipazione in determinate imposte statali⁴⁸.

Questo sistema di partecipazione vige attualmente e la sua regolamentazione basilare è contenuta nella Legge n. 42 del 5 maggio 2009, *Delega al governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'articolo 119 della costituzione*: nel cui articolo 9 si stabiliscono i «Principi e criteri direttivi in ordine alla determinazione dell'entità e del riparto del Fondo Perequativo a favore delle regioni».

Le direttive contenute in questa Legge dovranno essere osservate dai Decreti Legislativi che nel termine di 24 mesi dalla sua entrata in vigore dovranno essere adottati dal Governo italiano «al fine di assicurare, attraverso la definizione dei principi fondamentali del coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario e la definizione della perequazione, l'autonomia finanziaria di comuni, province, città metropolitane e regioni»⁴⁹.

Nell'elaborazione di questi Decreti, il Governo assicura «piena collaborazione con le regioni e gli enti locali»⁵⁰. Questo accordo riveste una speciale rilevanza, dato che, come succede col Fondo di Autosufficienza spagnolo, la quantificazione delle necessità di spesa derivate da quelli livelli essenziali di prestazione di servizi e di materie è la base principale nella determinazione del Fondo Perequativo, contemporaneamente il più difficile da concretare e fare coincidere tra i diversi territori.

⁴⁶ AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, (Napoli, 2007), p. 108.

⁴⁷ QUINTANA FERRER, *Los recursos participativos en el marco de la articulación entre las haciendas autonómica y estatal*, (Valencia, 2001), p. 639.

⁴⁸ Concretamente nell'*Imposta sul Valore Aggiunto*, nell'*Imposta sul Reddito delle Persone Fisiche*, e un aumento dell'aliquota dell'imposta sulla benzina, sono mezzi che danno alle Regioni 40.000 milioni delle vecchie lire. IORIO, *La perequazione nel D.LGS. N. 56/2000*, in *Il federalismo fiscale nel nuovo art. 119 della Costituzione*, (Roma, 2005), p. 31.

⁴⁹ Secondo quanto stabilito dall'art. 2, comma primo, della Legge, rubricato "Oggetto e finalità".

⁵⁰ Così come stabilito dall'art. 2, comma quinto, della Legge.

Elena M. Silva: *Il principio di autosufficienza finanziaria regionale negli ordinamenti spagnolo ed italiano*

Tra le regole basilari che si stabiliscono nell'articolo 9 della Legge, si specifica che il Fondo diretto a coprire il deficit di finanziamento che ha luogo nelle Regioni di minore capacità fiscale per abitante, sarà alimentato da:

- Una compartecipazione al gettito dell'Imposta sul Valore Aggiunto.
- Una quota del gettito del tributo regionale.

Nella ripartizione del *Fondo Perequativo*, oltre al reddito medio *pro capite* si guarda al risultato demografico di ogni Regione, condizione che senza dubbio influenza in maniera determinante la prestazione dei servizi che presentano un costo maggiore, come la sanità o l'educazione.

Attraverso il sistema di partecipazioni al quale accedono le Regioni con minor potere di riscossione, si è cercato di dare risposta ad un problema che si ripete praticamente nella totalità degli Stati decentrati, che altro non è che realizzare la redistribuzione del reddito e coprire le carenze di finanziamento che presentano determinate zone senza vincolare direttamente i trasferimenti ai territori più ricchi del paese. Coincidiamo pienamente col professore CERIANI quando conclude che questo deve essere l'obiettivo principale del legislatore statale, e «deve emergere che lo sforzo redistributivo è dell'insieme dello Stato, di tutta la collettività nazionale, e non delle Regioni più ricche a favore di quelle più povere»⁵¹.

5. Conclusione

In attuazione del principio costituzionale di uguaglianza, e a garanzia della realizzazione del principio di solidarietà finanziaria, il modello di finanziamento regionale deve garantire il livellamento pieno di tutti i servizi e delle materie prestate dai citati enti attraverso trasferimenti statali a carattere incondizionato con i quali attenuare il deficit di finanziamento di cui soffrono determinati territori. In questo modo si assicurerà l'accesso di tutti i cittadini ai beni e servizi in condizioni di uguaglianza indipendentemente dal territorio del paese in cui risiedono.

⁵¹ *Federalismo, perequazione e tributi: dalle riforme degli anni novanta al nuovo Titolo V, in L'attuazione del federalismo fiscale: una proposta*, BASSANINI - MACCIOTTA (dir), (Bologna, 2003), p. 197.



The consequences of the introduction of a single consolidated tax base for the groups of companies operating within the EU: The application for Italy of different apportionment formulas* **

Marco D'Abbruzzo and Maria Teresa Monteduro***

CONTENTS: 1. Introduction; 2. The Design of a formulary apportionment system; 3. Data; 4. Considerations on the impact, for the Italian companies, of the change from the current system (SA) to a system based on the factors (FA); 5. Conclusions; Bibliography

1. Introduction

There have been several proposals concerning the coordination – or partial harmonization – of the taxation of enterprises operating within the EU member States during the last years; such proposals were made in order to remove the tax obstacles, make the internal market more efficient and solve the problem of the coexistence of more than 25 different tax systems.

In a very recent contribution¹, the European Commission proposed a reform of the current taxation of multinationals operating within the European single market. In its essential characteristics, such reform intends to adopt a single consolidated tax base for those activities localized within the EU (Common Consolidated Corporate Tax Base or CCCTB) as an alternative to national rules, applicable in the different Member States, for the determination of the taxable income. Nowadays, the multinational groups operating within the EU adopt the “Separate Accounting with arm’s length pricing” (SA) and calculate the tax bases of the single entities, localized in different Member States, by including in the computation the intra-group transactions, as if such transactions would have been performed between unrelated parties; the system proposed by the EC provides the adoption of a consolidated tax base (and the neutralization of intra-group transactions) for the groups. A “Formulary Apportionment” (FA) mechanism is then introduced;

* Edited in english by the authors.

** The opinions expressed here are solely those of the authors and do not reflect the opinions of the institutions.

*** Many thanks to the participants of the Working Group ‘Formula Apportionment’ established to the European Commission. In particular, thanks to Carola Maggiulli and Ana Agundez Garcia of ‘DG Taxation and Customs Union’ for the useful discussions about the topics of this note, and Alberto Zanardi of the “Università Bocconi” for the profitable cooperation.

¹ EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, European Commission, wp n. 8/2005.

the mentioned mechanism apportions the common consolidated tax base on the basis of the localization of the productive activity – measured through factors which contribute to the production of the income (typically, offer factors, capital and work; and demand factors, incomes) – among the Countries where the multinational group operates. Then, each Member State can apply its legal tax rate to the share of taxable income apportioned on the basis of the Formula.

In particular, the proposal of the Commission is organized on a step-by-step strategy:

- i) Definition of a common tax base (or taxable income) with harmonized rules replacing the national fiscal rules (e.g. revision of the tax regime of the amortization of capital goods, provisions for future losses realized in the balance by the companies, tax regime of capital gains on stocks and dividends and of infra-group transactions);
- ii) Consolidation, in the tax base, of the incomes and losses of the group's mother company with the affiliate companies (exceeding a determined control percentage);
- iii) Reallocation of the common consolidated tax base to the Countries where the income has been produced for applying the legal tax rates provided by each Member State.

As pointed out by different contributions in the economic literature, a common consolidated tax base for the corporate taxation (eliminating the system of separate accounting) would have the merit of: reducing the multinationals' compliance costs caused by the multiplicity of national tax regulations; limiting the difficulties in correctly defining the value of infra-group transactions (transfer prices) through which the profit of the group is carried away towards low tax burden Countries²; compensating the losses suffered in operations realized in a Member State with profits realized in another Member State.

The harmonization provided by the CCCTB ensures a certain law simplification; nevertheless, the States have shown a certain reluctance till now, justified by the concern of losing the national sovereignty in the field of taxation. In September 2004, at the ECOFIN meeting, the Ministries of Finances of the Member States – further to the support to the proposal obtained by the Commission from some Countries – approved the creation of a working party for the harmonization of corporate taxation starting from the conclusions of the Bolkenstein Report (2003); that attests the preference of the Commission for a common consolidated base for multinational enterprises and for a Formula Apportionment mechanism. Starting from November 2004, the so called “Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group” commenced the works for introducing a single consolidated tax base.

The empirical evidence relevant to the effects of the introduction of a sharing mechanism shows different results depending on the scenarios considered, the apportionment formulas adopted and the methodologies utilized. In a late study³, Fuest et al. consider, for

² At the moment, for multinational groups, the infra-group transactions should use the same prices that would be imposed to unrelated parties. Nevertheless, since such transfer prices are difficult to identify for products and services transferred within multinational groups, the SA based taxation is always vulnerable to the profit-shifting by means of transfer prices distorted as the volume of the cross border trades within the multinational groups grows up. In order to avoid such distortions, the national governments introduced complex regulations for respecting the fair transfer prices, and despite of all the OECD efforts for coordinating these regulations they still differ Country by Country, increasing the transaction costs for the multinationals.

³ FUEST - HEMMELGARN, - RAMB, *How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals*, *International Tax and Public Finance*, 14 (2007), pp. 605-626.

German multinationals, the impact of the introduction of a formula whose apportionment factors are represented by incomes, assets and number of employees. The analysis, realized on a sample of 1.844 German group's mother companies and 5.761 group's affiliates in 15 Countries of the European Union points out - in case where the possibility to offset losses within the same group but not between different nations is excluded (without border crossing loss offset) - a redistribution of tax base from small Countries, or from those with favorable tax regimes, towards the bigger Countries or those with high tax burdens.

According to these studies Belgium, the Netherlands, Ireland, Luxembourg, Finland and Sweden would lose tax base whilst those that would get more tax base, other than Germany, are Austria Portugal and Greece. For Italy, a limited 2% tax base gain is to be noted. On the other hand in the scenario where the possibility of transnational offsetting of the losses is provided (international loss offset), further to the redistribution of tax base between the Countries, the results point out a reduction of about 20% of the overall tax base. In this case, the Countries that lose more tax base are the Netherlands (-74%), Sweden (-57%), Ireland (-51%) and Belgium (-41%). For Italy, the tax base reduction is tantamount to 26%.

Differently from Fuest et al. that base their studies on a German multinationals sample, Devereux and Loretz⁴ consider the impact of the CCCTB introduction by utilizing a sample containing the data relevant both to the mother companies and the subsidiaries of the multinationals resident in the EU Countries. The simulations are based on the application of apportionment formulas built on different factors (assets, cost of work, number of employees, value added and incomes) to be singularly considered (i.e. not considered in their possible combinations). The results point out that, on the whole, a voluntary participation implies a reduction of the tax bases between 0,8% (with an apportionment based on the sales factor) and 1,2% (with an apportionment based on the value added). For Italy, in particular, the voluntary participation determines a tax base loss between 4,6% (with an apportionment method based on the number of employees) and 2,9% (with a method based on the sales factor). In case of mandatory participation, the results point out a general tax base increase as regards to the voluntary participation, even if, for Italy, a moderate tax base loss could be registered.

In this work, the effects of the introduction of the CCCTB project with "formula apportionment" are analyzed on the EU tax base, in particular, with reference to the Italian one. To this extent, the data from AMADEUS database (provided by Bureau van Dijk) have been utilized. The mentioned database contains the company balances of European multinational groups and some economic variables both of the group's mother companies and affiliates operating in most of the European Countries; therefore different methods of apportionment of the common consolidated tax base based on alternative combinations of the factors have been simulated.

The results of the analysis vary both in relation to the factors of the formula adopted and in relation to the obligatoriness - or not - of the participation of the groups to the CCCTB.

In particular, in those cases where the participation is mandatory, the Italian multinationals seem to take advantage from the CCCTB with a variable increase of the tax base between 9% and 11%, pursuant to the formula adopted. In case where the participation is voluntary, Italy evidences a limited tax base loss (between 0,36% and 1,5%) which varies depending on the formulas adopted and benefits from those formulas in which the work factor is "rectified" by the number of employees.

⁴ DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, Oxford University Centre For Business Taxation, Wp 07/06.

The work has been organized as follows. Paragraph 2 shows the main tax base apportionment methods which have been adopted among international experiences and are a subject of analysis in the economic literature. The data have been presented in paragraph 3. The results from the simulations relevant to the introduction of the consolidated tax base with formula apportionment on some Italian multinationals have been described in paragraph 4. Conclusions in paragraph 5.

2. The Design of a formulary apportionment system

The idea of a formulary apportionment system is quite simple. It pursues the aim of taxing the profits where they are actually produced and, therefore, is based on the re-allocation of the taxable profit to the Member State where the multinational localizes its economic activity. The Box 1 synthesizes some apportionment methods of the common consolidated tax base (FA)⁵. In particular, two methods have been identified⁶: i) apportionment based on the value added; ii) apportionment based on some key factors (capital, work, sales).

Ideally, the important factors for the tax base apportionment shouldn't be affected by tax planning operations performed by the companies in order to neutralize the elusive practices and the transfer of the tax base towards the subsidiaries which are resident in low tax burden Countries.

From this point of view, the apportionment method based on the value added still lends itself to the possibility of utilizing transfer prices by multinational groups; the method based on one formula – which resorts to factors with a lower mobility level – transfers the taxation from the profit (calculated according to the current SA method) to

BOX 1 – Alternative methods of CCCTB apportionment

The value added apportionment method provides the tax base apportionment between the companies forming part of the same group on the basis of the ratio between the value added of the company and the sum of the values added of all the companies of the group.

$$TB_i^{VA} = \Pi \left(\frac{VA_i}{\sum_i VA_i} \right) \quad (F. 1)$$

Where:

TB_i^{VA} = Tax base in the Country "i" with the VA method;

Π = Profit before tax to be apportioned;

VA_i = Value added of Country "i".

segue:

⁵ EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Delineation and Apportionment of and EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, Wp 9/2006

⁶ A third macroeconomic method of apportionment provides the apportionment of the group tax base to the affiliate companies basing on the ratio between the gross domestic product of the Country where the company of the group is situated and the sum of all the gross domestic products of the Country where the group is situated. Even though such a method is extremely simple under an applicatory point of view and it's efficient, since it prevents arbitrary factor shifting from Country to Country, it doesn't seem to reflect the scope of taxing the earnings where they are actually produced.

The main applicatory problems linked to this method are the possibility for the company to still resort to the transfer pricing (even if in a more limited way as regards to the current system) and the problem linked to the fact that in some exempt sectors it is however necessary to apply for another method.

Alternatively, the **Formulary tax base apportionment method** (FA *Formulary Apportionment*) allocates to each company of the group a share of the total group tax base. Such a share depends on factors that are included in the formula (usually, work, capital and sales); moreover, it depends on the importance attributed to each factor in the calculation of the share itself. By considering the three factors mentioned above and attributing them the same importance, some examples of formulas can be those currently utilized in the United States of America (F.2) or Canada (F.3):

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{3} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 2)$$

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{2} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{2} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 3)$$

Where:

Π TB = Tax base in the Country "i" on the basis of the FA method;

w_i = Profit before tax to be apportioned;

L_i = Wage level in Country "i";

K_i = Number of employees in Country "i";

L_i = Capital assets/assets in Country "i";

S_i = Income from sales in Country "i".

Finally, some variations to the formulas utilized in the international experiences can be provided. Such variations can be based on the advisability/opportunity of correctives to the work factor in order to take into consideration: *i*) the wage differentials in the EU, further to the enter of the new Member States; *ii*) the differentials in the productiveness of the work between the companies within the groups. Some formulas based on the introduction of some "adjustments" include: *i*) the substitution of the cost of work with the number of employees (F.4); *ii*) the combined use of the cost of work and number of employees by attributing the same importance to both the factors (F.5)

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{3} \cdot \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 4)$$

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{6} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{6} \cdot \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 5)$$

the work or consumptions (in case where the factor taken into account is, respectively, the cost of work or the sales per Country of destination); both the mentioned factors are linked to the territory and hardly changeable.

Nevertheless, the definition of the formula's specific factors can considerably change the redistribution of the consolidated tax base between the Member States, in particular, if the distribution of the factors vary as regards to the distribution of the taxable incomes. Indeed, the base assumption of the formulary apportionment mechanism is the correlation between factors and profits. Therefore, a distribution of the tax base based on factors reproduces a distribution based on profits. Nevertheless, the existence of market imperfections on some specific factors (for example: work) unavoidably implies some distortions in the apportionment mechanism based on the Formula. In absence of wage differentials, prices and salaries would be perfectly related with the productivity of the work and the profitability of each group, anywhere it operates; moreover, the cost of work could be efficiently utilized into the Formula for the apportionment of the tax base between the Member States. On the other hand, where wage differentials exist (for example for the availability of unskilled or low-cost manpower in the Eastern Countries), the Member States for which the cost of work shares are higher than the profits could be advantaged.

3. Data

In order to consider the potential effects of the mechanism proposed by the European Commission, a sample of multinational enterprises from the ORBIS data base (provided by Bureau van Dijk - AMADEUS) has been utilized. The mentioned sample has been defined by firstly selecting the mother companies resident in the European Union that control, at least, a company operating in an EU Country different from the Country of residence; then, by associating the subsidiaries resident in an EU Country and controlled for at least 51% by the relevant mother company. For all the companies, some variables from the stand alone balance sheets available for the last three years (in particular for the tangible fixed assets, incomes, profits, cost of work and value added) as well as other information (number of employees, nationality, name of the subsidiaries' mother company) have been selected. The result has been a sample of about 41.794 companies which represents about the 30% of the selected companies to the extent of this analysis. There are about 29.586 profitable companies in the three years considered, for an overall average amount of about 575 billions euro; 12.208 companies have zero profit or they are in a loss situation that totally amounts, in average, to about 67 billions euro. With reference to the geographical distribution of the companies of the sample (see tab. 1A), a high concentration of companies in bigger Member States, except of Germany, can be observed. Into the sample, several companies (in particular, those operating in the smallest Countries such as Greece, Malta, Slovenia and Lithuania) have been excluded because of some missing data. In other cases, the availability of the data has been quite limited: with reference to the Germany, for example, the data set representativeness has been affected by the fact that for non-listed German companies the lack of balance filing implies an insignificant pecuniary penalty; such a situation implies a poor propension in disclosing the balance results.

The lack or, in certain cases, the inadequacy of the data set may suggest a certain prudence in considering the results of the simulations.

Marco D'Abbruzzo and Maria Teresa Monteduro: *The consequences of the introduction of a single consolidated tax base for the groups of companies operating within the eu: The application for Italy of different apportionment formulas*

Tab.1- Concentration index of the apportionment factors

MEMBER STATE	Capital assets	Number of employees	Sales	Cost of work	Value Added
Austria	1,50	0,79	2,77	1,09	2,81
Belgium	1,25	1,22	1,63	1,42	1,39
Bulgaria	0,78	1,29	0,46	0,15	0,36
Czech Republic	1,49	1,78	1,16	0,42	0,53
Denmark	0,35	0,43	0,44	0,48	0,60
Estonia	1,00	4,23	1,31	0,86	0,68
Finland	0,63	0,94	1,00	0,90	0,86
France	0,73	1,27	1,35	1,29	1,08
Germany	0,72	1,06	1,17	2,01	1,32
Hungary	1,33	0,78	2,54	0,46	0,26
Ireland	1,31	0,49	0,91	0,44	0,42
Italy	1,31	1,26	1,67	1,53	1,50
Latvia	0,86	2,01	0,75	0,29	0,41
Luxembourg	0,97	0,36	1,01	0,41	0,97
The Netherlands	1,16	1,19	1,18	1,10	1,04
Poland	2,05	3,66	2,15	0,77	0,84
Portugal	0,91	0,34	0,52	0,26	0,53
Romania	0,87	1,76	0,53	0,24	0,35
Slovak Republic	2,41	1,69	1,39	0,42	0,64
Spain	1,09	1,24	1,16	0,96	0,95
Sweden	0,42	0,59	0,68	0,47	0,54
United Kingdom	1,09	0,88	0,71	0,69	0,91

Source: elaborations on data by AMADEUS - Bureau Van Dijk

In order to identify the impacts of a formula based on different apportionment factors, the Tab. 1 presents a concentration index relevant to the single factors as regards to the concentration of profits for each Country considered⁷.

In those Countries where the factors are more concentrated as regards of the profit, the indicator results higher than 1. Therefore, a formula which is exclusively based on that factor implies an increase of the tax base in the Country under examination; vice versa if the indicator is lower than 1.

A considerable variability in the relative shares of the factors as regards of the relative shares of the profits is evident both at a Country level and at an apportionment factors level. In particular, it can be pointed out that:

- Some Countries (Denmark, Finland, Sweden, Ireland, Luxembourg, United Kingdom) have low concentration indexes of the economic activity indicators considered (number of workers, cost of work, capital assets) as regards to profits, that may reflect the

⁷ Please, see table 1A for the distribution of the multinationals (mother companies and affiliates in Europe).

existence of elusive practices consisting of profit transfers from the other Member States toward the so called “tax havens”. Moreover, the mentioned practices may find a justification both in the attraction of profit determined by low tax rates levels (on average) as regards to other European Countries (from 12,5% in Ireland to 29,6% in Luxembourg or 30% in the United Kingdom), and in the moving of the multinationals’ headquarters (independent of the business activity) due to particularly favorable tax regimes for the taxation of groups as well. To the same conditions, the impact of the change from a SA system to a FA system implies a lower reallocation of the total taxable income in those Countries and a relative tax base loss. It’s not a case that the United Kingdom and Ireland (the Countries that expressed a strong political opposition to the CCCTB project) point out concentration ratios lower than 1 for all the considered factors except of the capital assets;

- Italy presents some values of the concentration indicator which are always higher than 1 as regards to all the factors considered (capital assets, cost of work, number of employees, incomes). Therefore, a formula based on such factors (individually considered) may imply a positive effect on the apportionment of the single tax base to Italy, which may be considered as a potential beneficiary of the reform project. Similarly, Belgium, the Netherlands, Germany, France (nevertheless, for these Countries the concentration ratio of the capital assets is lower than 1) and Spain may result benefited by a formula based on the factors or the value added. Such Countries are characterized by tax rates which are not particularly high yet, as regards to those recently introduced by new eu Member States (37,25% in Italy; 34% in Belgium, 38,3% in Germany; 35% in Spain; 33,3% in France; 29% in the Netherlands)⁸, resulting, therefore, among the most penalized with reference to the tax competition based on the tax rates levels.

- Some of the Eastern Europe Countries (Czech Republic, Estonia, Slovak, Romania, Poland, Hungary and Latvia) show capital assets concentration indexes and/or number of employees higher than 1. This reflects the moving of the productive activity of the multinationals in those Countries both for low tax regimes (the tax rates currently in force are: 15% in Latvia; 16% in Romania; 19% in Poland and Slovak) and for the convenience in moving the productive activity in Countries where the cost of work is generally lower. Indeed, in these Member States, some significant differences exist between the relative share of the number of employees as regards to the relative share of the cost of work. Consequently, the Eastern Europe Countries (Poland, Czech Republic, Romania and Hungary) should be disadvantaged by a formula based on the cost of work (tendentally lower than in the continental Europe Countries) which may imply a tax base loss.

4. Considerations on the impact, for the Italian companies, of the change from the current system (SA) to a system based on the factors (FA)

The following considerations are dedicated to the evaluation of the impact (on the tax base of the Italian companies as a part of multinational groups operating within the EU) deriving from the introduction of a CCCTB taxation with an apportionment based on different alternative formulas well-constructed on various combinations of factors, as regards to the current taxation system based on the separate accounting.

⁸ The tax rates utilized are from DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, op. cit.

Marco D'Abruzzo and Maria Teresa Monteduro: *The consequences of the introduction of a single consolidated tax base for the groups of companies operating within the eu: The application for Italy of different apportionment formulas*

**Tab. 2-Percentage ratios SA tax base/ FA tax base
With mandatory and voluntary participation to the CCCTB (Italian companies)**

	Mandatory participation	Voluntary participation
FA based on the value added (equity, debt and cost of work)	96%	101%
FA based on the cost of work, capital assets and sales	91%	100%
FA based on the cost of work and sales	90%	101%
FA based on the number of employees, capital assets and sales	89%	97%
FA based on the number of employees, cost of work, capital assets and sales	90%	99%

The reform proposal of the CCCTB is based on a two-steps procedure consisting of the common tax base consolidation and the reallocation to the Member States with the apportionment method. In order to evaluate the impact on the Italian tax base, the Italian companies as a part of multinational groups operating within the EU have been identified; independently if the mother company is Italian or not; then, after the transnational consolidation of the tax base within each group⁹ through the profit and loss compensation of all the companies of the group has been simulated, the resulting tax base has been allocated to Italy with various apportionment formulas.

As a benchmark, the consolidated tax base attributable to Italy (by consolidating the tax base per group within Italy) under the current system of the Separate Accounting (SA) has been simulated; then, such base has been compared with the tax base allocated to Italy according to the apportionment formulas (the so called Formulary Apportionment system, FA) both in the hypothesis of mandatory participation and in the hypothesis of voluntary participation. In particular, in order to estimate the sensitivity of the impacts on the tax base of the apportionment method adopted, five different apportionment formulas (see Box 1) have been utilized, taking into account the possible factors combinations (capital, work, incomes).

The Tab. 2 shows the percentage ratios between the tax base attributable to Italy, according to the separate accounting, and the tax base "allocated" to Italy according to the formula apportionment method (assuming that the CCCTB regime is on a mandatory basis). In those cases where the ratios are lower than 100%, the application of the CCCTB with formulary apportionment implies a tax base recover; where, on the contrary, the ratios are higher than 100%, Italy loses tax base and consequently its revenue decreases.

Globally, the reduction effect of the aggregated tax base at a global level in Europe, further to the CCCTB introduction, has been estimated tantamount to about 4%; that is substantially due to the profit and loss compensation at an over-National level. As the Tab. 2 shows, in Italy a CCCTB regime with mandatory participation would imply a tax

⁹ The taxation of the group is a consolidated praxis in some Countries of the European Union. Nevertheless, the control percentages for allowing the mother company to include its subsidiaries within the consolidation perimeter vary from 50% (Italy and Germany) to 100% (Denmark).

base increase varying from 11% to 4% according to the factors considered in the apportionment formulas. The lower tax base recover is in case where the tax base is apportioned with a formula based on the value added.

In case where the CCCTB regime is by voluntary participation, a behavioral assumption (for each group) has been introduced; such assumption is based on the incentive to assent to the CCCTB just in case where the level of the taxation would be reduced by the shifting from the SA system to the FA system¹⁰. In such a scenario, Italy loses tax base within certain limits (between 0,36% and 1,5%) according to the formulas utilized; moreover, Italy gains tax base just by the application of formulas “corrected” by the number of employees.

It's quite evident that the mandatory participation to the regime (as regards to the alternative voluntary participation) seems to favour Italy, determining a tax base increase (and consequently, increasing the incomes for Italy); a plausible explanation could be determined by the fact that the corporate tax rate in Italy, which is among the highest in Europe, may persuade the multinational groups to shifting profits towards low tax burden Countries. Therefore, *ceteris paribus*, if the regime is voluntary, the Italian groups may well be encouraged to assent only within certain limits, and the distortions of the current system may persist. Such results differ from those obtained by Devereux and Loretz that – in dependence of different methodologies – estimate for Italy a tax base decrease (higher in case where the regime introduced is on a voluntary basis).

5. Conclusions

This work is an attempt for appraising the introduction of the taxation of multinationals operating within the EU; the mentioned taxation is based on a tax base which is single, consolidated and subsequently apportioned to the Member States by means of a formula based on factors that contribute to the production of taxable income.

By using a sample from the AMADEUS data base, the tax base loss (relevant to the introduction of the consolidated common tax base with the offsetting of profits and losses within the same group) has been estimated.

Concerning the consolidated tax base reallocation to the Italian multinationals, the results vary both in relation with factors related to the specific formula adopted and in relation to the obligatoriness or voluntariness of the participation of the groups to the CCCTB.

In case of mandatory participation, in Italy, the impact on the tax base is positive, with an increase between 9% and 11% according to the formula selected.

In case of voluntary participation, Italy loses tax base within certain limits (between 0,36% and 1,5%) and according to the formulas; furthermore, it gains tax base just in case of application of formulas “corrected” by the number of employees.

¹⁰ Under this assumption, starting from the groups' tax base according to the Separate Accounting system, a proxy of the tax paid by each group in each Member State has been calculated. The mentioned proxy is tantamount to the group's tax base multiplied by the nominal corporate income tax rate currently in force in that State. The total taxes paid by each group have been determined. Then, the tax paid by the groups further to the tax base apportionment by means of a formula apportionment has been simulated by multiplying the tax bases apportioned by the formula in various Countries by the nominal tax rates mentioned above. The group's total tax paid is also in this case tantamount to the taxes paid by the group in the different Countries.

Bibliography

DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, Oxford University Centre For Business Taxation, Wp 07/06.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead*, COM(2001)260 final.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM(2001)582 final.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and social Committee. An Internal Market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, COM(2003)726 final.

EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Delineation and Apportionment of and EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, Wp 9/2006.

EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, European Commission, Wp n. 8/2005

FUEST - HEMMELGARN, - RAMB, *How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals*, *International Tax and Public Finance*, 14 (2007), pp. 605-626.



Gli effetti dell'introduzione di una base imponibile unica consolidata per gruppi di imprese operanti nell'UE: l'applicazione di diverse formule di apportionment per l'Italia*

Marco D'Abruzzo e Maria Teresa Monteduro**

SOMMARIO: 1. Introduzione; 2. Il disegno di un sistema di formulary apportionment; 3. I Dati; 4. Valutazione d'impatto del passaggio dall'attuale sistema (SA) ad un sistema basato sui fattori (FA) per le società italiane; Conclusioni; Riferimenti bibliografici

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni sono state formulate diverse proposte in tema di coordinamento o parziale armonizzazione della tassazione delle imprese operanti negli Stati Membri dell'UE, al fine di rimuovere gli ostacoli fiscali, rendere più efficiente il mercato interno e risolvere il problema della coesistenza di più di 25 diversi sistemi fiscali.

In un recentissimo contributo¹ la Commissione Europea ha proposto una riforma dell'attuale tassazione delle imprese multinazionali operanti nel mercato Unico Europeo, che, nelle sue linee essenziali, mira ad adottare un'unica base imponibile consolidata per le attività localizzate nella UE (*Common Consolidated Corporate Tax Base* o CCCTB) in alternativa alle regole nazionali per la definizione del reddito imponibile esistenti nei vari Stati membri. Attualmente i gruppi multinazionali operanti nell'UE adottano il *'Separate Accounting with arm's length pricing'* (SA) e calcolano le basi imponibili delle singole entità, localizzate nei diversi Stati Membri, includendo nel computo le transazioni intragruppo, come se queste fossero effettuate da soggetti indipendenti; il sistema proposto dalla CE prevede per i gruppi l'adozione di una base imponibile consolidata (e l'annullamento delle transazioni intragruppo). Viene poi introdotto un meccanismo di *'Formulary Apportionment'* (FA), che ripartisce tra i Paesi ove il gruppo di multinazionali opera la base comune consolidata sulla base della localizzazione dell'attività produttiva, misurata dai

* Le opinioni espresse in questa nota sono esclusivamente responsabilità degli autori e non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza.

** Si ringraziano i partecipanti del Working Group *'Formula Apportionment'* costituito presso la Commissione Europea. In particolare si ringraziano Carola Maggiulli e Ana Agundez Garcia di *'DG Taxation and Customs Union'* per le utili discussioni sugli argomenti oggetto di questa nota, e Alberto Zanardi dell'Università Bocconi per la proficua cooperazione.

¹ EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, European Commission, Wp n. 8/2005

fattori che contribuiscono alla produzione del reddito (tipicamente fattori di offerta, capitale e lavoro; e fattori di domanda, ricavi). Ciascuno Stato Membro potrà successivamente applicare la propria aliquota legale alla quota di reddito imponibile ripartito in base alla Formula.

In particolare, la proposta della Commissione si articola su una strategia a più stadi:

- i) definizione di una base imponibile (o reddito tassabile) comune con regole armonizzate in sostituzione delle regole fiscali nazionali (e.g. revisione del regime fiscale dell'ammortamento dei beni strumentali, degli accantonamenti effettuati in bilancio dalle imprese per perdite future, del regime fiscale delle plusvalenze sui titoli e sui dividendi e delle transazioni interne al gruppo);
- ii) consolidamento nella base imponibile degli utili e delle perdite della capogruppo con le imprese affiliate, superata una certa percentuale di controllo;
- iii) riallocazione della base imponibile comune consolidata ai Paesi in cui il reddito è stato prodotto per la successiva applicazione delle aliquote legali dei singoli Stati membri.

Come sottolineato da vari contributi nella letteratura economica, una base comune consolidata per la tassazione societaria, eliminando il sistema del *separate accounting* avrebbe il pregio di ridurre i costi di *compliance* delle multinazionali indotti dalla molteplicità delle regole fiscali nazionali, di limitare al contempo le difficoltà a definire correttamente il valore delle transazioni intragruppo (prezzi di trasferimento), mediante i quali l'utile del gruppo viene convogliato verso Paesi con minore pressione fiscale², di compensare le perdite subite in operazioni effettuate in uno Stato Membro con gli utili conseguiti in un altro Stato.

L'armonizzazione prevista dalla CCCTB garantisce una certa semplificazione normativa; tuttavia gli Stati hanno finora manifestato una certa riluttanza giustificata dal timore di perdere la sovranità nazionale nel campo della tassazione. Nel Settembre del 2004 al meeting dell'ECOFIN i Ministri delle Finanze dei Paesi Membri - a seguito del sostegno alla proposta ottenuto dalla Commissione da parte di alcuni Paesi - hanno approvato la creazione di un gruppo di lavoro che si occupasse della armonizzazione della tassazione societaria, a partire dalle conclusioni del Bolkestein Report (2003), che attesta la preferenza della Commissione per una base comune consolidata per le imprese multinazionali e per un meccanismo di *Formulary Apportionment*. A partire da Novembre 2004 il cosiddetto *Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group* ha cominciato i lavori per l'introduzione della base imponibile unica consolidata.

L'evidenza empirica relativa agli effetti dell'introduzione di uno *sharing mechanism* presenta risultati differenziati in dipendenza degli scenari considerati, delle formule di ripartizione adottate e delle metodologie utilizzate. In un recente studio³, Fuest et al. valutano, per le multinazionali tedesche, l'impatto dell'introduzione di una formula i cui

² Attualmente per i gruppi multinazionali, le transazioni intragruppo dovrebbero utilizzare gli stessi prezzi che sarebbero imposti a soggetti terzi indipendenti. Tuttavia, poiché tali prezzi di trasferimento sono difficili da identificare per prodotti e servizi scambiati all'interno dei gruppi multinazionali, la tassazione basata su SA è sempre vulnerabile al *profit-shifting* mediante prezzi di trasferimento distorti al crescere del volume degli scambi transfrontalieri all'interno dei gruppi multinazionali. Per evitare tali distorsioni, i governi nazionali hanno introdotto regole complesse per il rispetto dei prezzi di trasferimento, e nonostante gli sforzi dell'OECD per coordinare queste regole essi tuttora differiscono tra Paesi, incrementando i costi di transazione per le multinazionali.

³ FUEST - HEMMELGARN, - RAMB, *How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals*, International Tax and Public Finance, 14 (2007), pp. 605-626.

fattori di ripartizione sono rappresentati da ricavi, *assets* e numero di lavoratori. L'analisi, effettuata su un campione di 1.844 capogruppo tedesche e 5.761 affiliate presenti in 15 Paesi dell'Unione Europea evidenzia - nel caso in cui sia esclusa la possibilità di compensare le perdite all'interno dello stesso gruppo ma non tra nazioni diverse (*without border crossing loss offset*) - una redistribuzione di base imponibile dai Paesi più piccoli, o da quelli con regimi fiscali particolarmente favorevoli, verso i Paesi di maggiori dimensioni o con regimi fiscali più penalizzanti. Secondo questi studi il Belgio, i Paesi Bassi, l'Irlanda, il Lussemburgo, la Finlandia e la Svezia perderebbero base imponibile mentre quelli che guadagnano base imponibile sono, oltre alla Germania, l'Austria, il Portogallo e la Grecia. Per l'Italia si rileva un limitato guadagno di base imponibile pari al 2%. Nello scenario in cui sia invece prevista la possibilità della compensazione transnazionale delle perdite (*international loss offset*), oltre alla redistribuzione di base imponibile tra i vari Paesi, i risultati evidenziano una complessiva riduzione di circa il 20% della base imponibile complessiva. In questo caso, i Paesi che perdono maggiormente base imponibile sono i Paesi Bassi (-74%), la Svezia (-57%), l'Irlanda (-51%) e il Belgio (-41%). Per l'Italia la riduzione di base imponibile risulta pari al 26%.

Diversamente da Fuest et al. che si basano su un campione di multinazionali tedesche, Devereux e Loretz⁴ valutano l'impatto dell'introduzione della CCCTB a partire da un campione contenente i dati relativi sia alle capogruppo che alle sussidiarie delle multinazionali residenti nei paesi UE. Le simulazioni si basano sull'applicazione di formule di *apportionment* costruite su diversi fattori (*assets*, costo del lavoro, numero lavoratori, valore aggiunto e ricavi) presi singolarmente e non considerati nelle loro possibili combinazioni. I risultati evidenziano come complessivamente una partecipazione volontaria comporti una riduzione delle basi imponibili compresa tra lo 0,8% (con una ripartizione in base al fattore vendite) e l'1,2% (con una ripartizione in base al valore aggiunto). Per l'Italia, in particolare, la partecipazione volontaria determina una perdita di base imponibile tra il 4,6% con un metodo di ripartizione basato sul numero di dipendenti, e il 2,9% con un metodo basato sul fattore vendite. Nel caso di partecipazione obbligatoria, i risultati evidenziano un generale incremento di base imponibile rispetto alla partecipazione volontaria, anche se per l'Italia si può verificare una moderata perdita di base imponibile.

In questo lavoro si analizzano gli effetti dell'introduzione del progetto CCCTB con 'formula *apportionment*' sulla base imponibile UE con particolare riferimento a quella italiana. A tal fine sono stati utilizzati i dati della banca dati AMADEUS (fornita dal Bureau van Dijk) contenenti i bilanci societari dei gruppi multinazionali europei e alcune variabili economiche sia delle società capogruppo che delle affiliate operanti nella maggior parte dei paesi Europei e sono stati simulati diversi metodi di ripartizione della base imponibile comune consolidata basati su combinazioni alternative di fattori. I risultati dell'analisi variano sia in relazione ai fattori della specifica formula adottata, sia in relazione all'obbligatorietà o meno della partecipazione dei gruppi alla CCCTB. In particolare, nel caso di partecipazione obbligatoria, le multinazionali italiane sembrano beneficiare dalla CCCTB con un incremento della base imponibile variabile tra il 9% e l'11% in dipendenza della formula scelta. Nel caso di partecipazione volontaria, l'Italia evidenzia una perdita di base imponibile in misura limitata (nell'intervallo tra lo 0,36% e l'1,5%) variabile a seconda delle formule considerate e risulta favorita da formule in cui il fattore lavoro è 'corretto' per il numero dei dipendenti.

⁴ DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, Oxford University Centre For Business Taxation, Wp 07/06.

Il lavoro è organizzato come segue. Il paragrafo 2 illustra i principali metodi di ripartizione della base imponibile adottati nelle esperienze internazionali ed oggetto di analisi nella letteratura economica. I dati sono presentati nel paragrafo 3. I risultati della simulazioni relative all'introduzione della base imponibile consolidata con *formula apportionment* su alcune multinazionali italiane sono descritti nel paragrafo 4. Il paragrafo 5 conclude.

2. Il disegno di un sistema di *formulary apportionment*

L'idea di un sistema di *formulary apportionment* è relativamente semplice. Persegue essenzialmente la finalità di tassare i profitti laddove sono realmente prodotti e si basa pertanto sulla riallocazione del reddito tassabile allo Stato membro ove la multinazionale localizza la sua attività economica. Il Box 1 sintetizza alcuni metodi di ripartizione della base imponibile comune consolidata (FA)⁵. In particolare sono stati individuati due metodi⁶: i) Ripartizione in base al valore aggiunto; ii) Ripartizione in base a dei fattori chiave (capitale, lavoro, vendite).

Idealmente, i fattori rilevanti per la ripartizione della base imponibile non dovrebbero essere suscettibili di *tax planning* da parte delle imprese al fine di neutralizzare le pratiche elusive e il trasferimento della base imponibile verso le società-figlie residenti nei Paesi a minore tassazione. Da questo punto di vista, il metodo di *apportionment* basato sul valore aggiunto si presta ancora alla possibilità di utilizzo dei prezzi di trasferimento da parte dei gruppi multinazionali; il metodo basato su una formula, ricorrendo a fattori con minor grado di mobilità, trasferisce la tassazione dall'utile (calcolato secondo l'attuale metodo SA) al lavoro o ai consumi (nel caso il fattore considerato sia rispettivamente il costo del lavoro o le vendite per Paese di destinazione), entrambi fattori legati al territorio e più difficilmente manipolabili.

La definizione degli specifici fattori della formula può tuttavia alterare sensibilmente la redistribuzione della base imponibile consolidata tra gli Stati Membri, in particolare se la distribuzione dei fattori differisce rispetto alla distribuzione dei redditi tassabili. L'assunzione di base del meccanismo di *formulary apportionment* è infatti la correlazione fattori/profitti, cosicché una distribuzione della base imponibile tassabile basata sui fattori riproduce una distribuzione basata sui profitti. Tuttavia, su alcuni specifici fattori (ad esempio il lavoro), l'esistenza di imperfezioni del mercato comporta inevitabilmente distorsioni nel meccanismo di ripartizione basato sulla Formula. In assenza di differenziali salariali, i prezzi e i salari sarebbero perfettamente correlati con la produttività del lavoro e la profittabilità di ciascun gruppo ovunque operante, ed il costo del lavoro potrebbe essere utilizzato efficientemente all'interno della formula per la ripartizione della base imponibile tra Stati Membri. In presenza di differenziali salariali (ad esempio per la disponibilità di forza di lavoro *unskilled* e a basso costo nei paesi dell'Est), gli Stati Membri con le quote di costo del lavoro più alte rispetto ai profitti ne risulterebbero beneficiati.

⁵ EUROPEAN COMMISSION - DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Delineation and Apportionment of and EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, wp 9/2006

⁶ Un terzo metodo di ripartizione macroeconomico prevede la ripartizione della base imponibile del gruppo alle varie società ad esso affiliate in base al rapporto tra il PIL del Paese in cui è presente la società del gruppo e la somma dei PIL di tutti i Paesi in cui è presente il gruppo. Sebbene estremamente semplice sotto il profilo applicativo ed efficiente in quanto impedisce il ricorso a spostamenti arbitrari di fattori tra i vari Paesi, tale metodo non sembra rispecchiare la finalità di tassazione dei guadagni laddove sono realmente prodotti.

BOX 1 - Metodi alternativi di ripartizione della CCCTB

Il metodo di ripartizione mediante il valore aggiunto prevede la ripartizione della base imponibile tra le varie società appartenenti al gruppo in base al rapporto tra il valore aggiunto della singola società e la somma del valore aggiunto di tutte le società appartenenti al gruppo. In formula:

$$TB_i^{VA} = \Pi \left(\frac{VA_i}{\sum_i VA_i} \right) \quad (F. 1)$$

dove:

TB_i^{VA} = Base imponibile nel Paese i con il metodo VA;

Π = Profitto pre-tax da ripartire;

VA_i = Valore aggiunto Paese "i".

I maggiori problemi applicativi connessi a tale metodo sono la possibilità di ricorrere ancora al *transfer pricing* da parte delle società (anche se in maniera molto più limitata rispetto all'attuale sistema) ed il problema connesso al fatto che per alcuni settori esenti bisogna comunque ricorrere ad un altro metodo.

In alternativa, il metodo di ripartizione della base imponibile mediante formula (FA *Formulary Apportionment*) assegna ad ogni società del gruppo una quota della base imponibile totale del gruppo. Tale quota dipende dai fattori che vengono inclusi nella formula (in genere lavoro, capitale e vendite) ed il peso che si decide di attribuire ad ogni fattore nel calcolo della quota stessa. Considerando i tre fattori sopra menzionati e attribuendo un eguale peso ai vari fattori, esempi di formule possono essere quelle utilizzate attualmente negli Stati Uniti (F.2) o Canada (F.3):

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{3} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 2)$$

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{2} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{2} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 3)$$

dove:

Π TB = Base imponibile nel Paese i in base al metodo FA;

w_i = Profitto pre-tax da ripartire;

L_i = Livello del salario nel Paese "i";

K_i = Numero lavoratori Paese "i";

L_i = Immobilizzazioni/assets nel Paese "i";

S_i = Ricavi da vendite nel Paese "i".

segue:

Infine, possono essere previste alcune varianti alle formule già esistenti nelle esperienze internazionali, basate sulla desiderabilità/opportunità di correttivi al fattore lavoro al fine di tenere in considerazione *i*) i differenziali salariali presenti nell' UE a seguito dell'entrata dei nuovi Stati Membri *ii*) i differenziali di produttività del lavoro tra le imprese all'interno dei gruppi. Formule basate sull'introduzione di alcuni 'aggiustamenti' includono: *i*) la sostituzione del costo del lavoro con il numero dei dipendenti (F.4); *ii*) l'utilizzo combinato di costo del lavoro e numero dei dipendenti, con attribuzione di uguale peso a entrambi i fattori (F.5)

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{3} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 4)$$

$$TB_i^{FA} = \Pi \cdot \left(\frac{1}{6} \cdot \frac{w_i L_i}{\sum_i w_i L_i} + \frac{1}{6} \cdot \frac{L_i}{\sum_i L_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{K_i}{\sum_i K_i} + \frac{1}{3} \cdot \frac{S_i}{\sum_i S_i} \right) \quad (F. 5)$$

3. I Dati

Al fine di valutare i potenziali effetti del meccanismo proposto dalla Commissione Europea, è stato estratto un campione d'impres multinazionali dalla banca dati ORBIS fornita dal Bureau van Dijk (AMADEUS), selezionando dapprima le società capogruppo residenti nell'Unione Europea che controllano almeno una società operante in un Paese dell'Unione Europea diverso da quello di residenza; e associando successivamente le imprese sussidiarie residenti in un Paese dell' UE e controllate per almeno il 51% alla relativa capogruppo. Di tutte le società sono state selezionate per gli ultimi tre anni disponibili alcune variabili dai bilanci non consolidati (in particolar modo le immobilizzazioni materiali, i ricavi, i profitti, il costo del lavoro ed il valore aggiunto) ed altre informazioni (numero lavoratori, nazionalità, nome capogruppo per le sussidiarie), costruendo un campione di circa 41.794 società, che rappresenta circa il 30% delle imprese selezionate ai fini di quest'analisi. Circa 29.586 imprese presentano in media un utile positivo nei tre anni considerati per un importo medio complessivo pari a circa 575 miliardi di euro; 12.208 presentano un utile uguale a zero o una perdita che in media ammonta complessivamente a circa 67 miliardi di euro. Rispetto alla distribuzione geografica delle imprese del campione (vedi tab. 1A), si rileva una forte concentrazione di imprese negli Stati membri di maggiori dimensioni ad eccezione della Germania.

All'interno del campione, molte imprese, particolarmente quelle operanti nei Paesi più piccoli (Grecia, Malta, Slovenia, Lituania), sono state escluse a causa dell'esistenza di valori *missing*. In altri casi, la disponibilità dei dati è risultata alquanto limitata: per quanto riguarda la Germania, ad esempio, la rappresentatività del *data set* è inficiata dal fatto che per le imprese tedesche non quotate il mancato obbligo del deposito dei bilanci comporta una insignificante ammenda pecuniaria che si riflette in una scarsa propensione alla divulgazione delle poste di bilancio. La mancanza, o in taluni casi l'inadeguatezza del *data set* suggeriscono una certa cautela nella valutazione dei risultati delle simulazioni.

Marco D'Abruzzo e Maria Teresa Monteduro: *Gli effetti dell'introduzione di una base imponibile unica consolidata per gruppi di imprese operanti nell'UE: l'applicazione di diverse formule di apportionment per l'Italia*

Tab.1- Indice di concentrazione dei fattori di apportionment

STATO MEMBRO	Immobilizzazioni	Numero lavoratori	Vendite	Costo del lavoro	Valore aggiunto
Austria	1,50	0,79	2,77	1,09	2,81
Belgio	1,25	1,22	1,63	1,42	1,39
Bulgaria	0,78	1,29	0,46	0,15	0,36
Repubblica Ceca	1,49	1,78	1,16	0,42	0,53
Danimarca	0,35	0,43	0,44	0,48	0,60
Estonia	1,00	4,23	1,31	0,86	0,68
Finlandia	0,63	0,94	1,00	0,90	0,86
Francia	0,73	1,27	1,35	1,29	1,08
Germania	0,72	1,06	1,17	2,01	1,32
Ungheria	1,33	0,78	2,54	0,46	0,26
Irlanda	1,31	0,49	0,91	0,44	0,42
Italia	1,31	1,26	1,67	1,53	1,50
Lattonia	0,86	2,01	0,75	0,29	0,41
Lussemburgo	0,97	0,36	1,01	0,41	0,97
Paesi Bassi	1,16	1,19	1,18	1,10	1,04
Polonia	2,05	3,66	2,15	0,77	0,84
Portogallo	0,91	0,34	0,52	0,26	0,53
Romania	0,87	1,76	0,53	0,24	0,35
Slovacchia	2,41	1,69	1,39	0,42	0,64
Spagna	1,09	1,24	1,16	0,96	0,95
Svezia	0,42	0,59	0,68	0,47	0,54
Regno Unito	1,09	0,88	0,71	0,69	0,91

Fonte: elaborazioni proprie su dati AMADEUS - Bureau Van Dijk.

Al fine di identificare gli impatti di una formula basata su diversi fattori di *apportionment*, la Tab. 1 presenta un indice di concentrazione relativa dei singoli fattori rispetto alla concentrazione dei profitti per ogni Paese considerato⁷. Nei Paesi in cui i fattori sono più concentrati rispetto al profitto, l'indicatore risulta maggiore di uno. Pertanto una formula basata esclusivamente su quel fattore comporta un incremento di base imponibile nel Paese in questione, viceversa se l'indicatore è minore di uno.

Risulta evidente una sensibile variabilità nelle quote relative dei fattori rispetto alle quote relative dei profitti, sia a livello di paese che di fattori di *apportionment*. In particolare, si osserva che:

- alcuni Paesi (Danimarca, Finlandia, Svezia, Irlanda, Lussemburgo, Regno Unito) presentano bassi indici di concentrazione degli indicatori di attività economica considerati (numero dei lavoratori, costo del lavoro, immobilizzazioni) rispetto ai profitti, che potrebbero riflettere l'esistenza di pratiche elusive di trasferimenti di profitti dagli altri

⁷ Si veda la tabella 1A per la distribuzione delle multinazionali (capogruppo e affiliate in Europa).

Stati membri verso i cosiddetti 'paradisi fiscali'. Tali pratiche possono trovare peraltro una giustificazione sia nell'attrazione dei profitti determinata dai livelli mediamente più bassi rispetto ad altri paesi Europei delle aliquote di tassazione (si va infatti da un'aliquota del 12,5% in Irlanda al 29,6% del Lussemburgo o al 30% del Regno Unito); sia nello spostamento dei quartieri generali delle multinazionali (e non della relativa attività produttiva), anche a causa di regimi fiscali di particolare favore per la tassazione dei gruppi. A parità di condizioni, l'impatto del passaggio da un sistema SA ad un sistema FA implica una più bassa riallocazione del reddito totale tassabile in questi Paesi ed una relativa perdita di base imponibile. Non a caso, Regno Unito e Irlanda, i Paesi che hanno manifestato una forte opposizione politica al progetto della CCCTB, evidenziano rapporti di concentrazione minori di uno per tutti i fattori considerati tranne che per le immobilizzazioni.

- l'Italia presenta valori dell'indicatore di concentrazione sempre superiori ad uno, rispetto a tutti i fattori considerati (immobilizzazioni, costo del lavoro, numero dei lavoratori, ricavi). Pertanto, una formula basata su tali fattori (presi singolarmente) potrebbe comportare un effetto positivo sulla riallocazione della base imponibile unica all'Italia, ponendola tra i potenziali beneficiari del progetto di riforma. Analogamente potrebbero risultare favoriti da una formula basata sui fattori o sul valore aggiunto Belgio, Paesi Bassi, Germania, Francia (per queste ultime tuttavia il rapporto di concentrazione delle immobilizzazioni è minore di uno) e infine Spagna. Tali Paesi si caratterizzano per aliquote di tassazione ancora particolarmente elevate rispetto a quelle recentemente introdotte dai nuovi membri dell'ue (pari a 37,25% in Italia; 34% in Belgio, 38,3% in Germania; 35% in Spagna; 33,3% in Francia; nei Paesi Bassi 29%)⁸ e risultano pertanto tra i più penalizzati dalla competizione fiscale sui livelli delle aliquote.

- alcuni dei Paesi dell'Europa dell'Est (Repubblica Ceca, Estonia, Slovacchia, Romania, Polonia, Ungheria, Lettonia) presentano indici di concentrazione di immobilizzazioni e/o numero di lavoratori maggiori di uno, riflettendo lo spostamento dell'attività produttiva delle multinazionali in questi Paesi, sia a seguito dei regimi di tassazione particolarmente favorevoli (e.g. attualmente le aliquote legali sono pari al 15% in Lettonia; al 16% in Romania; al 19% in Polonia e Slovacchia) sia per la maggiore convenienza a spostare l'attività produttiva in Paesi generalmente a minore costo del lavoro. Esistono, infatti, all'interno di questi Stati Membri significative differenze tra la quota relativa del numero dei lavoratori rispetto alla quota relativa del costo del lavoro. Conseguentemente, i Paesi dell'Europa dell'Est (Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Ungheria) sarebbero sfavoriti da una formula basata sul costo del lavoro (tendenzialmente più basso che negli Stati dell'Europa continentale) che implicherebbe una perdita di base imponibile.

4. Valutazione d'impatto del passaggio dall'attuale sistema (SA) ad un sistema basato sui fattori (FA) per le società italiane

Di seguito si valuta l'impatto sulla base imponibile delle società italiane facenti parte di gruppi multinazionali operanti in UE derivante dall'introduzione di una tassazione CCCTB con ripartizione in base a diverse formule alternative articolate su

⁸ Le aliquote di tassazione utilizzate sono tratte da DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, op. cit.

varie combinazioni di fattori, rispetto al sistema di tassazione attuale basato sul *separate accounting*.

La proposta di riforma della CCCTB è basata su una procedura a due stadi consistente nel consolidamento della base imponibile comune e nella successiva ripartizione agli Stati membri mediante il metodo di *apportionment*. Al fine di valutare l'impatto sulla base imponibile italiana sono state identificate le società italiane facenti parte di gruppi multinazionali operanti in UE, indipendentemente dal fatto che la capogruppo sia italiana o meno, e dopo aver simulato il consolidamento transnazionale della base imponibile all'interno di ciascun gruppo⁹ attraverso la compensazione dei profitti e delle perdite di tutte le società del gruppo, si è proceduto ad allocare tale base all'Italia con varie formule di ripartizione. Si è simulata come *benchmark* la base imponibile consolidata attribuibile all'Italia (consolidando la base imponibile per gruppo all'interno dell'Italia) sotto l'attuale sistema del *Separate Accounting* (SA); tale base è stata poi confrontata con la base imponibile allocata all'Italia secondo le varie formule di ripartizione (cosiddetto sistema del *Formulary Apportionment*, FA) sia nell'ipotesi di partecipazione obbligatoria, sia nell'ipotesi di partecipazione volontaria. In particolare, al fine di valutare la sensitività degli impatti sulla base imponibile del metodo di ripartizione adottato, si è fatto ricorso a cinque diverse formule di *apportionment* (cfr. Box 1) in cui si è tenuto conto di possibili combinazioni dei fattori (capitale, lavoro, ricavi).

La Tab. 2 presenta i rapporti percentuali tra la base imponibile attribuibile all'Italia, costruita con il *separate accounting*, e la base imponibile "allocata" all'Italia secondo il metodo di *formula apportionment*, - nell'ipotesi in cui il regime CCCTB sia su base obbligatoria. Nel caso in cui tali rapporti risultano inferiori al 100%, l'applicazione della CCCTB con ripartizione in base ad una formula comporta un recupero di base imponibile; quando, al contrario, i rapporti risultano superiori al 100%, l'Italia perde base imponibile e di conseguenza si riduce il gettito per l'erario.

Tab. 2-Rapporti percentuali base imponibile SA/base imponibile FA con partecipazione obbligatoria e volontaria alla CCCTB (imprese italiane)

	Partecipazione obbligatoria	Partecipazione volontaria
FA basata sul valore aggiunto (capitale proprio, di terzi e costo del lavoro)	96%	101%
FA basata su costo del lavoro, immobilizzazioni e vendite	91%	100%
FA basata su costo del lavoro e vendite	90%	101%
FA basata su numero dei lavoratori, immobilizzazioni e vendite	89%	97%
FA basata su numero dei lavoratori, costo del lavoro, immobilizzazioni e vendite	90%	99%

⁹ La tassazione di gruppo è prassi consolidata in alcuni Paesi dell'Unione Europea. Le percentuali di controllo affinché la capogruppo possa includere le sue partecipate nel perimetro di consolidamento variano tuttavia dal 50% (Italia e Germania) al 100% (Danimarca).

Complessivamente l'effetto di riduzione della base imponibile aggregata a livello globale in Europa, a seguito dell'introduzione della CCCTB, è stimato pari a circa il 4%, a causa essenzialmente della compensazione degli utili con le perdite in ambito sopranazionale. Come si evince dalla Tabella 2 in Italia un regime di CCCTB con partecipazione obbligatoria comporterebbe un incremento di base imponibile che varia dall'11% al 4% a seconda dei fattori considerati nelle formule di ripartizione. Il minor recupero di base si ha nel caso in cui si ripartisca la base imponibile con una formula basata sul valore aggiunto.

Nell'ipotesi in cui il regime CCCTB sia su base opzionale, è stata introdotta un'assunzione comportamentale per ciascun gruppo basata sull'incentivo ad aderire alla CCCTB solo nel caso in cui il livello di tassazione si riduca con il passaggio dal sistema SA al sistema FA¹⁰. In tale scenario, l'Italia perde base imponibile in misura limitata (in un intervallo compreso tra lo 0,36% e l'1,5%) a seconda delle formule adottate e guadagna base imponibile solo dall'applicazione di formule 'corrette' per il numero dei dipendenti.

Risulta evidente che la partecipazione obbligatoria al regime (rispetto all'alternativa di partecipazione volontaria) appare favorire l'Italia determinando un incremento della base imponibile (e conseguentemente delle entrate fiscali): una plausibile spiegazione risiede nel fatto che l'attuale aliquota di tassazione sulle imprese in Italia, tra le più elevate in Europa, potrebbe indurre i gruppi multinazionali al trasferimento dei profitti verso i Paesi a fiscalità privilegiata. Pertanto, *ceteris paribus*, se il regime è su base opzionale, i gruppi italiani potrebbero essere incentivati ad aderire in misura limitata, e le distorsioni dell'attuale sistema potrebbero permanere. Tali risultati divergono da quelli ottenuti da Devereux e Loretz che – in dipendenza di metodologie diverse – stimano per l'Italia una riduzione di base imponibile (maggiore nel caso in cui il regime introdotto fosse a partecipazione volontaria).

5. Conclusioni

Questo lavoro costituisce un tentativo di valutazione dell'introduzione della tassazione delle imprese multinazionali operanti all'interno dell'Unione basata su una base imponibile unica, consolidata e ripartita successivamente agli Stati membri mediante una formula basata sui fattori che contribuiscono alla produzione del reddito tassabile.

Utilizzando un campione estratto dalla banca dati AMADEUS, è stata stimata la perdita di base imponibile conseguente all'introduzione della base comune consolidata con compensazione delle perdite e degli utili all'interno dello stesso gruppo.

Per quanto riguarda la redistribuzione della base imponibile consolidata alle multinazionali italiane, i risultati variano sia in relazione ai fattori della specifica Formula adottata, sia in relazione all'obbligatorietà o meno della partecipazione dei gruppi alla CCCTB.

¹⁰ Sotto questa assunzione, a partire dalla base imponibile dei gruppi secondo il sistema del *Separate Accounting*, è stata calcolata una *proxy* dell'imposta pagata da ciascun gruppo in ogni Stato Membro, pari al prodotto della base imponibile del gruppo per l'aliquota nominale dell'imposta sul reddito delle società vigente in quello Stato. Si è costruito il totale delle imposte pagate da ogni gruppo. È stata poi simulata l'imposta pagata dai gruppi in seguito alla ripartizione della base imponibile mediante *formula apportionment*, moltiplicando le basi imponibili così come ripartite dalla formula nei vari Paesi per le aliquote nominali di cui sopra. L'imposta pagata complessivamente dal gruppo anche in questo caso è pari alle imposte pagate dal gruppo nei vari Paesi.

Marco D'Abruzzo e Maria Teresa Monteduro: *Gli effetti dell'introduzione di una base imponibile unica consolidata per gruppi di imprese operanti nell'UE: l'applicazione di diverse formule di apportionment per l'Italia*

Nell'ipotesi di regime obbligatorio, in Italia l'impatto sulla base imponibile risulta positivo, con un aumento compreso tra il 9% e l'11% in dipendenza della formula scelta.

Nell'ipotesi di regime volontario, l'Italia perde base imponibile in misura limitata (nell'intervallo tra lo 0,36% e l'1,5%) a seconda delle Formule considerate e guadagna base imponibile solo dall'applicazione di formule 'corrette' per il numero dei dipendenti.



Riferimenti bibliografici

DEVEREUX - LORETZ, *The Effects of EU Formula Apportionment on Corporate Tax Revenues*, Oxford University Centre For Business Taxation, Wp 07/06.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee on tax policy in the European Union – Priorities for the years ahead*, COM(2001)260 final.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, COM(2001)582 final.

EUROPEAN COMMISSION, *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and social Committee. An Internal Market without company tax obstacles achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, COM(2003)726 final.

EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *The Delineation and Apportionment of and EU Consolidated Tax Base for Multi-jurisdictional Corporate Income Taxation: a Review of Issues and Options*, Wp 9/2006.

EUROPEAN COMMISSION – DG TAXATION AND CUSTOMS UNION, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union: Insights from the United States and Canada*, European Commission, Wp n. 8/2005

FUEST - HEMMELGARN, - RAMB, *How would formula apportionment in the EU affect the distribution and the size of the corporate tax base? An analysis based on German multinationals*, *International Tax and Public Finance*, 14 (2007), pp. 605-626.



2008 OECD Model Convention – Modifications to articles and Commentary*

Piergiorgio Valente

CONTENTS: 1. *OECD Model Convention: generalities*; 2. *Modifications to the OECD model convention and relevant Commentary*; 2.1 *Article 4: 2005 version and 2008 modifications*; 2.2 *Article 5: 2005 version and 2008 modifications*; 2.3 *Article 7: 2005 version and 2008 modifications*; 2.4 *Article 10: 2005 version and 2008 modifications*; 2.5 *Article 12: 2005 version and 2008 modifications*; 2.6 *Article 24: 2005 version and 2008 modifications*; 2.7 *Article 25: 2005 version and 2008 modifications*; *Bibliography*

1. OECD Model Convention: generalities

The OECD model convention has been issued for the first time by the OECD Committee on Fiscal Affairs during 1963. The aim of the OECD model is to make uniform and define the tax regime of the taxpayers that carry on cross-border activities. Such an aim is carried out through the application of common solutions to equal situations concerning the double taxation¹. Starting from 1963, the OECD Model with its following adjustments², had a notable influence on the negotiation, application and interpretation of the tax conventions.

Firstly, the OECD member States were fully compliant to the OECD Model for concluding or re-negotiating the bilateral conventions. The progresses in the elimination of the double taxation between the member States are testified by the increasing number of conventions concluded or re-negotiated in compliance to the OECD recommendations starting from 1957. Its importance has not been just testified by the number of conventions concluded between the Member States but also considering that such conventions reproduced the structure and, in most of cases, its main provisions.

Secondly, the influence of the OECD model extended itself further to the OECD area as well. It has been utilized as a reference document in the negotiations between the Member States and third States as well as in negotiations between third States or in the works of other international or local organizations that take care of the elimination of double taxation and connected problems.

* Translation by Emauele Evangelisti.

¹ The international juridical double taxation has to be understood as the imposition of similar taxes in two (or more) Countries on the same taxpayer on the basis of identical tax generating facts and relevant to the same tax period.

² The modifications to the 1963 OECD Model led to the publication of a first version in 1977, then in 1992, 2001, 2005 and last on July 2008.

Thirdly, the acknowledgement at a global level of the OECD Model provisions and their implementation in most of bilateral conventions implied that the Commentaries to its provisions have become a guide, commonly accepted, for interpreting and applying the provisions of the bilateral conventions currently in force³.

On the 18th of July 2008, the document *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention (2008 Model)* has been released. Such a document includes the modifications to the 2005 version of the OECD Model.

In particular, the most important modifications refer to:

- 1) Art. 25 of oecd Model, by providing a new paragraph 5;
- 2) Paragraph 24 of the Commentary to art. 4, in relation to reference factors for determining the place of effective management of the entities;
- 3) The Commentary to art. 5, by the introduction of new paragraphs regarding the taxation of services;
- 4) The Commentary to art. 7, in relation to the provisions set forth in paragraphs 2 and 3;
- 5) The Commentary to art. 10, with reference to distributions made by *Real Estate Investment Trusts*;
- 6) The Commentary to art. 12, with reference to the definition of *royalties*;
- 7) The Commentary to art. 24, in relation to the sphere of extension of the non-discrimination principle;
- 8) The Commentary to art. 25, with reference to the application and functioning rules of the arbitration procedure.

2. Modifications to the OECD model convention and relevant Commentary

2.1 Article 4: 2005 version and 2008 modifications

Under art. 4 § 3, of the OECD Model, in those cases of *dual residence* of an entity, the latter is «deemed to be a resident of the State in which its place of effective management is situated». According to the provisions of paragraph 24 of the Commentary to art. 4, the «place of effective management» has been adopted as a preferential criterion for the determination of the tax residence of those subjects different from the individuals⁴.

The «place of effective management» is – in the 2005 version – the place where all the main decisions concerning the management, as well as those decisions which are nec-

³ As its main aim is the elimination of the double taxation, the OECD Model provides for two categories of provisions. A first category (artt. from 6 to 21) determines, with reference to different income categories, the right to tax of the State in which the source is situated (or the State in which the goods are located) and of the State of residence. Art. 22 accomplishes to the same aim as regards to the property. For some typologies of income and property, the right to tax is attributed solely to one of the contracting States. Accordingly, the other contracting State can't tax the same income or property elements. As a general rule, such an exclusive right to tax is attributed to the State of residence. With reference to dividends and interest, notwithstanding both the State of the source and the State of residence of the beneficiary have right to tax, the amount of withholding tax imposed by the State of the source is limited. Moreover, on the other hand, since these provisions give to the State of the source (or the State in which the goods are located) a limited or unlimited right to tax, the State of residence should ensure a tax credit in order to avoid double taxation (artt. 23 A and 23 B).

⁴ The Commentary set forth in art. 4 § 1 (§ 8) that the definition of «resident of a contracting State» refers to the notion of residence adopted by the national law. The criteria for taxing the residents are: domicile, residence, place of management or any other similar criterion. For individuals, the definition tends to include the various forms of personal relationships with a State that determine, by virtue of the national laws applicable, a complete taxation. Moreover, Art. 4 concerns those cases in which a person is considered, by virtue of the tax law of a State, as a resident of that State; therefore, for that reason is integrally taxed in the mentioned State (as an example diplomatics and other

essary for carrying out the activity of the entity are substantially adopted. It is, as a general rule, the place where the person or the group of persons that exercise highest rank functions (for example a Board of Directors) officially adopt the decisions, or the place where the deliberations of the entity as a whole are decided⁵.

Since it does not seem possible to set a precise rule regarding the mentioned aspect, to the extent of the determination of the place of effective management – as specified by the 2005 version of the OECD model convention – it should be taken into account all facts and circumstances of the actual case⁶.

The modifications to the Commentary on art. 4 (included in the 2008 Model) provide the elimination, from the above mentioned paragraph 24, of the following period: «(...) the place of effective management will be the place where the person or the group of persons that exercise the highest rank functions (for example, a Board of Directors) officially take their decisions, the place where the deliberations of the entity as a whole are decided (...)». At the same time, it is provided the introduction of a new paragraph 24.1 whose objective is to specify the factors of reference for the determination of the «place of effective management» of the legal persons.

As specified in the new paragraph 24.1 of the Commentary to art. 4, some States consider quite rare the case of double residence of legal entities; therefore, they should be examined and solved singularly. Moreover, some States believe that such a case-by-case approach is the most appropriate method for facing the difficulties that may be triggered by using new technologies.

For determining the residence – as set forth by the new paragraph 24.1 – the competent authorities should take into account the following factors:

- The place where the Board of Directors' meeting take place;
- The place where the CEO and other *senior executives* usually carry out their functions;
- The place of the day-to-day management of the legal entity;

public officers). Nevertheless, in compliance with the provisions of the second period of paragraph 1, a person is considered as a «resident of a contracting State» for the purposes of the Convention in case where (despite the absence of the domicile in that State) it is considered as a resident for the purposes of the national law but it is taxed within the limit of the incomes deriving from the mentioned State or of the property situated therein.

Keeping in mind the finalities for which the rule has been set, such a provision should exclude from the definition of «resident of a contracting State» the companies controlled by foreign subjects exempted by the tax on foreign income by virtue of privileged tax regimes which are conceived to attract the *conduit* companies. On art. 4 and relevant Commentary, see VALENTE P. *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2008, p. 179 ss..

⁵ As set forth in paragraph 25 of the *Observations to the Commentary*, Italy does not agree with the interpretation provided in paragraph 24 that individuates in the “person or group of person exercising the highest rank functions (for example a BoD)” the exclusive criterion for identifying the place of effective management of an entity. For Italy, in determining the place of effective management it should be taken into account the place where the main and substantial activity of the entity is carried out. In accordance with the provisions of art. 4 § 3 (§ 21 and following) of the Commentary, it refers to companies and other associations, independent from the circumstance that they are legal persons or not. Practically, it is unusual that a company is subjected to taxation in more than one State by reason of its residence, even if, as an example, it should be possible where a State uses the criterion of the place of incorporation of the company whilst the other State utilizes the criterion of the place of effective management. As a consequence, it is essential to provide specific provisions in order to identify the criterion to which granting preference. It has not been deemed suitable to give importance to a formal criterion, like the one of the place of incorporation, but to a substantial criterion like the place where the company is effectively managed. The formulation of a preferential criterion in case of subjects different from individuals has been considered, in particular, with reference to the taxation of the incomes from shipping and air transport. Some conventions for avoiding the double taxation attribute the right to tax the incomes from the mentioned activities to the State where the “place of management” of the company is situated; other conventions attribute importance to the “place of effective management” or to the “tax domicile” of the subject who exercises such activities.

⁶ In any case, an entity can have more than one place of management, but it can have just one place of effective management at a time.

- The place in which the legal entity is headquartered;
- The law applicable to the legal entity;
- The place where the accounting books are kept.

The above mentioned factors do not have an exhaustive character. Moreover, the request of solution of the double residence cases should take place within three years from the notification of the deed from which the double taxation for the legal entity is triggered⁷.

Finally, new paragraph 24.1 of the Commentary on art. 4, far from defining the «place of effective management» as the place where the BoD adopts its important decisions, individuates an exemplifying (and not exhaustive) set of connecting criteria for its determination without excluding the recourse to the mutual agreement procedure provided for by art. 25 of the OECD Model⁸.

Substantially, it's quite the same approach followed by art. 4 § 2 of the OECD Model that sets the so called «tie-breaker rules» for solving those cases of dual residence of the individuals⁹.

⁷ New paragraph 24.1 of the Commentary to art. 4 provides:

«24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision».

⁸ Art. 25 provides for a mutual agreement procedure for solving the controversies triggered by the application of the Convention. In paragraphs 1 and 2, it is provided that the competent authorities should undertake to regulate, by means of mutual agreement procedure, the position of the taxpayers subjected to inconsistent taxation as regards to the provisions set forth by the Convention. Paragraph 3 requests and authorizes the competent authorities of the contracting States to solve, through the mutual agreement procedure, the problems relevant to the interpretation or application of the conventional provisions; moreover, it requests and authorizes the competent authorities of the contracting States to consult each other for eliminating the double taxation in the cases where there are no provisions set by the Convention.

Then, with reference to the practical modalities for carrying out the mutual agreement procedure, art. 25 § 4 authorizes the competent authorities to communicate directly each other (not through diplomacy) and, when opportune, to engage in an unwritten exchange of opinions by means of a specially appointed joint commission.

⁹ Art. 4 § 2 provides for the case in which, pursuant to the provisions of paragraph 1, an individual is resident in both the contracting States. In order to solve such a conflict, it is opportune to identify some special provisions that attribute prevalence to connection criteria of the taxpayer to a State rather than another. The art. 4 § 2 of the Commentary specifies that the criterion of reference should be satisfied in just one State and, at the same time, it should reflect a connection for which the right to tax is naturally attributed to that specific State. The situations where the special provisions are applied are those that prevail during the period in which the residence of the taxpayer is the basis of the taxing; such a period could have a duration shorter than a whole tax period.

2.2 Article 5: 2005 version and 2008 modifications

The concept of permanent establishment is mainly utilized in order to determine the right of a Contracting State to tax the incomes of a corporation with its seat in another Contracting State¹⁰. Art. 5 § 1 includes a general definition of «permanent establishment»; such definition outlines the essential characteristics to the extent of the application of the conventional provisions, i.e. a determined «place», a «fixed place of business». Paragraph 1 defines the «permanent establishment» as a «fixed place of business where the business of the enterprise is wholly or partly carried on». The definition includes, therefore, the following requirements:

- The existence of a «place of business», i.e. an installation of premises or, in certain cases, of machineries or equipment;
- The place of business should be «fixed»; it should be established in a determined place with a certain level of permanence;
- The carrying on of the business activity of the company through its fixed place of business. That implies, in general, that persons who anyway depend from the company (personnel) exercise the business activity in the State where the fixed place of business is situated.

Paragraph 4 of the Commentary on paragraph 1 of art. 5 specifies that a «place of business» includes premises, infrastructures or installations utilized (even if not exclusively) for carrying on the company's business activity. A place of business may exist even if the premises are not available or they have not to be considered indispensable for the

Art. 4 § 2, lett. A), gives the preference to the contracting State where the individual has a permanent habitation. Such a criterion is, in most of cases, sufficient for solving the conflict resulting from the fact that an individual may have a permanent habitation in a contracting State even if the mentioned individual stayed in the other contracting State for a certain period. As a consequence, according to the provisions of lett. A), it should be considered that the residence of the individual is in the place where the mentioned individual has or utilizes an habitation; such an habitation should be qualified as permanent; the permanence requirement exists if the individual sets its utilization durably (contrarily to a stay in a specific place in some conditions that may permit to understand the stay as a short-stay). Each habitation form may be considered (house or apartment, also rented by the individual, or a rented room). The permanence in the habitation is essential; that implies that the individual made everything he could for having his home always and continuously at his disposal (and not just occasionally) to the extent of a stay that, for obvious reasons, is necessarily short (leisure travel, business trip, studies trips, scholar courses, etc.). If the individual has a permanent habitation in both the contracting States, paragraph 2, lett. A) accords preference to the State where the individual established his closest personal and economic relationships. Such a State is the one where there is the centre of vital interests. In cases where the residence cannot be determined by referring to that criterion, paragraph 2 provides for secondary criteria; firstly, the place of usual stay and, secondly, the nationality (lett. b) and c). If the individual is a national of both the contracting States or is neither national of the contracting States, the issue has to be solved by recurring to the procedure provided for in art. 25 (lett. d). In case where the individual has a permanent habitation in both the contracting States, it is fundamental to ascertain in which of those States said individual established his closest personal and economic relationships. Therefore, it will be taken into account the familiar and social relationships of the individual, his occupation, his political activities or cultural or other activities, the place of his business, the place in which manages his goods, etc. The circumstances have to be globally evaluated; nevertheless, it's obvious that the personal behavior of the individual has to be particularly taken into account.

Lett. b) of paragraph 2 provides a criterion for the following two situations:

- The case where an individual has a permanent habitation in both the contracting States and is not possible to determine in which one there is the centre of vital interests;
- The case where the individual has no permanent habitation in any of the contracting States.

If, in the situations considered in lett. b), the individual has his usual stay in both the contracting States or has not his usual stay in neither of the contracting States, the preference is accorded to the State in which the individual has his nationality (par. 2, lett c). If the individual is national of both the contracting States or is not national of neither the contracting States, lett. d) paragraph 2 attributes to the competent authorities the faculty to determine the residence in accordance to the mutual agreement procedure provided for by article 25.

¹⁰ According to art. 7, a Contracting State can't tax the incomes of a company of the other Contracting State, unless said company doesn't carry on its business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein.

carrying on of the company's business activity¹¹. It should be attributed a wide meaning to the term «through which», in order to allow the application in each situation where the activities of the company are carried on in a determined place, to this extent at the company's disposal¹².

In accordance with the definition, the place of business should be «fixed». Therefore, it should exist a connection between the place of the activity and a specific geographic area¹³.

Art. 5 § 2 includes a non-exhaustive list of the cases in which, *prima facie*, a permanent establishment exists¹⁴.

Art. 5 § 3 explicitly provides that a building or construction site or an assembly project represent a permanent establishment only if their duration exceeds twelve months. The site that does not meet such a condition doesn't represent by itself a permanent establishment even if there is an infrastructure, for example, an office or a workshop connected with the construction activity.

According to paragraph 17 of the Commentary on paragraph 3 art. 5, the term «construction site or assembly project» does not just include the construction of immovable properties but also the construction of streets, bridges or canals, the restructuring (which implies important structural interventions) of immovable properties, streets, bridges or canals, the establishment of oleoducts and the excavation or dredging as well¹⁵.

Art. 5 § 4 lists the industrial or commercial activities that constitute exceptions to the general definition set forth in paragraph 1; therefore, they don't represent permanent establishments, despite they are carried out through a fixed place of business¹⁶.

¹¹ It is not important that premises, infrastructures or installations are a property, a lease or simply at the company's disposal. Therefore, a place of business may be a stall in a market or an area permanently utilized in a customs warehouse (for example, in order to deposit goods subject to custom duties). The place of business may be situated in the premises of another company as well. That's the case, for example, where a foreign company has permanently at its disposal some premises or a part of some premises of another company. See, Valente P. «*Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*», cit., p. 229 ss. about art. 5 and relevant Commentary.

¹² For exemplifying, a company carrying on road-paving activities will be considered as carrying on its activity «through» the place where the activity is carried on (see paragraph 4.6 of the Commentary to art. 5 § 1).

¹³ It is not relevant how long the company of a Contracting State operates in the other Contracting State; moreover, that does not imply that the equipments forming the place of business should be materially fixed to the ground. It's sufficient that equipments are kept in a determined place.

¹⁴ Paragraph 2 specifies:

- a) «the term «permanent establishment» includes especially:
- b) A place of management;
- c) A branch;
- d) An office;
- e) A factory;
- f) A workshop;

A mine, an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources". Since such cases should be considered in view of the general definition provided for by paragraph 1, it's assumed that the Contracting States interpret the terms «place of management», «branch», «office», etc. in order to constitute permanent establishments just in case they meet the requirements provided for by in paragraph 1. The term «place of management» has been distinctly mentioned, because it doesn't necessarily constitute an «office». Nevertheless where the laws of the contracting States don't distinguish the notion of «place of management» by the notion of «office», the term «place of management» can be bilaterally omitted. Lett. f) sets forth that an oil or gas well, a quarry or any other place of extraction of natural resources are permanent establishments. The term «any other place of extraction of natural resources» is to be understood in its widest meaning. As an example, it includes all the places, in the sea or on the earth, where the hydrocarbons are extracted.

¹⁵ Moreover, the term «assembly site» is not circumscribed to the site related to a construction project; it includes also the assembly of new equipment, like a complex machinery into an existing building or in a open space.

¹⁶ Paragraph 4 sets forth:

The term «permanent establishment» shall not be deemed to include:

(a) the use of facilities solely for the purpose of storage, display or delivery of goods or merchandise belonging to the enterprise;

The common characteristic of such activities is the preparatory or auxiliary character; that is expressly indicated in case where the exception mentioned in lett. e) of paragraph 4, which restricts the area of application of the definition set in paragraph 1. Moreover, lett. f) provides that the combinations of activities mentioned in lett. from a) to e), exercised in the same place of business, are not considered permanent establishment if the overall activity of the place of business, as resulting from such combinations, has a preparatory or auxiliary character.

According to provisions of paragraph 31 of the Commentary to paragraph 5 of art. 5, it's a commonly accepted principle that a company is deemed to have a permanent establishment in a State if there is a person that, under certain conditions, acts on its behalf, even if the company doesn't have a fixed place of business in that State (according to paragraphs 1 and 2). Paragraph 5 sets the conditions according to which a company is deemed to have a permanent establishment with reference to the activities of a person acting on its behalf.

The persons, whose activities may imply a permanent establishment of a company, are the so called dependent agents (different from the un-dependeant agents provided for in par. 6). Paragraph 5 is based on the assumption that only the persons that can stipulate contracts may qualify as a permanent establishment of the company in which they are dependant. Indeed, in such a case, it can be considered that the person has sufficient powers to bind the company in the participation in commercial activities in the State considered. The use of the term «permanent establishment» in such a context obviously implies that the person utilizes such powers in an usual way and not just occasionally¹⁷.

Finally, pursuant to paragraph 6, a company of a Contracting State – that carries on commercial or industrial activities by mean of broker, general commission agent or any other agent of an independent status – cannot be subject to taxation in the other Contracting State provided that the agent acts in the ordinary course of its business. As specified by paragraph 37 of the Commentary on paragraph 6 of art. 5, a person is included within the sphere of the paragraph under comment (and therefore, will not be considered as a permanent establishment of the company for which it acts), only if:

- a) Is independent from the company, both legally and economically; and
- b) Acts within its ordinary industrial or commercial activity.

(b) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of storage, display or delivery;

(c) the maintenance of a stock of goods or merchandise belonging to the enterprise solely for the purpose of processing by another enterprise;

(d) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of purchasing goods or merchandise, or for collecting information, for the enterprise;

(e) the maintenance of a fixed place of business solely for the purpose of activities which have a preparatory or auxiliary character, for the enterprise;

(f) the fixed place of business is used solely for each combination of the activities mentioned in paragraphs from a) to e), provided that the activity of the fixed place as a whole, as resulting from such a combination, has a preparatory or auxiliary character.

¹⁷ The term “authority to conclude contracts in the name of the company” does not limit the ambit of application of the paragraph to an agent that stipulates contracts in the name of the company; the paragraph also applies to an agent that stipulates binding contracts for the company even if not effectively concluded in the name of the latter. The absence of an active involvement of a company in the operations may be an indication of the attributions of powers to an agent. As an example, it can be considered that an agent has effective authority to stipulate contracts if promotes and receives (without formal finalization) orders directly forwarded to a depot where the goods are consigned and where the foreign company usually accepts the transactions (see par. 32.1 of the Commentary on par. 5 of art. 5).

Finally, the 2005 version of the Commentary to art. 5 describes, in paragraphs 42.1 – 42.10, the problems related to the permanent establishment and e-commerce¹⁸.

The 2008 Model adds to the Commentary on art. 5 (after the above mentioned paragraphs 42.1 – 42.10) the new paragraphs 42.11 – 42.48 relevant to the taxation of services.

Pursuant to the provisions of new paragraph 42.11 and according to art. 5 and 7, it's provided that profits deriving from services provided in the territory of a Contracting State by companies of the other Contracting State, are not taxable in the first mentioned State if they're not attributable to a permanent establishment situated therein. According to art. 7, it's provided that till a company of a State doesn't set up a permanent establishment in another State, it shouldn't be considered as participant to the economic life of the latter; therefore, it should be excluded from the tax jurisdiction of the first mentioned State.

The number of cases in point relevant to the taxation at source of incomes deriving from services provided within the territory of a Contracting State – by a company of another Contracting State – would increase the costs of compliance and the administrative burdens of the companies and Tax Administrations. Such a problem may well concern especially the services provided to the consumers that don't act within their professional activity; indeed, it does not subsist, for these latter, a problem of return to the Tax Administration of the State of source in order to obtain the deductibility of costs related to

¹⁸ With reference to the e-commerce, the provisions provided for by article 5 may trigger some critical situations (see paragraphs 42.1 ss. Of the Commentary on art. 5). Whilst, on the one hand, a place where a company utilizes some automatic equipment may set up a permanent establishment in the State where it's situated, on the other hand it's opportune to distinguish between the IT equipment installed in a determined place (which may set up, in certain circumstances, a permanent establishment), and data and software utilized or stored in the equipment. A web site, that is a combination of software and e-data, does not constitute by itself a tangible asset. Therefore, it cannot represent a "place of management" because an "installation, premises or, in certain cases, machineries and equipment" are missing. On the contrary, the server hosting and making accessible the web site may well be considered as a part of a tangible equipment that may constitute a "fixed place of management" of the company which operates the server. The distinction between a web site and a server on which the web site is hosted and utilized is preeminent because the company which operates the server may well be different from the company that carries on its business by mean of the web site. For example, it's quite frequent that the web site through which a company carries on its business it's hosted on a server of an Internet Service Provider (ISP). Even though the remuneration to be paid to the ISP may be determined in accordance with the quantity of space utilized on the disk utilized for hosting the software of the web site and relevant data, the related agreement, usually, has not the object of getting the server at disposal of the company. In such a case, it cannot be considered that a company has a place of management by reason of that hosting agreement. Nevertheless, if the company that carries on an activity by mean of a web site has its own server, the place where the mentioned server is situated may well set up a permanent establishment of the company, if the other conditions provided for by art. 5 are satisfied.

An IT equipment situated in a determined place may set up a permanent establishment only if satisfies the condition of fixity. In the case of a sever, it's important that the latter is effectively moved. In order to set up a fixed place of management, a server should be situated in a determined place for the period necessary in order to get the condition of fixity pursuant to the meaning of paragraph 1 (see paragraph 42.4 of the Commentary on art. 5). It's quite a different matter to establish if the activity of a company may be considered totally or partially carried on in the place where the company has the server. The evaluation regarding if the company carries on totally or partially its activity by mean of a server has to be made on a case-by-case basis. Where a company has an IT equipment in a determined place, a permanent establishment may be set up even if it's not necessary to second the personnel of such a company in the places where the equipment is situated. The presence of the personnel is not a necessary element in order to define that a company carries on, totally or partially, its activity in a determined place, if such a personnel is not indispensable to the extent of the exercise of the business in that place.

Paragraph 42.10 of the Commentary on art 5 sets forth that it's opportune to evaluate whether paragraph 5 may be applicable in order to qualify a ISP as a permanent establishment. It's usual that an ISP hosts on its servers some web sites of other companies. Therefore, it should be understood whether paragraph 5 may be applied in order to qualify such ISP as permanent establishments of the companies that carry on e-commerce activities by mean of web sites operating on server held and managed by the ISP. The commentary specifies that paragraph 5 it's not, in general, applicable because the ISP cannot be qualified like agents of the companies that have web sites. Indeed, they've not the authority to conclude agreements on behalf of the company, and such a power shouldn't be exercised regularly since they are qualifiable like independent agents acting within their ordinary activity (indeed they host web sites of different companies). It's quite evident that, since the web site through which a company carries on its business it's not a "person" pursuant to the meaning of art. 3, paragraph 5 cannot be utilized to state the existence of a permanent establishment in case of a web site operating as an agent of the company.

the activity of the company. Since the regulations on this matter are based on a «time spent» basis, both the Tax Administrations and the companies should bear in mind the time spent by the personnel involved in the provision of the service, with a consequent risk of permanent establishment in those cases where it's quite difficult to determine how long the above mentioned personnel will stay in a determined State. Such a situation triggers compliance problems; indeed, the company is obliged to adequate itself retroactively to the administrative fulfillments relevant to the existence of a permanent establishment (new paragraph 42.12).

According to new paragraph 42.13 of the Commentary on art. 5, the taxation at source of incomes deriving from services rendered within the territory of a Contracting State by a company of another Contracting State that doesn't have a permanent establishment in the first mentioned State, could trigger some difficulties with reference to the determination of incomes to be taxed and relevant collection. Indeed, the company doesn't always have the books and the assets typically connected to the permanent establishment and it could not exist a dependant agent having the necessary authority to comply with information and collection fulfillments.

The OECD (new paragraph 42.14) points out that some States, anyway, are reluctant in adopting the principle of exclusive taxation in the State of residence of those services that, even if not attributable to a permanent establishment situated within the territory, are provided therein. Therefore, these States propose to modify art. 5 in order to preserve the right of source taxation, in determined circumstances, on incomes deriving from the provision of said services. That is on the basis of the following considerations.

Incomes deriving from services provided in a determined State should be taxed in that State, according to the universally accepted principles that set where such incomes have to be considered originated within a determined jurisdiction. From the point of view of the origin of the business activity, the State where the services are provided should have right to tax the relevant incomes, even where the services are not attributable to a permanent establishment (new paragraph 42.15).

Even if the taxation of the incomes of the companies controlled by non-residents, that are not attributable to a permanent establishment, may well trigger some criticalities on an administrative field, such criticalities don't justify the taxation exemption of incomes realized by such companies through the provision of services on the territory of a determined State (new paragraph 42.17).

According to the provisions of new paragraph 42.18, the member States agree that a State should not claim the right to tax at source the incomes deriving from the provision of services rendered by a non-resident out of the mentioned State. It's to be noted, indeed, that according to conventional provisions, the incomes deriving from transfer of goods (not produced or distributed by mean of a permanent establishment) imported by a resident of a State are not subject to taxation therein.

The Committee for Tax Affairs considers that they've to be circumscribed the circumstances where the States – that do not agree with provisions of paragraph 42.11 – tax the incomes deriving from services provided within their territory by a company of another Contracting State, even if not attributable to a permanent establishment (new paragraph 42.21).

It's pointed out (new paragraph 42.22), that such a right to tax shouldn't be extended to services provided out of the territory of the State and should be exercised only on those incomes deriving from the services their-selves rather than on relevant consideration. Moreover, it should be ensured a minimum level of presence in the State that exercises its right to tax.

For new paragraph 42.25 of the Commentary, the provision has the effect of considering as existent a permanent establishment where it should not otherwise exist, according to the definition provided in paragraph 1 and to the examples provided for by paragraph 2. Therefore, it's applied notwithstanding the provisions of these paragraphs. Just like the case of paragraph 5 of art. 5, the provision introduces a further circumstance through which it can be considered that a company has a permanent establishment in a State. For example, it could find an application where a consultant would provide services for a long period in a determined State but in different places that do not meet the requirements provided for by paragraph 1 for the setting up of one or more permanent establishments. Even if it should be possible to demonstrate that the company has a permanent establishment within the meaning of the paragraphs 1 and 2, it's not necessary to apply the provision under review in order to individuate a permanent establishment.

A company can be deemed to have a permanent establishment in a State if it carries on in the latter State activities like the provision of services for the time provided for, even where the different places where the services are provided don't represent by themselves a permanent establishment within the meaning of paragraph 3 of art. 5 (new paragraph 42.26). Moreover, the conventional provision under comment is only applied to the activity of service-provision carried out in a State by a foreign company for the benefit of third parties (new paragraphs 42.29 – 42.31).

2.3 Article 7: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art. 7 confirms the principle (generally agreed within the double tax conventions) according to which a company of a State should not be subject to taxation in the other State unless said company doesn't carry on an industrial or commercial activity in this latter State by mean of a permanent establishment situated therein.

Therefore, the scope of paragraph 1 is to establish a limitation to the right to tax of a Contracting State on the profits of the companies which are resident of the other contracting State¹⁹.

Paragraph 2 of art. 7 includes the guide-principle on which is based the attribution of profits to a permanent establishment. In general, the profits to be attributed to a permanent establishment are those that said permanent establishment would have in case where, instead of carrying on its activity on behalf of its mother company, it would have carried on its activity as a company (different from its mother company) and at arm's length²⁰.

¹⁹ According to the provisions of paragraph 10.1 of the Commentary to paragraph 1 of art. 7, such a provision does not circumscribe the right of a contracting State to tax the residents on the basis of National regulations on Controlled Foreign Companies, notwithstanding the taxes levied on the residents could be calculated by referring to the quota of profits of a resident company of the other contracting State (deemed to the participation in this latter company held by such residents). The taxes so levied by a State do not decrease the profits of the company in the other State and cannot, as a consequence, be considered as levied on said profits. About art.7, see Valente P. "Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni", Milano, 2008, p. 347 ss.

²⁰ It's the principle of free competition provided for by art. 9 of the OECD Model, that provides that:

«1. Where

a) an enterprise of a Contracting State participates directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of the other Contracting State, or

b) the same persons participate directly or indirectly in the management, control or capital of an enterprise of a Contracting State and an enterprise of the other Contracting State, and in either case conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relations which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued to one of the enterprises, but, by reason of those conditions, have not so accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly[...].»

As a general rule, the profits so individuated are those that would have been determined applying the ordinary rules as the basis of a correct company accountancy. The principle of free competition is extended also to the attribution of profits that the permanent establishment may get by operations with other permanent establishments of the company²¹.

Paragraph 3 of art. 7 defines, with reference to the expenses of a permanent establishment, the general principle included in paragraph 2. It provides that, in calculating the profits of a permanent establishment, it's possible to deduct the expenses anywhere suffered for the scopes of the permanent establishment. In some cases it's indispensable to estimate or conventionally calculate the amount of expenses to take into consideration²².

This latter should correspond to that effectively suffered for the scopes of the permanent establishment. The deduction allowed for all the expenses attributable to the permanent establishment cannot depend upon their actual reimbursement by the permanent establishment itself.

The modifications to the Commentary on art. 7, introduced by the 2008 Model, refer, in particular, to paragraphs 2 and 3 of the 2005 version of the OECD Model and relevant Commentary, with the provision of elimination of most part of the Commentary on paragraph 1.

The modifications to the Commentary on paragraph 2 relate, substantially, the introduction of paragraphs 23 – 26, that concern the taxation of the services whose provision is connected to the existence of a building site.

According to paragraph 23, paragraph 3 of art. 5 includes a special rule applicable to the fixed place of management represented by a building or installation site. Such a site is considered a permanent establishment if its duration exceeds 12 months. Some criticalities have been individuated within the application of art. 7.

Such criticalities are mainly showed where the goods or services are provided by the company or by related parties in connection to the building or installation site. In these circumstances, it's necessary to pay attention, in particular, to the general principle that the income is attributable to the permanent establishment only where deriving from activities performed by the company through the permanent establishment itself (new paragraph 24).

For example, where such goods are provided by the company, the income deriving from such provision cannot be considered as produced by the activities performed through the permanent establishment and, therefore, it's not attributable to this latter (new paragraph 25).

According to provisions of new paragraph 26, where, according to paragraph 5 of art. 5, the permanent establishment of a company of a Contracting State is considered as existent in the other contracting State because of the presence of a dependent agent²³,

²¹ According to the provisions of paragraph 11 of the Commentary to paragraph 2 of art. 7, the contracting States, that consider that the paragraph does not concern more generally such activities, have the faculty to provide bilaterally a more detailed provision or to modify paragraph 2 as follows:

«without prejudice to the provisions of paragraph 3, in case where a company of a contracting State carries on an industrial or commercial activity in the other contracting State by mean of a permanent establishment situated therein, in each contracting State should be attributed to said permanent establishment the profits that it would have got if it were a different company carrying on identical or analogous activities in the same or analogous conditions».

²² In case of general administrative expenses suffered by the headquarter of the company, it could be opportune to take into consideration a proportional fraction determined on the ratio between the turnover of the permanent establishment (or, alternatively, the gross profits) and the turnover of the company as a whole (paragraph 16 of the Commentary to paragraph 3 of article 7).

²³ Paragraph 5 set the conditions by virtue of which a company can be considered as having a permanent establishment with reference to the activities of a person who acts on its behalf. The persons whose activities may set up a permanent establishment are the so called dependent agents, i.e. persons, employees or not, different from the independent agents provided for by paragraph 6. They could be individuals or legal persons, not resident as well, that not

the same principles utilized to attribute the income to the other forms of permanent establishment are applicable to said dependent agent.

Firstly, the activities performed for the company by the dependent agent will be individuated through a functional and factual analysis in order to determine the functions performed by the dependent agent both on its behalf and on behalf of the company.

The dependent agent and the company represent, potentially, two different taxable persons. On the one hand, the dependent agent derives its income from the activities performed on its behalf for the benefit of the company, whilst, on the other hand, risks and assets relevant to the functions performed by the dependent agent on behalf of the company (together with the necessary capital to support said assets and risks) are attributed to the permanent establishment.

Incomes will be then attributed to the permanent establishment on the basis of such assets, risks and capital; these incomes are distinguished from, and will not include those income attributable to the dependent agent (new paragraph 26).

Finally, the 2008 Model provides the elimination of paragraphs 15.2 - 15.4 of the 2005 version of the Commentary, relevant to the transfer of assets (for example, bad loans), within the sector of international banking²⁴.

The modifications to the Commentary on paragraph 3 provide the introduction of paragraphs 41 - 49, that concern the matters relevant to the tax regime of interest.

Paragraph 41 specifies that the treatment of interest present some criticalities. Firstly, there could be expenses that, qualifying as «interest», are charged from the mother company to its permanent establishment (said interest could be relevant to intercompany financing granted from the mother company to the permanent establishment). Except of financial institutions (for example, banks), it's to be considered, in general, that said «internal interest» shouldn't be taken into account to the extent of paragraph 3 of art. 7 because of the following reasons:

- Under a legal point of view, the transfer of capital against the payment of an interest, and the consequent obligation to execute within due date, represent a formal act which is inconsistent with the legal nature of a permanent establishment;
- Under an economical point of view, payables and receivables could be inexistent, since, if a company is exclusively or prevalently equity-funded, it shouldn't be allowed to deduct the interest that, clearly, it shouldn't pay. Even though symmetrical charges and incomes do not pervert the nature of the overall incomes of the company, the partial results could be arbitrarily modified.

necessarily have at their disposal a fixed place of business in the State where they act on behalf of the company. The provision according to which the availability of any dependent person constitute a permanent establishment of the company would be contrary to the interests of the international economic relations. Such a solution should therefore be reserved to persons that, by reason of the wideness of their powers or nature of their activities, involve the company in activities of a certain importance in the State considered. Paragraph 5 is based on the assumption according to which only the person that have the authority to conclude contracts may be qualified as a permanent establishment of the company. Indeed, in such a case it could be considered that the person has sufficient power to bind the company in the participation in commercial activities in the State considered. The use of the term "permanent establishment" in such a context presupposes, obviously, that the person uses said powers habitually and not just occasionally.

²⁴ Paragraph 15.2 of the Commentary on paragraph 2 of art. 7 specifies that: "Another significant problem concerning the transfer of assets, such as bad loans, arises in relation to international banking. Debts may be transferred, for supervisory and financing purposes, from branch to head office or from branch to branch within a single bank. Such transfers should not be recognized where it cannot be reasonably considered that they take place for valid commercial reasons or that they would have taken place between independent enterprises, for instance where they are undertaken solely for tax purposes with the aim of maximizing the tax relief available to the bank. In such cases, the transfers would not have been expected to take place between wholly independent enterprises and therefore would not have affected the amount of profits which such an independent enterprise might have been expected to make in independent dealing with the enterprise of which it is a permanent establishment."

Different problems concern the deductibility of interest paid on loans effectively contracted by the company. Said loans could concern, totally or partially, the activities of the permanent establishment; it's to be outlined that the financing obtained by a company could be utilized for the need of the headquarter, of the permanent establishment or both of them. In such cases, it's to be noted the problem relevant to the individuation of that part of interest which should be deducted within the determination of the income attributable to the permanent establishment (new paragraph 43).

The OECD (new paragraph 45) outlines that according to the majority of the Member States it should be opportune to refer to a practical criterion which should take in consideration structure of the capital which is consistent with the organization and functions performed. Such a structure should be based on the assumption that a permanent establishment needs a certain availability – in terms of free capital and financing producing interest – in order to carry on its business. The goal is, therefore, to attribute the permanent establishment some arm's length²⁵ interest once an adequate amount of free capital has been attributed to said permanent establishment.

By virtue (and according to) the arm's length principle, the permanent establishment should be provided with sufficient capital in order to sustain:

- Functions performed;
- Assets owned;
- Risks taken.

The existence of different approaches within the attribution of free capital to the permanent establishment may raise double taxation problems (new paragraph 47). Pursuant to the objective of determining the amount of deductible interest to be considered to the extent of the double taxation relief, in general, the oecd Member States accept the attribution of capital which derives by the application of the approach utilized by the State where the permanent establishment is located (new paragraph 48).

2.4 Article 10: 2005 version and 2008 modifications

Under paragraph 1 of art. 10, dividends are taxable in the State where the beneficiary of said dividends is resident. Art. 10 regulates only dividends paid by a company which is resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State. Such a provision, therefore, is not applicable with reference to dividends paid by a company which is resident of a third State or dividends paid by a company, resident of a Contracting State, and attributable to a permanent establishment that a company of that State owns in the other Contracting State.

Paragraph 2 attributes a concurrent right to tax to the State of source of the dividends, i.e. the State where the company that distributes dividends is resident. The tax rate applicable by the State of source is nonetheless limited to 15% if the subject resident of the other Contracting State is the beneficial owner of said dividends²⁶.

A lower tax rate (tantamount to 5%) is provided with reference to dividends paid by a subsidiary to its parent company, owning directly not less than 25% in the first mentioned company²⁷.

²⁵ Determined in accordance to the arm's length principle provided for in art. 9 of the OECD Model.

²⁶ According to the provisions of paragraph 9 of the Commentary on paragraph 2 of art.10, an higher tax rate shouldn't be justified because the State of source has already got the right to tax the incomes of the company.

²⁷ Paragraph 10 of the Commentary on paragraph 2 of art. 10. About art. 10, see VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 431 ss.

The requirement of the beneficial owner has been introduced in paragraph 2 of art. 10 in order to clarify the meaning of the term «paid [...] to a resident» utilized in paragraph 1. It's so specified that the State of source is not obliged to give up its right to tax dividends only because said dividends are received directly by a resident of a State with which the first mentioned State concluded a Double Taxation Treaty.

The term «beneficial owner» is not utilized with a technical and restrictive meaning, but it's to be understood within its context and in the light of the scope and aims of the conventional provisions²⁸.

The term «dividends» concerns, essentially, the distributions performed by the companies indicated under letter b) of paragraph 1 of art. 3²⁹.

The definition refers, firstly, to the distributions of profits deriving from the holding of shares, i.e. participations in capital companies. The definition assimilates to shares all those securities issued by companies whose by-laws provide for a clause of participation to the incomes of the company; such as, for example, shares or right to make use, quotas of the founder or other quotas of participations to incomes³⁰.

Art. 10 does not regulate only dividends but also the interest on financing within the measure in which the creditor participates to risks taken by the company, i.e. in those cases where the reimbursement depends much more by the success or by the activity of the company. The issue relevant to the participation (or not) to risks taken by the company from the subject who grants the loan is to be solved in the light of all the circumstances of the actual case.

The modifications to the Commentary on art. 10 of the OECD Model provide the introduction of the new paragraphs 67.1 - 67.6 relevant to the taxation of the distributions performed by Real Estate Investment Trusts.

Paragraph 67.1 specifies that in a lot of Countries, most of portfolio investments in real estate properties are carried out through Real Estate Investment Trusts (REITs). The REIT is an entity:

- whose profits mainly derive from long-term investments in real estate properties;
- that distributes most of incomes yearly;
- that is not subject to taxation on income relevant to real estate properties and as such distributed.

The criticalities relevant to said forms of investment have been subject of analysis, by the Committee for Fiscal Affairs, in the 2008 Report Tax Treaties Issues Related to REITs (new paragraph 67.2). One of the issues discussed in the above mentioned report concerns the tax treatment of the transnational distributions carried out by a REIT.

²⁸ For the purposes of paragraph 12 of the Commentary on paragraph 2 of art. 10, the aim is essentially to avoid the double taxation and prevent the tax evasion and avoidance. According to the provisions of the subsequent paragraph 12.1, where an item of income is received by a resident of a Contracting State acting in the capacity of agent or nominee it would be inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption merely on account of the status of the immediate recipient of the income as a resident of the other Contracting State. The immediate recipient of the income in this situation qualifies as a resident but no potential double taxation arises as a consequence of that status since the recipient is not treated as the owner of the income for tax purposes in the State of residence. It would be equally inconsistent with the object and purpose of the Convention for the State of source to grant relief or exemption where a resident of a Contracting State, otherwise than through an agency or nominee relationship, simply acts as a conduit for another person who in fact receives the benefit of the income concerned.

²⁹ Paragraph 1, lett. b) of art. 3 refers to each person or entity that is considered as a person for tax purposes.

³⁰ According to the provisions of paragraph 24 of the Commentary on paragraph 3 of art. 10, within the bilateral conventions, the list could be adapted to the legislation of the Contracting States considered. That could be necessary, in particular, concerning the incomes from shares and quotas of the founder. Receivables which give right to the participation to incomes are not included in this category; at the same way, the interest on convertible bonds are not dividends.

In case of a small investor, the latter doesn't exercise any control on the real estate property acquired by the REIT. Even though the REIT by itself is not subject to taxation on the profit distributed, it should be opportune to consider that said investor did not carry out an investment in real estate properties, but in a company. Therefore, under a tax point of view, it should be treated as a subject receiving a dividend. On the contrary, a big investor should have a greater interest in the real estate property acquired by the REIT; for said investor, the investment in the REIT should represent by itself a participation in the property of the REIT. In such an hypothesis, it does not seem opportune to limit the taxation at source of the distributions carried out by the REIT (new paragraph 67.3)³¹.

2.5 Article 12: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art. 12 attributes the right to tax the royalties to the State of residence of the beneficial owner. A derogation to this principle is that relevant to those cases considered in paragraph 3³².

The requirement of the beneficial owner has been introduced in paragraph 1 of art. 12 in order to point out that it does not apply with reference to the payments made to intermediaries. Therefore, the State of source is not obliged to give up its right to tax royalties only because said incomes are received directly by a resident of a State with which the State of source concluded a Double Taxation Treaty. The term «beneficial owner» is not used in a technical and restrictive meaning, but it's to be understood in its context and within the purpose of avoiding the double taxation and preventing the tax evasion and avoidance.

Paragraph 2 of art. 12 includes the definition of the term «royalties». Generally, they refer to those rights or goods that constitute the different forms of literary and artistic property, to those elements of intellectual property and to those information concerning the industrial, commercial or scientific experiences. The definition is applied to those payments for the use, or the entitlement to use, rights of the above mentioned kind; independently that said rights are, or should be, registered in a public register. The definition covers both payments made under a license and compensation which a person would be obliged to pay for fraudulently copying or infringing the right³³. Paragraph 2 requires that the payments are «made»: such a term should be understood in order to include the fulfillment of the obligation to make the funds at the creditor's disposal in the way re-

³¹ Paragraph 67.4 specifies that the member States have faculty to substitute paragraph 2 of art. 10 with the following provision: 67.4 «2. However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State (other than a beneficial owner of dividends paid by a company which is a REIT in which such person holds, directly or indirectly, capital that represents at least 10 per cent of the value of all the capital in that company), the tax so charged shall not exceed:

a) 5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends (other than a paying company that is a REIT);

b) 15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases».

³² Paragraph 3 provides that:

“The provisions of paragraph 1 shall not apply if the beneficial owner of the royalties, being a resident of a Contracting State, carries on business in the other Contracting State in which the royalties arise through a permanent establishment situated therein and the right or property in respect of which the royalties are paid is effectively connected with such permanent establishment. In such case the provisions of Article 7 shall apply.” About article 12, see Valente P., “Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni”, cit., p. 541 ss.

³³ As specified by paragraph 8 of the Commentary on paragraph 2 of art. 12, The definition of royalties does not, however, apply to payments that, whilst based on the number of times a right belonging to someone is used, are made to someone else who does not himself own the right or the right to use it.

quested by the contract or by customs. Rents in respect of cinematograph films are also treated as royalties, whether such films are exhibited in cinemas or on television.

In classifying as royalties payments received as consideration for information concerning industrial, commercial or scientific experience, paragraph 2 is referring to the concept of know-how³⁴.

In the know-how contract, one of the parties agrees to impart to the other, so that he can use them for his own account, its special knowledge and experience which remain unrevealed to the public. It is recognized that the grantor is not required to play any part himself in the application of the formulas granted to the licensee and that he does not guarantee the result thereof.

This type of contract thus differs from contracts for the provision of services, in which one of the parties undertakes to use the customary skills of his calling to execute work himself for the other party³⁵.

The modifications to the Commentary on art. 12 introduced by the 2008 Model, provide for the re-numeration of paragraphs 8 and 8.1 of the 2005 version. Said paragraphs are substituted by (and taken down in) paragraphs 8 – 8.5. On the contrary, newly introduced paragraph 8.2 is truly important for the definition of royalties.

According to the provisions of the latter, where a payment represents the consideration for the transfer of the property on a right as per definition of royalties³⁶, said payment has not to be considered «consideration for the use or the right to use» of said right and, therefore, is not a royalty. As pointed out in paragraphs 15 and 16 (whose current formulation remains substantially unvaried) with reference to the software, some issues may rise in case of transferring of rights considered as a part of another right as per the royalties definition, where said transfer takes place with the modalities of an alienation.

For example, one considers the exclusive attribution of intellectual property rights for a limited period in a limited geographical area. Each hypothesis should be examined in the light of the factual circumstances as well as of the national law applicable both to the intellectual property and to the transfer of property.

In principle, if the payment represents the consideration for the transfer of the property of rights which constitute the distinct and specific intellectual property, said payment can be considered as an income (commercial income) applying, therefore, art. 7, or capital gain applying, therefore, art. 13, and not a royalty within the meaning of art. 12.

Moreover, the modifications to the Commentary on art. 12 provide the introduction, just after paragraph 10, of the new paragraphs 10.1 and 10.2.

According to the provisions of paragraph 10.1, payments made in order to obtain the exclusive distribution rights of a product or a service in determined territory does not represent a royalty, this is why they're not made as a consideration for the use or the entitlement to use a right on the intellectual property as per definition included in para-

³⁴ Various specialist bodies and authors have formulated definitions of know-how. Said definitions do not substantially differ. One of those definitions, given by the "Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle" (ANBPPI), establishes that the know-how includes all the undivulged information patentable or not, which are necessary for the industrial reproduction of a product or a process, directly and in the same conditions; since it derives by the experience, the know-how represents what a producer cannot recognize by the mere examination of the product and by the mere cognition of the state of technique (paragraph 11 of the Commentary on paragraph 2 of art. 12 of the OECD Model).

³⁵ Payments made under the contracts for the provision of services, generally fall under Article 7.

³⁶ As provided for by paragraph 2 of art. 12 of the OECD Model, «The term «royalties» as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience».

graph 8³⁷. Instead, said payments should be included within the meaning of art. 7. As an example, one should consider the payments made by a subject which distributes clothes and is resident in a contracting State, said subject pays a determined amount to the manufacturer of trademarked t-shirts which is resident in the other Contracting State in order to get the exclusive right to sell, in the first mentioned State, the t-shirts trademarked and manufactured abroad.

Within the meaning of paragraph 10.2, a payment should not be defined as made for the use or the right to use a project, model or plan if such a payment represents the consideration for the development of project, model or plan that does not exist yet.

2.6 Article 24: 2005 version and 2008 modifications

Paragraph 1 of art.24 sets the principle according to which, to the extent of taxing, it is forbidden the discrimination on the basis of the nationality, whilst, in conditions of reciprocity, the subjects having their nationality in a Contracting State shouldn't be treated, in the other Contracting State, in a less favorable way as regards the subjects having their nationality in the last mentioned State (assumed that they are in the same situation).

The provisions of paragraph 1 do not apply only to national subjects, resident of a Contracting State, but are extended to all subjects having the nationality of each Contracting State, whether or not they're resident in said States.

The aim of paragraph 2 is to limit to the stateless subjects that are resident in one of the Contracting States within the area of application of the provisions regarding the equality of treatment with the national subjects. Therefore, said provision excludes that stateless subjects, that are not resident in any of the Contracting States, may benefit from higher benefits than those provided for the subjects having the nationality of one of those mentioned States.

The discrimination, which paragraph 3 intends to eliminate, is not based on the nationality, but on the effective place where the company is situated. It applies, therefore, without any distinction, and apart from the nationality, to all residents of a contracting State that have a permanent establishment³⁸ in the other contracting State.

Paragraph 5 of art.24 aims to eliminate a particular kind of discrimination deriving from the situation that in some States the deductibility of interest, royalties and other expenses is possible without any limitation where the beneficiary is a resident, whilst it's limited or not possible at all where the beneficiary is not resident³⁹. The same situation

³⁷ Paragraph 8 of the Commentary on art. 12 sets forth that:

«Paragraph 2 contains a definition of the term «royalties». These relate, in general, to rights or property constituting the different forms of literary and artistic property, the elements of intellectual property specified in the text and information concerning industrial, commercial or scientific experience. The definition applies to payments for the use of, or the entitlement to use, rights of the kind mentioned, whether or not they have been, or are required to be, registered in a public register. The definition covers both payments made under a license and compensation which a person would be obliged to pay for fraudulently copying or infringing the right. The definition does not, however, apply to payments that, whilst based on the number of times a right belonging to someone is used, are made to someone else who does not himself own the right or the right to use it (see, for instance, paragraph 18 below). Moreover, it has to be pointed out that paragraph 12 requires that the payments are made: The word "payment", used in the definition, has a very wide meaning since the concept of payment means the fulfilment of the obligation to put funds at the disposal of the creditor in the manner required by contract or by custom. As a guide, certain explanations are given below in order to define the scope of Article 12 in relation to that of other Articles of the Convention, as regards, in particular, the provision of information».

³⁸ Within the meaning of art. 5 of the OECD model, "the term «permanent establishment» means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on».

³⁹ The same situation may also exist with reference to the tax on patrimony (paragraph 55 of the Commentary on paragraph 4 of art. 24)

may exist with reference to the area of patrimonial tax, concerning the debts entered in with non resident subjects. Finally, paragraph 5 prevents a contracting State from granting a less favorable tax regime to a company whose capital is held, wholly or partially, directly or indirectly, by one or more subjects resident of the other contracting State. Such a provision only refers to the taxation on corporations and does not refer to the subjects which hold the capital of the company. Its aim is to ensure the equality in treatment between the taxpayers resident in the same State and not also to subject the capital held by foreign shareholders to an identical regime as the one applied to the capital held by resident shareholders.

The modifications on art. 24 introduced by the 2008 Model concern, in particular, the Commentary on paragraphs 1 and 3.

According to the provisions of new paragraph 17 of the Commentary to paragraph 1, the term «national of a Contracting State» means a legal person «deriving its status as such from the laws in force in that Contracting State». Usually, a company derives its status by the laws in force in the State where it was incorporated or registered. According to the domestic law of many Countries, the place of incorporation or registration represents the criterion, or one among the criteria, for determining the residence of the companies to the extent of art. 4. Since paragraph 1 of art. 24 has the objective to exclude different treatments according to the nationality, but only with reference to the entities that find their selves «in the same circumstances, in particular with respect to residence», it's important to distinguish between a different treatment only due to the nationality, by a different treatment due to other factors and, in particular, the residence.

Paragraph 1 of art. 24 only forbids the discriminations based on the different nationality and requires that all the other important factors, and among them the residence, coincide.

Where art. 24 is applied within the context of other conventional provisions, most of which provide for a different treatment on the basis of the residence, it's clear that two companies that are not resident in the same State, within the meaning of art.4, cannot be considered in the same situation within the meaning of paragraph 1.

According to the provisions of new paragraph 59 of the Commentary on paragraph 3, since a permanent establishment does not distribute dividends, the tax treatment of the profit distributions from the company to which the permanent establishment belongs is out of the area of application of paragraph 3 of art. 24. Paragraph 3 concerns the taxation of profits deriving from the activities of the permanent establishment and it is not applicable to the company as a whole. This is confirmed by the second period of paragraph 3, where it's pointed out that the tax aspects relevant to the subject that owns the permanent establishment, like fiscal advantages and deductions, are not included within the area of application of the paragraph itself.

Moreover, the OECD points out (new paragraph 60) that in some States, the incomes of a permanent establishment of another Contracting State are taxed with a higher tax rate than the one applicable to the incomes relevant to the resident companies. Such additional rate, sometimes named «branch tax», is justified by the fact that, where a subsidiary of a foreign company would have the same incomes of the mentioned permanent establishment, and consequently said subsidiary would distribute said incomes in the form of dividends, then an additional tax rate would be applicable on this latter, according to the provision of paragraph 2 of art. 10.

2.7 Article 25: 2005 version and 2008 modifications

Art. 25 sets a mutual procedure for solving the controversies that may arise from the appliance of the conventional provisions. In paragraphs 1 and 2, in particular, it's provided that the competent authorities of the Contracting States should endeavour to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the relevant bilateral Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in those cases not provided for in the Convention. Finally, with reference to the practical modalities of application of the mutual agreement procedure, paragraph 4 of art. 25 authorizes the competent authorities to communicate with each other directly, and where opportune, to enter in a verbal exchange of opinions through a dedicated joint commission appointed.

The mutual agreement procedure has a special character and it lies outside the domestic law. It can be set up only in those cases included within paragraph 1, i.e. where a taxation has been imposed, or it's to be imposed, in contrast with the conventional provisions.

The 2008 Model includes considerable modifications to art. 25 and relevant Commentary whose aim is to make effective the procedure of mutual agreement, which was not part of a specific obligation within the 2005 version. Modifications to the text of art. 25 provide for the integration by mean of the inclusion of a new paragraph 5⁴⁰.

Modifications to the Commentary to art. 25 provide, in general, that in case where the competent authorities are not able to reach an agreement within the meaning of paragraph 2⁴¹, within two years since the case has been submitted to the competent authority, the issue has to be solved by mean of the mutual procedure. Moreover, said procedure, sets aside from a possible pre-authorization by the competent authorities: where the procedural time requirement is met, every unsolved issue which prevents from reaching the agreement between the two competent authorities, should be submitted to arbitral procedure.

New paragraph 25 of the Commentary to paragraphs 1 and 2 of art. 25 provides that the three years period for the presentation of the claims by the taxpayer⁴² continues

⁴⁰ New paragraph 5 of art. 25 provides that:

«5. Where,

a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and;

b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph¹».

¹. In some States, national law, policy or administrative considerations may not allow or justify the type of dispute resolution envisaged under this paragraph. In addition, some States may only wish to include this paragraph in treaties with certain States. For these reasons, the paragraph should only be included in the Convention where each State concludes that it would be appropriate to do so based on the factors described in paragraph 47 of the Commentary on the paragraph. As mentioned in paragraph 54 of that Commentary, however, other States may be able to agree to remove from the paragraph the condition that issues may not be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by one of their courts or administrative tribunals.

⁴¹ Paragraph 2 of art. 25 provides that:

«The competent authority shall endeavour, if the objection appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, with a view to the avoidance of taxation which is not in accordance with the Convention. Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States».

⁴² The triennial term is provided for by the second period of paragraph 1, art. 25.

to go on even during an ongoing internal jurisdictional procedure. Nevertheless, it is possible that some States provide for the interruption of the triennial term for the presentation of the claim, within an ongoing internal jurisdictional procedure⁴³. Art. 25 does not provide anything about the possibility of an interruption of the mutual agreement procedure within the hypothesis where the taxpayer did not provide to the payment of the tax under dispute. As a general rule, the payment of the tax due should not constitute a condition for the starting of the mutual agreement procedure (new paragraph 47). Under new paragraph 48, the States should adopt provisions that give the possibility to interrupt the tax collection while the mutual agreement procedure is ongoing.

Paragraphs 63 and following have been recently introduced and include the comment to the new paragraph 5 of art. 25. According to the provisions of paragraph 63, in the hypothesis where the competent authorities are not able to reach an agreement within the meaning of paragraph 2 within two years from the presentation of the case, the issue, upon instance of the subject that initially claimed it, will be discussed and solved by means of the arbitral procedure. Moreover, said procedure sets aside from a possible pre-authorization by the competent authorities: where the procedural time requirement is met, every unsolved issue which prevents from reaching the agreement between the two competent authorities, should be subjected to arbitral procedure.

The arbitral procedure introduced by paragraph 5 of art. 25 does not represent a controversies resolution mechanism nor alternative nor supplementary in respect of the procedure of mutual agreement: where the competent authorities reached an agreement that leaves no unsolved issue with reference to the application of the conventional provisions, there is no reason to apply for the arbitral procedure. That is also in case where the taxpayer that applied for the mutual procedure considers as not satisfying the solution reached by the competent authorities involved.

The mechanism introduced by paragraph 5 is, therefore, an extension of the procedure of mutual agreement and has the aim of increasing the effectiveness of the latter. Therefore, whilst the main case is solved within the context of the mutual agreement procedure, only those specific issues whose resolution depends on the definition of the case itself can be subjected to the arbitral procedure.

The procedure under comment is different by the other forms of agreements or arbitration where the jurisdiction of the arbitral body is extended to the exam and resolution of the case as a whole (new paragraph 64). In particular, with reference to *transfer pricing* issues, it is necessary that the OECD member States, and EU member States as well, apply the provisions set forth in paragraph 5 of art. 25 in coordination with provisions of arbitral convention of 1990⁴⁴ (new paragraph 65).

⁴³ New paragraph 26 individuates all the limits to the entering in the procedure of mutual agreement in those cases where the transaction object of request constitutes an abusive behavior of the taxpayer pursuant to national legislation. As a general rule, the fact that the taxation derives from the application of an internal anti-abuse provision does not represent a valid reason to deny entry to the procedure under comment.

⁴⁴ The convention 90/436/CEE, signed by the EU member States in July 1990, provides for an arbitral procedure which is aimed to avoid the double taxations deriving from divergent adjustments, made by the member States, of the transfer prices applied between associated enterprises. In force since 1995, its application was suspended from 1.1.2000 until 31.10.2004. In 1999 it was signed the modification Protocol which extended its effect for five years more, providing, moreover, an automatic renewal clause for the subsequent years. The last signing State (Portugal) of the Protocol filed the ratification instruments on 4.8.2004. The convention has, therefore, (re)acquired full effect on 1.11.2004. Nevertheless, its effects are retroactive since the date in which the application was suspended.

The procedure defined in the arbitration convention represents a valid instrument, for enterprises, for the elimination of the double taxation deriving from adjustments relevant to transfer prices. That is, considering not only its (re)entry in force, but also the approval by the EU Council of a Conduct Code containing some procedural rules that find application with reference to the provisions about the resolution of disputes provided for by the convention itself.

Under new paragraph 69, where two Contracting States that have not included the paragraph 5 of art. 25 in their relevant Convention wish to implement an arbitration process for general application or to deal with a specific case, the relevant competent authorities can conclude a mutual agreement along the lines of the following Model of agreement.

Moreover, Commentary on paragraph 5 (new paragraph 76) concerns the relationship between arbitral procedure and remedies provided for by internal legislation. With the aim to avoid conflicting decisions of the same cases in point, it should not be permitted the recourse to the arbitral procedure set forth in paragraph 5 of art. 25 where the case has been already submitted and decided by the internal judicial competent bodies of one of the contracting States. The same approach has been adopted by most of the member States with reference to the mutual agreement procedure⁴⁵.

Finally, the 2008 Model, in a dedicated Annex, provides for a Model of Agreement the competent authorities can refer to as a basis for the conclusion of an agreement, in order to make effective the arbitral procedure introduced by new paragraph 5 of the art. 25.

The Model of agreement regulates, in dedicated separated clauses, the formal and procedural aspects of the arbitral procedure, from the submission of the case to the competent authority up to the decision of the arbitral body. It follows the main content.

In 2002, the EU Commission created a Working group (Joint Transfer Pricing Forum – JTPF) to the extent of facing the fiscal problems deriving from the double taxation related to adjustment of transfer prices. During 2003, the JTPF mainly analyzed the issues relevant to the application of the arbitral convention of 1990 and to the procedures of mutual agreement provided by the double taxation conventions. In April 2004, the EU Commission received the recommendations of JTPF and submitted to the approval of the Council a draft Conduct Code for eliminating the company's double taxation in those cases of cross-border intra-group transactions. The Code, approved on the end of November 2004, find its application in those case of taxable profit increase deriving from cross-border transactions as a consequence of the adjustment of transfer prices and introduces some rules for the resolution of disputes between the States within the procedures for eliminating the double taxation. It's so ensured a more effective and uniform application both of the arbitral convention of 1990 and of the mutual agreement procedures provided by the double taxation conventions. The Conduct Code has as its aim the fixation of common procedural rules relating to:

- The determination of the *dies a quo* of the three years period, i.e. the term within which the company subject to double taxation due to the adjustment of transfer prices must submit the case to the competent authority. The starting date of the three years period coincides with the date of the notification of the first notice of tax assessment or equivalent measure that implies or may imply a double taxation (art. 1);
- The determination of the *dies a quo* of the two years period during which the Tax Administrations of the member States must try to reach a mutual agreement on the elimination of the double taxation under accusation. The case can be considered submitted to the competent authorities where the subject provides certain and complete identification data, details about important facts of the case, a complete documentation (art. 2);
- Rules to be followed during the mutual agreement procedure, general provisions, practical execution, transparency, exchange of documents and participation of the subject. With reference to the practical functioning and to transparency, the States are invited to utilize a common working language in order to reduce time and costs of the procedure as well as ensure the confidentiality of the information whether it exists a tax convention or an internal rule providing for it (art. 3);
- Rules to be followed in case it's necessary the start of the arbitral phase due to the missing reaching of a mutual agreement within the two years term (art. 4);
- The interruption of the tax collection during the ongoing procedures provided by the convention (art. 5).

The Code has the legal value of a political commitment and does not affect rights and obligations of the member States as well as relevant areas of competence of the States and of the Community. VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale*, cit., p. 289 and following.

⁴⁵ In particular:

- a) The case cannot be submitted simultaneously to the mutual agreement procedure and to the internal competent judicial authorities. Where it is still possible to submit the case these latter authorities, the use of the mutual agreement procedure is admitted, provided that the taxpayer commits itself to not submit the same case to the competent internal judicial authorities;
- b) Where the case has been solved by virtue of the mutual agreement procedure, the taxpayer has the faculty to refuse said agreement and submit the case to the competent internal judicial authorities; if, on the contrary, the taxpayer intends to benefit from said agreement, he cannot submit the same case to the internal judicial authorities;
- c) Where the taxpayer ran out all the possibilities to submit the case to the competent internal judicial authorities, the only remedy against the hypothesis of double taxation is represented by the procedure of mutual agreement under paragraph 2, art. 25.

Instance of submission of a case to arbitral procedure

A request that unresolved issues arising from a mutual agreement case be submitted to arbitration pursuant to paragraph 5 of Article 25 of the Convention (the «request for arbitration») shall be made in writing and sent to one of the competent authorities. The request shall contain sufficient information to identify the case. The request shall also be accompanied by a written statement by each of the persons who either made the request or is directly affected by the case that no decision on the same issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of the States. Within 10 days from the receipt of the request, the competent authority who received it shall send a copy of the request and the accompanying statements to the other competent authority.

Time for submission of the case to arbitration

A request for arbitration may only be made after two years from the date on which a case presented to the competent authority of one Contracting State under paragraph 1 of Article 25 has also been presented to the competent authority of the other State. For this purpose, a case shall be considered to have been presented to the competent authority of the other State only if the following information has been presented: [the necessary information and documents will be specified in the agreement].

Terms of reference

Within three months after the request for arbitration has been received by both competent authorities, the competent authorities shall agree on the questions to be resolved by the arbitration panel and communicate them in writing to the person who made the request for arbitration. This will constitute the «Terms of Reference» for the case. The competent authorities may also, in the Terms of Reference, provide procedural rules that are additional to, or different from, those included in the Agreement.

Selection of arbitrators

Within three months after the Terms of Reference have been received by the person who made the request for arbitration or, within four months after the request for arbitration has been received by both competent authorities, each competent authority shall appoint one arbitrator. Within two months of the latter appointment, the arbitrators so appointed will appoint a third arbitrator who will function as Chair. If any appointment is not made within the required time period, the arbitrator(s) not yet appointed shall be appointed by the Director of the OECD Centre for Tax Policy and Administration within 10 days of receiving a request to that effect from the person who made the request for arbitration. The same procedure shall apply with the necessary adaptations if for any reason it is necessary to replace an arbitrator after the arbitral process has begun.

Eligibility and appointment of arbitrators

Any person, including a government official of a Contracting State, may be appointed as an arbitrator, unless that person has been involved in prior stages of the case that

results in the arbitration process. An arbitrator will be considered to have been appointed when a letter confirming that appointment has been signed both by the person or persons who have the power to appoint that arbitrator and by the arbitrator himself.

Communication of information and confidentiality

With reference to the communication and the confidentiality of the information related to the case that results in the arbitration process, each arbitrator shall be designated as authorised representative of the competent authority that has appointed that arbitrator or, if that arbitrator has not been appointed exclusively by one competent authority, of the competent authority of the Contracting State to which the case giving rise to the arbitration was initially presented. Where a case giving rise to arbitration was initially presented simultaneously to both competent authorities, the term «competent authority of the Contracting State to which the case giving rise to the arbitration was initially presented» means the competent authority referred to in paragraph 1 of Article 25.

Procedural and evidentiary rules

The arbitrators shall adopt those procedural and evidentiary rules that they deem necessary to answer the questions set out in the Terms of Reference. They will have access to all information necessary to decide the issues submitted to arbitration, including confidential information. Unless the competent authorities agree otherwise, any information that was not available to both competent authorities before the request for arbitration was received by both of them shall not be taken into account for purposes of the decision.

Participation of the person who requested the arbitration

The person who made the request for arbitration may, either directly or through his representatives, present his position to the arbitrators in writing to the same extent that he can do so during the mutual agreement procedure. In addition, with the permission of the arbitrators, the person may present his position orally during the arbitration proceedings.

Applicable Legal Principles

The arbitrators shall decide the issues submitted to arbitration in accordance with the applicable provisions of the treaty and, subject to these provisions, of those of the domestic laws of the Contracting States. Issues of treaty interpretation will be decided

⁴⁶ Art. 31 of the Vienna Convention on the right of Treaties dated the 23rd of May 1969, includes the general rule for the interpretation:

«1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.

2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall include, in addition to the text, its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was provided by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

by the arbitrators in the light of the principles of interpretation incorporated in Articles 31 to 34 of the Vienna Convention on the Law of Treaties⁴⁶, having regard to the OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations⁴⁷. The arbitrators will also consider any other sources which the competent authorities may expressly identify in the terms of reference.

Arbitration decision

Where more than one arbitrator has been appointed, the arbitration decision will be determined by a simple majority of the arbitrators. Unless otherwise provided in the Terms of Reference, the decision of the arbitral panel will be presented in writing and shall indicate the sources of law relied upon and the reasoning which led to its result. With the permission of the person who made the request for arbitration and both competent authorities, the decision of the arbitral panel will be made public in redacted form without mentioning the names of the parties involved or any details that might disclose their identity and with the understanding that the decision has no formal precedential value.

Time allowed for communicating the arbitration decision

The arbitration decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within six months from the date on which the Chair notifies in writing the competent authorities and the person who made the request for arbitration that he has received all the information necessary to begin consideration of the case. If at any time within two months from the date on which the last arbitrator was appointed, the Chair, with the consent of one of the competent authorities, notifies in writing the other competent authority and the person who made the request for arbitration that he has not received all the information necessary to begin consideration of the case, then:

a) if the Chair receives the necessary information within two months after the date on which that notice was sent, the arbitration decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within six months from the date on which the information was received by the Chair, and

b) if the Chair has not received the necessary information within two months after the date on which that notice was sent, the arbitration decision must, unless the competent authorities agree otherwise, be reached without taking into account that information even if the Chair receives it later and the decision must be communicated to the competent authorities and the person who made the request for arbitration within eight months from the date on which the notice was sent.

3. There shall be taken into account, together with the context:

(a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended».

⁴⁷ OECD Guidelines on Transfer Pricing for Multinational enterprises and tax Administrations of 2000 include the principles – elaborated within the OECD and universally accepted – applicable to the determination of transfer prices of goods and services between related companies.

Final decision

The arbitration decision shall be final, unless that decision is found to be unenforceable by the courts of one of the Contracting States because of a violation of paragraph 5 of Article 25 or of any procedural rule included in the Terms of Reference or in the agreement. If a decision is found to be unenforceable for one of these reasons, the request for arbitration shall be considered not to have been made and the arbitration process shall be considered not to have taken place. The competent authorities will implement the arbitration decision within six months from the communication of the decision to them by reaching a mutual agreement on the case that led to the arbitration.

Where no arbitration decision will be provided

Where, at any time after a request for arbitration has been made and before the arbitrators have delivered the decision to the competent authorities and to the person who made the request for arbitration, the competent authorities notify in writing the arbitrators and that person that they have solved all the unresolved issues described in the Terms of Reference, the case shall be considered as solved under the mutual agreement procedure and no arbitration decision shall be provided.



Bibliography

- OECD, *Modello di OECD Model Convention on Income and Capital* (Paris, 2005).
- OECD, *Draft Contents of the 2008 Update to the Model Tax Convention*, Paris, 21 april 2008.
- OECD, *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention*, Paris, 18 july 2008.
- OECD, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 17 july 2008.
- OSCE, *Tax Treaties Issues Related to REITs*, 28 january 2008.
- Valente P., *Fiscalità sovranazionale* (Milan, 2008).
- Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milan, 2008).



Modello di Convenzione ocse 2008 – Modifiche agli articoli e Commentario

Piergiorgio Valente

SOMMARIO: 1. Il Modello di Convenzione dell'OCSE: generalità; 2. Le modifiche al Modello di Convenzione dell' OCSE e relativo Commentario; 2.1 Articolo 4: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.2 Articolo 5: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.3 Articolo 7: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.4 Articolo 10: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.5 Articolo 12: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.6 Articolo 24: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; 2.7 Articolo 25: la versione del 2005 e le modifiche del 2008; Bibliografia

1. Il Modello di Convenzione dell' OCSE: generalità

Il Modello di Convenzione dell' OCSE (Modello OCSE) è stato per la prima volta emanato dal Comitato per gli Affari Fiscali dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico nel 1963. Scopo del Modello OCSE è di uniformare e definire il regime fiscale dei contribuenti che esercitano attività transfrontaliera, mediante l'applicazione di soluzioni comuni a situazioni identiche di doppia imposizione¹. A partire dal 1963, il Modello OCSE, nelle versioni che nel tempo si sono succedute², ha avuto una notevole influenza sulla negoziazione, applicazione e interpretazione delle convenzioni fiscali.

In primo luogo, gli Stati membri dell' OCSE si sono ampiamente adeguati al Modello OCSE nella conclusione o rinegoziazione delle convenzioni bilaterali. I progressi nell'eliminazione della doppia imposizione tra Stati membri sono stati testimoniati dal crescente numero di convenzioni concluse o rinegoziate a partire dal 1957 in conformità alle Raccomandazioni dell' OCSE. La sua importanza non è stata testimoniata solamente dal numero di convenzioni concluse tra gli Stati membri, ma anche dal fatto che tali convenzioni riproducevano la struttura e, nella maggior parte dei casi, le sue più importanti disposizioni.

In secondo luogo, l'influenza del Modello OCSE si è estesa ben oltre l'area OCSE. Esso è stato utilizzato quale documento di riferimento nelle negoziazioni tra gli Stati membri e gli Stati terzi ed anche tra gli Stati terzi medesimi, così come nei lavori di altre organizzazioni internazionali o locali che operano per l'eliminazione della doppia imposizione e dei problemi ad essa connessi.

¹ Per doppia imposizione giuridica internazionale si intende l'imposizione di imposte simili in due (o più) Stati, in capo al medesimo contribuente, sulla base di presupposti identici e con riferimento al medesimo periodo d'imposta.

² Le modifiche al Modello OCSE del 1963 hanno portato alla pubblicazione di una prima versione nel 1977, quindi nel 1992, 2001, 2005 e, da ultimo, nel luglio del 2008.

In terzo luogo, il riconoscimento a livello mondiale delle disposizioni del Modello OCSE e il loro recepimento nella maggior parte delle convenzioni bilaterali hanno fatto sì che i Commentari alle sue disposizioni siano divenuti una guida, comunemente accettata, per l'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni delle vigenti convenzioni bilaterali³.

In data 18 luglio 2008, è stato pubblicato il documento *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention (2008 Model)*, il quale contiene le modifiche alla versione del 2005 del Modello OCSE.

Le più significative riguardano, in particolare:

1. l'articolo 25 del Modello OCSE, con la previsione di un nuovo paragrafo 5;
2. il paragrafo 24 del Commentario all'articolo 4, relativamente ai fattori di riferimento per la determinazione della «sede di direzione effettiva» delle persone giuridiche;
3. il Commentario all'articolo 5, con l'introduzione di nuovi paragrafi sulla tassazione dei servizi;
4. il Commentario all'articolo 7, relativamente alle disposizioni di cui ai paragrafi 2 e 3;
5. il Commentario all'articolo 10, relativamente alle distribuzioni effettuate dai *Real Estate Investment Trusts*;
6. il Commentario all'articolo 12, in merito alla definizione di royalties;
7. il Commentario all'articolo 24, relativamente all'ambito di estensione del principio di non discriminazione;
8. il Commentario all'articolo 25, relativamente all'applicazione e alle regole di funzionamento della procedura arbitrale.

2. Le modifiche al Modello di Convenzione dell'OCSE e relativo Commentario

2.1 Articolo 4: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 4 del Modello OCSE, nei casi di *dual residence* di una persona giuridica, questa è «considerata residente soltanto dello Stato in cui si trova la sede della sua direzione effettiva». Secondo quanto previsto dal paragrafo 24 del Commentario all'articolo 4, la «sede di direzione effettiva» è stata adottata quale criterio preferenziale per la determinazione della residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone

³ Con l'obiettivo di eliminare la doppia imposizione, il Modello OCSE prevede due categorie di disposizioni. Una prima categoria (articoli da 6 a 21) determina, con riferimento alle diverse categorie di reddito, la potestà impositiva dello Stato della fonte (o dello Stato ove i beni sono situati) e dello Stato di residenza. L'articolo 22 assolve il medesimo scopo per quanto riguarda il patrimonio. Per alcune tipologie di reddito e patrimonio, la potestà impositiva viene attribuita esclusivamente ad uno degli Stati contraenti. L'altro Stato contraente non può, quindi, assoggettare a tassazione i medesimi elementi di reddito o patrimonio. Di regola, tale potestà impositiva esclusiva viene attribuita allo Stato di residenza. Con riferimento a dividendi ed interessi, nonostante entrambi lo Stato della fonte e lo Stato di residenza del beneficiario abbiano il diritto di esercitare il potere impositivo, l'ammontare dell'imposta che può essere prelevata dallo Stato della fonte è limitato. Inoltre, nella misura in cui queste disposizioni attribuiscono allo Stato della fonte o allo Stato ove i beni sono situati un diritto illimitato o limitato di tassazione, lo Stato di residenza deve concedere un credito di imposta al fine di evitare la doppia imposizione (articoli 23A e 23B).

fisiche⁴. La «sede di direzione effettiva» è, nella versione del 2005, il luogo dove sono sostanzialmente adottate le decisioni principali sul piano della gestione, nonché quelle necessarie per l'esercizio dell'attività dell'ente. Essa è, di regola, il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un Consiglio di amministrazione) adottano ufficialmente le decisioni, il luogo in cui sono prese le deliberazioni dell'ente nel suo complesso⁵. Dal momento che non risulta possibile stabilire una regola precisa in merito, ai fini della determinazione della sede di direzione effettiva – precisa la versione del 2005 del Modello OCSE - devono considerarsi tutti i fatti e le circostanze del caso concreto⁶.

Le modifiche al Commentario all'articolo 4, contenute nel *2008 Model*, prevedono l'eliminazione, dal suindicato paragrafo 24, del seguente periodo: « [...] La sede di direzione effettiva sarà ordinariamente il luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione) prende ufficialmente le sue decisioni, il luogo in cui sono adottate le deliberazioni che devono essere assunte dall'ente nel suo insieme [...]». Al contempo, è prevista l'introduzione di un nuovo paragrafo 24.1, il cui obiettivo è di precisare i fattori di riferimento per la determinazione della «sede di direzione effettiva» delle persone giuridiche.

Come precisato al nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4, alcuni Stati considerano relativamente rari i casi di doppia residenza delle persone giuridiche; pertanto, essi dovrebbero essere esaminati e risolti singolarmente. Inoltre, alcuni Stati ritengono che tale approccio *case-by-case* sia il metodo più opportuno per far fronte alle difficoltà che potrebbero insorgere dall'uso delle nuove tecnologie.

⁴ Precisa il Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 4 (paragrafo 8) che la definizione di «residente di uno Stato Contraente» fa riferimento alla nozione di residenza adottata nella legislazione interna. I criteri per la sottoposizione a tassazione dei residenti sono il domicilio, la residenza, la sede di direzione o qualsiasi altro criterio di natura analoga. Per le persone fisiche, la definizione tende a ricomprendere le varie forme di legame personale con uno Stato che, in forza delle legislazioni fiscali nazionali, determinano una sottoposizione a tassazione completa. L'articolo 4 riguarda, inoltre, i casi in cui una persona è considerata, in virtù della legislazione fiscale di uno Stato, residente di quello Stato e per tale ragione è ivi assoggettata a tassazione integrale (in via esemplificativa, i diplomatici e le altre persone che esercitano funzioni pubbliche). Tuttavia, in conformità alle disposizioni del secondo periodo del paragrafo 1, una persona non viene considerata «residente di uno Stato Contraente» ai fini convenzionali nel caso in cui, nonostante non sia domiciliata in tale Stato, essa sia considerata residente in conformità alla legislazione interna, ma sia ivi assoggettata a tassazione limitatamente ai redditi da fonti di detto Stato o al patrimonio situato in detto Stato.

Tenuto conto delle finalità per cui è stata formulata, la disposizione escluderebbe dalla definizione di «residente di uno Stato Contraente» le imprese controllate da soggetti stranieri esenti da imposta sul reddito estero in forza di regimi fiscali privilegiati concepiti per attrarre società *conduit*. Sull'articolo 4 e sul relativo Commentario, cfr. VALENTE P. *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008), p. 179 ss.

⁵ Come precisato al paragrafo 25 delle *Osservazioni al Commentario*, l'Italia non condivide l'interpretazione esposta nel paragrafo 24 che individua nella «persona o (...) gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo esemplificativo, un consiglio di amministrazione)» il criterio esclusivo per l'identificazione della sede di direzione effettiva di un ente. Per l'Italia, nel determinare la sede di direzione effettiva deve essere preso in considerazione il luogo ove l'attività principale e sostanziale dell'ente è esercitata.

Secondo quanto previsto dal Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 4 (paragrafi 21 ss.), quest'ultimo fa riferimento alle società e alle altre associazioni, indipendentemente dalla circostanza che esse siano o meno persone giuridiche. Nella pratica, è inconsueto che una società sia assoggettata a tassazione in più di uno Stato in ragione della sua residenza, anche se, in via esemplificativa, ciò è possibile qualora uno Stato utilizzi il criterio del luogo di costituzione della società mentre l'altro Stato utilizzi il criterio della sede di direzione effettiva. Ne consegue che risulta fondamentale prevedere disposizioni specifiche al fine di individuare a quale criterio accordare la preferenza. Non è stato ritenuto opportuno attribuire importanza ad un criterio formale, quale quello del luogo di costituzione, bensì ad un criterio sostanziale quale il luogo dove la società è effettivamente gestita. La formulazione del criterio preferenziale nel caso di soggetti diversi dalle persone fisiche è stata considerata, in particolare, con riferimento all'imposizione dei redditi derivanti dalla navigazione marittima, interna ed aerea. Alcune convenzioni contro le doppie imposizioni attribuiscono la potestà impositiva sui redditi derivanti da tali attività allo Stato ove la «sede di direzione» dell'impresa è situata; altre convenzioni attribuiscono importanza alla «sede di direzione effettiva», altre ancora al «domicilio fiscale» del soggetto che esercita tali attività.

⁶ In ogni caso, un ente può avere più di una sede di direzione, ma può avere solo una sede di direzione effettiva per volta.

Ai fini della determinazione della residenza – sottolinea il nuovo paragrafo 24.1 – le autorità competenti dovranno tener conto dei seguenti fattori:

- il luogo ove si svolgono le riunioni del Consiglio di amministrazione;
- il luogo in cui il CEO e gli altri senior executives usualmente svolgono le loro funzioni;
- il luogo del day-to-day management della persona giuridica;
- il luogo in cui si trova l'headquarter della persona giuridica;
- la legislazione applicabile alla persona giuridica;
- il luogo in cui è tenuta la contabilità.

I suindicati fattori non hanno carattere esaustivo. Inoltre, la richiesta di risoluzione dei casi di doppia residenza deve avvenire entro tre anni dalla notifica dell'atto da cui scaturisce una doppia imposizione per la persona giuridica⁷.

In definitiva, il nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4, lungi dal definire la «sede di direzione effettiva» quale luogo in cui il Consiglio di amministrazione adotta le decisioni rilevanti, individua una serie esemplificativa e non esaustiva di criteri di collegamento per la sua determinazione, senza escludere il ricorso alla procedura di composizione amichevole di cui all'articolo 25 del Modello OCSE⁸. Trattasi, in sostanza,

⁷ Il nuovo paragrafo 24.1 del Commentario all'articolo 4 prevede:

«24.1 Some countries, however, consider that cases of dual residence of persons who are not individuals are relatively rare and should be dealt with on a case-by-case basis. Some countries also consider that such a case-by-case approach is the best way to deal with the difficulties in determining the place of effective management of a legal person that may arise from the use of new communication technologies. These countries are free to leave the question of the residence of these persons to be settled by the competent authorities, which can be done by replacing the paragraph by the following provision:

3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, the competent authorities of the Contracting States shall endeavor to determine by mutual agreement the Contracting State of which such person shall be deemed to be a resident for the purposes of the Convention, having regard to its place of effective management, the place where it is incorporated or otherwise constituted and any other relevant factors. In the absence of such agreement, such person shall not be entitled to any relief or exemption from tax provided by this Convention except to the extent and in such manner as may be agreed upon by the competent authorities of the Contracting States.

Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person's headquarters are located, which country's laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant. Also, since the application of the provision would normally be requested by the person concerned through the mechanism provided for under paragraph 1 of Article 25, the request should be made within three years from the first notification to that person that its taxation is not in accordance with the Convention since it is considered to be a resident of both Contracting States. Since the facts on which a decision will be based may change over time, the competent authorities that reach a decision under that provision should clarify which period of time is covered by that decision».

⁸ L'articolo 25 istituisce una procedura amichevole per la risoluzione delle controversie che insorgono dall'applicazione della Convenzione. Ai paragrafi 1 e 2, in particolare, si prevede che le autorità competenti debbano impegnarsi per regolare, in via di amichevole composizione, la posizione dei contribuenti soggetti ad imposizione non conforme alle disposizioni della Convenzione. Il paragrafo 3 invita e autorizza le autorità competenti degli Stati contraenti a risolvere, attraverso la procedura di composizione amichevole, le problematiche relative all'interpretazione o applicazione delle disposizioni convenzionali e, ancora, a consultarsi per eliminare la doppia imposizione nei casi non disciplinati dalle stesse. Infine, con riguardo alle modalità pratiche di attuazione della procedura amichevole, il paragrafo 4 dell'articolo 25 autorizza le autorità competenti a comunicare direttamente tra loro, non per via diplomatica e, quando opportuno, ad intraprendere uno scambio orale di opinioni attraverso una commissione congiunta appositamente nominata.

del medesimo approccio già seguito dal paragrafo 2 dell'articolo 4 del Modello OCSE, il quale fissa le cd. *tie-breaker rules* per la risoluzione dei casi di *dual residence* delle persone fisiche⁹.

2.2 Articolo 5: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il concetto di stabile organizzazione viene principalmente utilizzato per determinare il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa avente sede nell'altro Stato contraente¹⁰. Il paragrafo 1 dell'articolo 5 contiene una definizione generale dell'espressione «stabile organizzazione» la quale ne delinea le caratteristiche essenziali ai fini dell'applicazione delle disposizioni convenzionali, vale a dire, un «luogo» determinato, una «sede fissa d'affari». Il paragrafo 1 definisce l'espressione «stabile organizzazione» come «una sede fissa d'affari, per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività». La definizione include, pertanto, i seguenti requisiti:

⁹ Il paragrafo 2 dell'articolo 4 disciplina il caso in cui, ai sensi delle disposizioni del paragrafo 1, una persona fisica è residente di entrambi gli Stati contraenti. Al fine di risolvere tale conflitto, è opportuno individuare disposizioni speciali che attribuiscono prevalenza ai criteri di collegamento del contribuente ad uno Stato piuttosto che all'altro. Precisa il Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 4 (paragrafi 10 ss.), che il criterio di riferimento deve essere di natura tale da essere soddisfatto in un solo Stato e allo stesso tempo deve riflettere un legame per cui il diritto di assoggettare a tassazione sia naturalmente attribuito a quello specifico Stato. Le situazioni alle quali si applicano le disposizioni speciali sono quelle che prevalgono nel corso del periodo durante il quale la residenza del contribuente rileva al fine del suo assoggettamento a tassazione; tale periodo potrebbe avere durata inferiore ad un intero periodo d'imposta.

Il paragrafo 2, lett. a) dell'articolo 4 accorda la preferenza allo Stato contraente in cui la persona fisica dispone di un'abitazione permanente. Tale criterio è nella maggior parte dei casi sufficiente per risolvere il conflitto risultante dal fatto che una persona dispone di un'abitazione permanente in uno Stato contraente, pur avendo soggiornato per un certo periodo di tempo nell'altro Stato contraente. Ne consegue che, secondo quanto contenuto nella lett. a), si considera che la residenza della persona fisica si trovi nel luogo ove la stessa possiede o utilizza un'abitazione; tale abitazione deve qualificarsi come permanente; il requisito della permanenza sussiste se la persona fisica ne ha disposto l'utilizzo in modo durevole, in contrasto con un soggiorno in uno specifico luogo in condizioni tali che appaia evidente che il soggiorno sia di breve durata. Qualsiasi forma di abitazione può essere presa in considerazione (casa o appartamento di proprietà o locato dalla persona fisica, stanza arredata presa in locazione). La permanenza nella abitazione risulta essenziale; ciò implica che la persona fisica abbia fatto quanto necessario per avere la dimora a sua disposizione sempre e continuamente, e non in modo occasionale, al fine, cioè, di un soggiorno che, per ovvie ragioni, è necessariamente di breve durata (viaggio di piacere, viaggio d'affari, viaggio di studi, frequenza ad un corso scolastico, ecc.). Qualora una persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti, il paragrafo 2, lett. a) accorda la preferenza allo Stato ove la persona ha stabilito le proprie relazioni personali ed economiche più strette. Tale è lo Stato nel quale si trova il centro degli interessi vitali. Nei casi in cui la residenza non può essere determinata facendo riferimento a tale criterio, il paragrafo 2 stabilisce criteri secondari; innanzitutto, il luogo di soggiorno abituale e, in secondo luogo, la nazionalità (lett. b) e c). Se la persona fisica possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti ovvero non ha la nazionalità di alcuno di essi, la questione deve essere risolta mediante ricorso alla procedura di cui all'articolo 25 (lett. d). Nel caso in cui la persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti, risulta fondamentale accertare in quale dei due Stati detta persona ha stabilito le sue relazioni personali ed economiche più strette. Saranno, quindi, presi in considerazione le relazioni familiari e sociali della persona fisica, la sua occupazione, le sue attività politiche, culturali o di altro tipo, il luogo d'affari, il luogo da dove amministra i propri beni, ecc. Le circostanze devono essere valutate nel complesso; ciononostante, è ovvio che il comportamento personale dell'interessato deve essere considerato in modo particolare.

La lett. b) del paragrafo 2 stabilisce un criterio per le due seguenti situazioni:

- il caso in cui la persona fisica disponga di un'abitazione permanente in entrambi gli Stati contraenti e non sia possibile determinare in quale dei due abbia il centro degli interessi vitali;
- il caso in cui la persona fisica non disponga di un'abitazione permanente in alcuno Stato contraente.

Qualora, nelle due situazioni considerate nella lett. b), la persona fisica abbia il proprio soggiorno abituale in entrambi gli Stati contraenti o non abbia il proprio soggiorno abituale in alcuno di detti Stati, la preferenza viene accordata allo Stato del quale essa possiede la nazionalità (paragrafo 2, lett. c). Se la persona fisica possiede la nazionalità di entrambi gli Stati contraenti o non possiede la nazionalità di alcuno di essi, la lett. d) del paragrafo 2 attribuisce alle autorità competenti il compito di determinarne la residenza mediante ricorso alla procedura amichevole di cui all'articolo 25.

¹⁰ Ai sensi dell'articolo 7, uno Stato contraente non può assoggettare a tassazione gli utili di un'impresa dell'altro Stato contraente a meno che l'impresa eserciti la sua attività industriale o commerciale per il tramite di una stabile organizzazione ivi situata.

- l'esistenza di una «sede di affari», vale a dire di un'installazione, di locali o, in alcuni casi, di macchinari o attrezzature;
- la sede di affari deve essere «fissa»; essa deve essere stabilita in un luogo determinato con un certo grado di permanenza;
- lo svolgimento dell'attività industriale o commerciale dell'impresa per mezzo della sede fissa d'affari. Ciò implica, generalmente, che le persone le quali, in qualsiasi modo, dipendono dall'impresa (il personale) esercitano l'attività industriale o commerciale nello Stato in cui è situata la sede fissa.

Precisa il paragrafo 4 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 5 che l'espressione «sede di affari» include locali, infrastrutture o installazioni utilizzati (anche in via non esclusiva) per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa. Una sede di affari può esistere anche se i locali non sono disponibili o non possano ritenersi indispensabili per l'esercizio dell'attività industriale o commerciale dell'impresa¹¹.

All'espressione «per mezzo della quale» deve attribuirsi un significato molto ampio al fine di consentirne l'applicazione a ogni situazione in cui le attività d'impresa sono esercitate in un determinato luogo, a tal fine a disposizione dell'impresa¹². Coerentemente con la definizione, la sede di affari deve essere «fissa». Pertanto, deve sussistere un collegamento tra la sede dell'attività e uno specifico punto geografico¹³.

Il paragrafo 2 dell'articolo 5 contiene una lista non esaustiva di casi in cui può considerarsi sussistere, *prima facie*, una stabile organizzazione¹⁴.

Il paragrafo 3 dell'articolo 5 prevede espressamente che un cantiere di costruzione o di montaggio costituisce stabile organizzazione soltanto se la sua durata è superiore a dodici mesi. Il cantiere che non soddisfa tale condizione non costituisce di per sé stabile organizzazione anche se ivi si trova una infrastruttura, ad esempio, un ufficio o un laboratorio collegato all'attività di costruzione.

¹¹ È irrilevante che i locali, le infrastrutture o le installazioni siano di proprietà, in locazione o altrimenti a disposizione dell'impresa. Una sede di affari può, pertanto, essere costituita da una bancarella in un mercato o da un'area utilizzata in modo permanente in un deposito doganale (ad esempio per il deposito di beni soggetti a dazi doganali). La sede di affari può essere situata anche nei locali di un'altra impresa. Tale è il caso, ad esempio, in cui l'impresa straniera abbia permanentemente a propria disposizione alcuni locali o parte di alcuni locali di un'altra impresa. Sull'articolo 5 e sul relativo Commentario, cfr. VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 229 ss..

¹² In via esemplificativa, un'impresa che svolge attività di pavimentazione di una strada sarà considerata come esercente la sua attività «per mezzo» del luogo in cui l'attività è svolta (cfr. paragrafo 4.6 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 5).

¹³ Non è rilevante per quanto tempo un'impresa di uno Stato contraente operi nell'altro Stato contraente; ciò, inoltre, non implica che le attrezzature che costituiscono la sede di affari debbano essere materialmente affisse al suolo. È sufficiente che le attrezzature siano mantenute su un sito determinato.

¹⁴ Precisa il paragrafo 2:

«L'espressione «stabile organizzazione» comprende in particolare:

- a) una sede di direzione;
- b) una succursale;
- c) un ufficio;
- d) un'officina;
- e) un laboratorio;
- f) una miniera o giacimento petrolifero o di gas, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali».

Poiché tali casi devono essere considerati in funzione della definizione generale di cui al paragrafo 1, si suppone che gli Stati contraenti interpretino le espressioni «sede di direzione», «succursale», «ufficio», ecc. di guisa che esse costituiscano stabili organizzazioni solo se soddisfano i requisiti stabiliti al paragrafo 1. L'espressione «sede di direzione» è stata menzionata distintamente in quanto essa non costituisce necessariamente un «ufficio». Tuttavia, qualora le leggi dei due Stati contraenti non distinguano la nozione di «sede di direzione» da quella di «ufficio», l'espressione «sede di direzione» può essere omessa in via bilaterale. La lett. f) stabilisce che le miniere, i pozzi di petrolio o di gas, le cave od ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali sono stabili organizzazioni. L'espressione «ogni altro luogo di estrazione di risorse naturali» deve essere interpretata nella sua più ampia accezione. Essa comprende, in via esemplificativa, tutti i luoghi di estrazione di idrocarburi in terra o in mare.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 17 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 5, l'espressione «cantiere di costruzione o di montaggio» include non solo la costruzione di immobili bensì anche la costruzione di strade, ponti o canali, la ristrutturazione (comportante interventi strutturali di rilievo) di immobili, strade, ponti o canali, la posatura di oleodotti ed anche l'escavazione ed il dragaggio¹⁵.

Il paragrafo 4 dell'articolo 5 elenca le attività industriali o commerciali che costituiscono eccezioni alla definizione generale enunciata al paragrafo 1; esse, pertanto, non costituiscono stabili organizzazioni nonostante siano esercitate per il tramite di una sede fissa d'affari¹⁶. Caratteristica comune di tali attività è il carattere preparatorio o ausiliario; ciò è espressamente indicato nel caso di cui all'eccezione menzionata alla lettera e) del paragrafo 4, la quale restringe l'ambito di applicazione della definizione enunciata al paragrafo 1. Inoltre, la lettera f) prevede che le combinazioni delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e), esercitate nella stessa sede di affari, non sono considerate stabile organizzazione se l'attività complessiva della sede di affari risultante da tali combinazioni ha carattere preparatorio o ausiliario.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 31 del Commentario al paragrafo 5 dell'articolo 5, è principio comunemente accettato quello per cui un'impresa debba essere considerata avere una stabile organizzazione in uno Stato se esiste una persona che, a determinate condizioni, agisce per suo conto, anche se l'impresa non dispone di una sede fissa d'affari in tale Stato (ai sensi dei paragrafi 1 e 2). Il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto.

Le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i cosiddetti agenti dipendenti (diversi dagli agenti indipendenti di cui al paragrafo 6). Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale essi dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga di poteri sufficienti per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato. L'uso dell'espressione «stabile organizzazione» in tale contesto presuppone, ovviamente, che la persona faccia uso di tali poteri abitualmente e non occasionalmente¹⁷.

¹⁵ L'espressione «cantiere di montaggio» non è, inoltre, circoscritta al cantiere relativo a un progetto di costruzione; essa ricomprende anche il montaggio di nuove attrezzature, quali una macchina complessa all'interno di un edificio esistente o all'aperto.

¹⁶ Il paragrafo 4 prevede:

«Nonostante le precedenti disposizioni di questo articolo, non si considera che vi sia una stabile organizzazione se:

a) si fa uso di un'installazione ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna di beni o merci appartenenti all'impresa;

b) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini di deposito, di esposizione o di consegna;

c) i beni o le merci appartenenti all'impresa sono immagazzinate ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa;

d) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di acquisire beni o merci o raccogliere informazioni per l'impresa;

e) una sede fissa di affari è utilizzata ai soli fini di svolgere, per l'impresa, qualsiasi altra attività che abbia carattere preparatorio o ausiliario;

f) una sede fissa di affari è utilizzata unicamente per qualsiasi combinazione delle attività citate nei paragrafi da a) ad e), purché l'attività della sede fissa nel suo insieme quale risulta da tale combinazione, sia di carattere preparatorio o ausiliario».

¹⁷ L'espressione «potere di concludere contratti in nome dell'impresa» non limita l'ambito di applicazione del paragrafo a un agente che conclude contratti in nome dell'impresa; il paragrafo si applica parimenti a un agente che conclude contratti vincolanti per l'impresa anche se non effettivamente conclusi in nome di quest'ultima. L'assenza di un attivo coinvolgimento di un'impresa nelle operazioni può essere indicativo dell'attribuzione di poteri ad un agente. A titolo esemplificativo, si può considerare che un agente disponga di effettivi poteri di concludere contratti se promuove e riceve (senza formale finalizzazione) ordini inviati direttamente a un deposito dal quale i beni sono consegnati e dove la società estera regolarmente accetta le transazioni (cfr. paragrafo 32.1 del Commentario al paragrafo 5 dell'articolo 5).

Ai sensi del paragrafo 6, infine, un'impresa di uno Stato contraente - che svolge attività industriale o commerciale per il tramite di un mediatore, commissionario generale e di ogni altro intermediario che goda di uno *status* indipendente - non può essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato contraente a motivo di tali attività se l'agente agisce nell'ambito della sua ordinaria attività. Come precisato dal paragrafo 37 del Commentario al paragrafo 6 dell'articolo 5, una persona rientra nell'ambito di applicazione del paragrafo in esame (pertanto, non sarà considerata stabile organizzazione dell'impresa per la quale agisce), solo se:

- a) è indipendente dalla impresa, sia giuridicamente sia economicamente; e
- b) agisce nell'ambito della sua ordinaria attività industriale o commerciale quando agisce per conto dell'impresa.

Infine, la versione del 2005 del Commentario all'articolo 5 descrive, ai paragrafi 42.1 - 42.10, le problematiche connesse alla stabile organizzazione e al commercio elettronico¹⁸.

Il 2008 *Model* aggiunge al Commentario all'articolo 5 (di seguito ai suindicati paragrafi 42.1 - 42.10) i nuovi paragrafi 42.11 - 42.48, relativi alla tassazione dei servizi.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 42.11, dal combinato disposto dell'articolo 5 e dell'articolo 7 risulta che i profitti derivanti dai servizi prestati sul territorio di uno Stato contraente da imprese dell'altro Stato contraente, non sono soggetti a tassazione nel primo Stato se non sono imputabili a una stabile organizzazione ivi situata. In linea con l'articolo 7, si stabilisce che fino a che un'impresa di uno Stato non costituisca una stabile organizzazione in un altro Stato, non si dovrebbe considerare come partecipante alla vita economica di quest'ultimo; pertanto, essa dovrebbe essere esclusa dalla giurisdizione fiscale del primo Stato.

Il numero delle fattispecie relative alla tassazione alla fonte dei redditi derivanti da servizi effettuati nel territorio di uno Stato contraente - da parte di un'impresa di un altro Stato contraente - aumenterebbe i costi di conformità e gli oneri amministrativi delle imprese e delle amministrazioni fiscali. Tale problema potrebbe riguardare specialmente i servizi forniti ai consumatori che non agiscono nell'ambito della loro

¹⁸ In tema di commercio elettronico, le disposizioni dell'articolo 5 pongono alcuni profili di criticità (cfr. paragrafi 42.1 ss. del Commentario all'articolo 5). Mentre un luogo in cui un'impresa utilizza un'attrezzatura automatica può costituire stabile organizzazione nello Stato in cui è situata, è opportuno effettuare una distinzione tra l'attrezzatura informatica installata in un dato luogo, la quale può costituire in certe circostanze stabile organizzazione, e i dati ed il *software* usati dall'attrezzatura o immagazzinati nella stessa. Un sito *web*, il quale è una combinazione di *software* e di dati elettronici, non costituisce di per sé bene materiale. Non vi è pertanto un luogo che possa costituire «sede di affari» per effetto dell'assenza di un'installazione, dei locali o, in alcuni casi, dei macchinari o delle attrezzature». Per contro, il *server* sul quale il sito *web* è ospitato e per mezzo del quale è accessibile può ritenersi parte di un'attrezzatura fisica la quale può costituire «sede fissa di affari» dell'impresa che opera il *server*. La distinzione tra un sito *web* e il *server* sul quale tale sito è ospitato e utilizzato assume rilievo in quanto l'impresa che opera il *server* può essere diversa da quella che esercita la sua attività per mezzo del sito *web*. Ad esempio, è frequente che il sito *web* per mezzo del quale un'impresa esercita la sua attività sia ospitato sul *server* di un Fornitore di Servizi Internet (FSI). Sebbene la remunerazione da corrispondersi al FSI possa essere determinata in funzione della quantità di spazio del disco utilizzato per ospitare il *software* del sito *web* e i relativi dati, il relativo accordo non ha generalmente l'obiettivo di mettere il *server* a disposizione dell'impresa. In tal caso, non si può considerare che l'impresa abbia una sede di affari in ragione di tale accordo di *hosting*. Tuttavia, se l'impresa che esercita un'attività per mezzo di un sito *web* dispone di un proprio *server*, il luogo in cui tale *server* è situato può costituire stabile organizzazione dell'impresa se le altre condizioni dell'articolo 5 sono soddisfatte.

Un'attrezzatura informatica situata in un determinato luogo può costituire stabile organizzazione solo se soddisfa la condizione di «fissità». Nel caso di un *server*, rileva il fatto che quest'ultimo venga effettivamente spostato. Per costituire sede fissa di affari, un *server* dovrà essere situato in un determinato luogo per il periodo di tempo necessario ad acquisire

attività professionale, in quanto non si pone, per questi ultimi, un problema di dichiarazione all'amministrazione fiscale dello Stato della fonte, al fine di ottenere la deducibilità dei costi connessi all'attività d'impresa. Dal momento che le norme previste a tale scopo sono basate sulla quantità di tempo trascorso in un dato Stato, sia le amministrazioni fiscali che le imprese dovrebbero tenere in considerazione il tempo trascorso dal personale addetto alla prestazione del servizio, con conseguente rischio di stabile organizzazione nei casi in cui risulta difficile determinare per quanto tempo il suddetto personale rimarrà in un determinato Stato. Tale situazione solleva problemi di *compliance* in quanto l'impresa è tenuta ad adeguarsi con efficacia retroattiva agli adempimenti amministrativi relativi alla sussistenza di una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.12).

Ai sensi del nuovo paragrafo 42.13 del Commentario all'articolo 5, la tassazione alla fonte dei redditi per servizi effettuati sul territorio di uno Stato contraente da un'impresa di un altro Stato contraente che non possiede una stabile organizzazione nel primo Stato menzionato, potrebbe presentare delle difficoltà con riferimento alla determinazione dei redditi da assoggettare a tassazione e alla relativa riscossione. Non sempre, infatti, l'impresa possiede i libri contabili e gli *assets* tipicamente connessi alla stabile organizzazione e potrebbe non sussistere un agente dipendente in grado di adempiere a quanto necessario in materia di informativa e riscossione.

Rileva l'OCSE (nuovo paragrafo 42.14) che alcuni Stati, comunque, si mostrano riluttanti nell'adottare il principio di tassazione esclusiva nello Stato di residenza di quei servizi che, pur non imputabili ad una stabile organizzazione situata sul territorio, sono tuttavia ivi prestati. Tali Stati, pertanto, propongono di modificare l'articolo 5 al fine di preservare il diritto di tassazione alla fonte, in determinate circostanze, sui redditi derivanti dalla prestazione di detti servizi. Ciò, sulla base delle seguenti considerazioni.

I redditi derivanti dai servizi resi in un dato Stato dovrebbero essere tassati in tale Stato in base a principi universalmente accettati che stabiliscano quando tali redditi sono da considerarsi originati nell'ambito di una data giurisdizione. Dal punto di vista dell'origine dell'attività di impresa, lo Stato ove i servizi vengono prestati dovrebbe avere il diritto di assoggettare a tassazione i relativi redditi, anche quando i servizi non sono imputabili a una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.15).

il requisito della fissità ai sensi del paragrafo 1 (cfr. paragrafo 42.4 del Commentario all'articolo 5). Altra questione è quella di stabilire se l'attività di un'impresa possa essere considerata totalmente o parzialmente esercitata nel luogo in cui l'impresa dispone di un *server*. La valutazione se un'impresa eserciti in tutto o in parte la sua attività per il tramite del *server* deve essere effettuata caso per caso. Allorché un'impresa disponga di un'attrezzatura informatica in un determinato luogo, una stabile organizzazione può sussistere anche qualora non sia necessario dislocare il personale di tale impresa nel luogo ove si trova l'attrezzatura per la gestione di quest'ultima. La presenza di personale non è elemento necessario per concludere che un'impresa eserciti totalmente o parzialmente la sua attività in un dato luogo se tale personale non risulta indispensabile ai fini dell'esercizio dell'attività d'impresa in quel luogo.

Il paragrafo 42.10 del Commentario all'articolo 5 rileva, infine, che è opportuno valutare se si possa applicare il paragrafo 5 per qualificare un FSI quale stabile organizzazione. È usuale che un FSI ospiti sui propri *server* siti *web* di altre imprese. Vi è pertanto da chiedersi se il paragrafo 5 possa essere applicato per qualificare tali FSI quali stabili organizzazioni delle imprese che svolgono attività di commercio elettronico per il tramite dei siti *web* operanti su *server* posseduti e gestiti dai FSI. Precisa il Commentario che il paragrafo 5 non è in genere applicabile in quanto i FSI non possono essere qualificati quali agenti delle imprese a cui appartengono i siti *web*. Essi, infatti, non dispongono del potere di concludere contratti in nome e per conto di tali imprese, né tale potere potrebbe essere esercitato regolarmente, dal momento che essi sono qualificabili quali agenti indipendenti che agiscono nell'ambito della loro ordinaria attività (come dimostrato dalla circostanza che ospitano i siti *web* di diverse imprese). È altresì evidente che, dal momento che il sito *web* per il tramite del quale un'impresa svolge la propria attività non è, esso stesso, una «persona» ai sensi dell'articolo 3, il paragrafo 5 non può essere utilizzato per affermare l'esistenza di una stabile organizzazione nel caso di un sito *web* che opera quale agente dell'impresa.

Anche se la tassazione dei redditi delle imprese controllate da non residenti, i quali non sono imputabili a una stabile organizzazione, può sollevare alcune criticità sul piano amministrativo, queste non giustificano l'esenzione da tassazione dei redditi realizzati da tali imprese mediante la prestazione di servizi sul territorio di un dato Stato (nuovo paragrafo 42.17).

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 42.18, gli Stati membri concordano sul fatto che uno Stato non dovrebbe vantare diritti di tassazione alla fonte sui redditi derivanti dalla prestazione di servizi resi da un non residente al di fuori dello Stato stesso. Si rileva, infatti, che ai sensi delle disposizioni convenzionali, i redditi derivanti dalla cessione di beni importati da un residente di uno Stato, i quali non sono prodotti né distribuiti attraverso una stabile organizzazione in tale Stato, non sono ivi assoggettati a tassazione.

Il Comitato per gli Affari Fiscali ritiene di dover circoscrivere le circostanze in cui gli Stati - i quali non concordano con quanto previsto dal paragrafo 42.11 - assoggettano a tassazione i redditi derivanti dai servizi prestati sul proprio territorio da un'impresa di un altro Stato contraente, anche se non imputabili ad una stabile organizzazione (nuovo paragrafo 42.21).

Tale potere impositivo, si precisa (nuovo paragrafo 42.22), non dovrebbe estendersi ai servizi prestati al di fuori del territorio dello Stato e dovrebbe esercitarsi soltanto sui redditi derivanti dai servizi stessi piuttosto che sui relativi corrispettivi di prestazione. Inoltre, dovrebbe essere garantito un livello minimo di presenza nello Stato che esercita il potere impositivo.

Per il nuovo paragrafo 42.25 del Commentario, la disposizione ha l'effetto di considerare esistente una stabile organizzazione laddove non dovrebbe altrimenti esistere ai sensi della definizione fornita nel paragrafo 1 e degli esempi di cui al paragrafo 2. Essa, pertanto, si applica nonostante le previsioni di questi paragrafi. Come nel caso del paragrafo 5 dell'articolo 5, la disposizione introduce una circostanza ulteriore nell'ambito della quale si può ritenere che un'impresa abbia una stabile organizzazione in uno Stato. Essa potrebbe ad esempio trovare applicazione laddove un consulente fornisce servizi per un lungo periodo in un dato Stato ma in luoghi diversi i quali non presentano i requisiti di cui al paragrafo 1 per la costituzione di una o più stabili organizzazioni. Se è possibile dimostrare che l'impresa ha una stabile organizzazione ai sensi di quanto previsto dai paragrafi 1 e 2, non è necessario applicare la disposizione in commento al fine di individuare una stabile organizzazione.

Un'impresa può considerarsi avere una stabile organizzazione in uno Stato se ivi svolge attività di prestazione di servizi per il periodo di tempo previsto, anche qualora i diversi luoghi in cui i servizi sono prestati non costituiscono di per sé stabile organizzazione ai sensi del paragrafo 3 dell'articolo 5 (nuovo paragrafo 42.26). La disposizione convenzionale in commento, inoltre, si applica esclusivamente all'attività di prestazione di servizi svolta in uno Stato da un'impresa estera a favore di terze parti (nuovi paragrafi 42.29 - 42.31).

2.3 Articolo 7: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 7 riafferma il principio, generalmente condiviso nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, secondo cui un'impresa di uno Stato non deve essere assoggettata a tassazione nell'altro Stato a meno che essa svolga un'attività industriale o commerciale in quest'ultimo Stato per il tramite di una stabile organizzazione

ivi situata. Obiettivo del paragrafo 1 è, pertanto, quello di stabilire una limitazione alla potestà impositiva di uno Stato contraente sugli utili delle imprese residenti dell'altro Stato contraente¹⁹.

Il paragrafo 2 dell'articolo 7 contiene il principio-guida sul quale si fonda l'attribuzione degli utili ad una stabile organizzazione. In genere, gli utili da attribuirsi ad una stabile organizzazione sono quelli che questa avrebbe conseguito nel caso in cui la stessa, invece di svolgere la propria attività nei confronti della sede centrale, avesse svolto la propria attività quale impresa distinta e operante a condizioni di mercato²⁰. Di regola, gli utili così individuati sono quelli che sarebbero stati determinati applicando le regole ordinarie alla base di una corretta contabilità di impresa. Il principio di libera concorrenza si estende altresì all'attribuzione degli utili che la stabile organizzazione può ritrarre da operazioni con altre stabili organizzazioni dell'impresa²¹.

Il paragrafo 3 dell'articolo 7 definisce, relativamente alle spese di una stabile organizzazione, il principio generale contenuto nel paragrafo 2. Esso prevede che, nel calcolare gli utili di una stabile organizzazione, è possibile dedurre le spese ovunque sostenute per gli scopi perseguiti dalla stabile organizzazione. In alcuni casi risulta indispensabile stimare o calcolare convenzionalmente l'ammontare delle spese da prendere in considerazione²². Quest'ultimo dovrebbe corrispondere a quello effettivamente sostenuto per gli scopi della stabile organizzazione. La deduzione ammessa per tutte le spese attribuibili alla stabile organizzazione non può dipendere dal loro effettivo rimborso da parte della stabile organizzazione stessa.

Le modifiche al Commentario all'articolo 7, apportate dal 2008 *Model*, riguardano in particolare i paragrafi 2 e 3 della versione 2005 del Modello OCSE e relativo Commentario, con la previsione dell'eliminazione di gran parte del Commentario al paragrafo 1.

Le modifiche al Commentario al paragrafo 2 riguardano sostanzialmente l'introduzione dei paragrafi 23 – 26, i quali concernono la tassazione dei servizi la cui prestazione è connessa all'esistenza di un cantiere di costruzione. Ai sensi del paragrafo 23, il paragrafo 3 dell'articolo 5 contiene una norma speciale applicabile alla sede fissa di affari

¹⁹ Secondo quanto previsto dal paragrafo 10.1 del Commentario al paragrafo 1 dell'articolo 7, la disposizione non circoscrive il diritto di uno Stato contraente di assoggettare a tassazione i residenti sulla base della legislazione nazionale sulle *Controlled Foreign Companies*, nonostante le imposte prelevate sui residenti possano essere calcolate facendo riferimento alla quota degli utili di una società residente dell'altro Stato contraente (imputabile alla partecipazione in quest'ultima società detenuta da tali residenti). Le imposte prelevate in tal modo da uno Stato non riducono gli utili dell'impresa nell'altro Stato e non possono, di conseguenza, essere considerate come prelevate su tali utili. Sull'articolo 7, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008), p. 347 ss..

²⁰ Trattasi del principio di libera concorrenza di cui all'articolo 9 del Modello OCSE, il quale prevede che:

«1. Allorché

a) un'impresa di uno Stato contraente partecipa, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa dell'altro Stato contraente, o

b) le medesime persone partecipano, direttamente o indirettamente, alla direzione, al controllo o al capitale di un'impresa di uno Stato contraente o dell'impresa di un altro Stato contraente e, nell'uno e nell'altro caso, le due imprese, nelle loro relazioni commerciali o finanziarie, sono vincolate da condizioni, convenute o imposte, diverse da quelle che sarebbero state convenute tra imprese indipendenti, gli utili che, in mancanza di tali condizioni sarebbero stati realizzati da una delle imprese, ma che a causa di dette condizioni, non sono stati realizzati, possono essere inclusi negli utili di questa impresa e tassati di conseguenza (...).

²¹ Secondo quanto previsto dal paragrafo 11 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 7, gli Stati contraenti, i quali ritengono che il paragrafo non riguardi più generalmente tali attività, hanno la facoltà di prevedere, in via bilaterale, una disposizione più dettagliata o modificare il paragrafo 2 come segue:

«Fatte salve le disposizioni del paragrafo 3, nel caso in cui una impresa di uno Stato Contraente eserciti una attività industriale o commerciale nell'altro Stato Contraente mediante una stabile organizzazione ivi situata, in ciascuno Stato Contraente vanno attribuiti a detta stabile organizzazione gli utili che si ritiene sarebbero stati conseguiti se si fosse trattato di una distinta e separata impresa svolgente attività identiche o analoghe in condizioni identiche o analoghe».

²² Nel caso di spese amministrative generali sostenute dalla sede centrale dell'impresa, potrebbe essere opportuno prendere in considerazione una frazione proporzionale determinata sul rapporto intercorrente tra il fatturato della stabile organizzazione (o, alternativamente, gli utili lordi) e quello dell'impresa nel suo insieme (paragrafo 16 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 7).

rappresentata da un cantiere di costruzione o installazione. Tale sede è considerata stabile organizzazione se ha una durata superiore a 12 mesi. Si individuano alcune criticità ai fini dell'applicazione dell'articolo 7.

Tali criticità si manifestano principalmente allorché beni siano forniti, o servizi prestati, dall'impresa o da parti ad essa correlate in relazione al cantiere di costruzione o di installazione. In queste circostanze, è necessario prestare attenzione particolare al principio generale secondo il quale il reddito è imputabile alla stabile organizzazione solo quando deriva da attività svolte dall'impresa per il tramite della stabile organizzazione stessa (nuovo paragrafo 24).

Ad esempio, laddove tali beni siano forniti dall'impresa, il reddito derivante da tale fornitura non può ritenersi prodotto dalle attività svolte tramite la stabile organizzazione e, pertanto, non è ad essa imputabile. Allo stesso modo, il reddito proveniente dalla prestazione di servizi da parte dell'impresa operante al di fuori dello Stato ove è situata la stabile organizzazione, non può ritenersi prodotto dalle attività svolte tramite la stabile organizzazione e, pertanto, non è ad essa imputabile (nuovo paragrafo 25).

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 26, laddove, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 5, la stabile organizzazione di un'impresa di uno Stato contraente sia ritenuta sussistere nell'altro Stato contraente per effetto della presenza di un agente dipendente²³, si applicano a quest'ultimo gli stessi principi utilizzati per attribuire reddito alle altre forme di stabile organizzazione. Innanzitutto, le attività che l'agente dipendente svolge per l'impresa saranno individuate attraverso un'analisi funzionale e fattuale diretta a determinare le funzioni svolte dall'agente dipendente sia per suo proprio conto che per conto dell'impresa.

L'agente dipendente e l'impresa per cui opera rappresentano potenzialmente due distinti soggetti passivi d'imposta. Da un lato, l'agente dipendente deriva il proprio reddito dalle attività svolte per suo proprio conto in favore dell'impresa, dall'altro, alla stabile organizzazione dell'impresa sono attribuiti rischi e *assets* relativi alle funzioni svolte dall'agente dipendente per conto dell'impresa, unitamente al capitale necessario a supportare tali *assets* e rischi. I redditi saranno quindi attribuiti alla stabile organizzazione sulla base di tali *assets*, rischi e capitale; questi redditi sono distinti da, e non includeranno quelli di per sé attribuibili all'agente dipendente (nuovo paragrafo 26).

Il 2008 Model prevede, infine, l'eliminazione dei paragrafi 15.2 - 15.4 della versione del 2005 del Commentario, relativi al trasferimento di *assets* (ad esempio, *bad loans*), nel settore dell'*international banking*²⁴.

²³ Il paragrafo 5 stabilisce le condizioni in presenza delle quali un'impresa possa ritenersi disporre di una stabile organizzazione con riferimento alle attività di una persona che agisce per suo conto. Le persone le cui attività possono costituire stabile organizzazione dell'impresa sono i cosiddetti agenti dipendenti, vale a dire persone, lavoratori dipendenti e non, diversi dagli agenti indipendenti di cui al paragrafo 6. Può trattarsi di persone fisiche o persone giuridiche, anche non residenti, le quali non necessariamente dispongono di una sede di affari nello Stato in cui operano per conto dell'impresa. La previsione secondo cui la disponibilità di una qualsiasi persona dipendente costituisca stabile organizzazione dell'impresa sarebbe stata contraria agli interessi delle relazioni economiche internazionali. Tale soluzione deve pertanto essere riservata a persone che, in ragione dell'ampiezza dei loro poteri o della natura delle attività svolte, coinvolgono l'impresa in attività di un certo rilievo nello Stato considerato. Il paragrafo 5 si basa sull'assunto secondo cui solo le persone che hanno il potere di concludere contratti possono qualificarsi quale stabile organizzazione dell'impresa dalla quale essi dipendono. In tal caso, infatti, può ritenersi che la persona disponga di poteri sufficienti per vincolare l'impresa nella partecipazione ad attività commerciali nello Stato considerato. L'uso dell'espressione «stabile organizzazione» in tale contesto presuppone, ovviamente, che la persona faccia uso di tali poteri abitualmente e non occasionalmente.

²⁴ Precisa il paragrafo 15.2 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 7 che « un'ulteriore criticità relativamente al trasferimento di *assets*, quali i crediti in sofferenza, sorge nell'ambito dell'attività bancaria internazionale. I crediti possono essere trasferiti, ai fini del controllo, dalla succursale alla sede centrale o tra succursali di una stessa banca. Secondo il Comitato Affari Fiscali, tali trasferimenti non dovrebbero essere riconosciuti nel caso in cui non sia ragionevolmente possibile considerare che gli stessi sono stati effettuati per valide ragioni economiche, ovvero che non sarebbero

Le modifiche al Commentario al paragrafo 3 prevedono l'introduzione dei paragrafi 41 – 49, i quali trattano delle questioni relative al regime fiscale degli interessi.

Precisa il paragrafo 41 che il trattamento degli interessi presenta alcune criticità. In primo luogo, vi potrebbero essere delle spese che, sotto la qualificazione di «interessi», sono addebitate dalla casa madre alla sua stabile organizzazione relativamente a finanziamenti *intercompany* concessi dalla prima alla seconda. Con l'eccezione degli istituti finanziari (ad esempio, le banche), si ritiene generalmente che tali «interessi interni» non debbano essere presi in considerazione, ai fini del paragrafo 3 dell'articolo 7, per le seguenti ragioni:

- da un punto di vista giuridico, il trasferimento di capitale verso il pagamento di un interesse e la conseguente obbligazione di adempimento totale alla data di scadenza rappresentano un atto formale incompatibile con la natura giuridica di una stabile organizzazione;

- da un punto di vista economico, debiti e crediti potrebbero non sussistere, poiché, se un'impresa è esclusivamente o prevalentemente *equity-funded*, non dovrebbe essere consentito dedurre gli interessi che palesemente essa non deve corrispondere. Sebbene addebiti ed introiti simmetrici non snaturino i redditi complessivi dell'impresa, i risultati parziali potrebbero essere arbitrariamente modificati.

Problemi diversi riguardano la deducibilità degli interessi sui prestiti effettivamente contratti dall'impresa. Tali prestiti potrebbero riguardare in tutto o in parte le attività della stabile organizzazione; si rileva che i finanziamenti ottenuti da un'impresa possono essere utilizzati per le esigenze della sede principale, della stabile organizzazione o di entrambe. In tali casi, si pone il problema relativo all'individuazione di quella parte dell'interesse che dovrebbe essere dedotto nella determinazione del reddito imputabile alla stabile organizzazione (nuovo paragrafo 43).

Precisa l'OCSE (nuovo paragrafo 45) che a parere della maggioranza degli Stati membri sarebbe opportuno fare riferimento ad un criterio pratico il quale prenda in considerazione una struttura del capitale consona all'organizzazione e alle funzioni svolte. Tale struttura dovrebbe basarsi sull'assunto secondo il quale la stabile organizzazione necessita di una certa disponibilità, in termini di «free capital» e finanziamenti produttivi di interessi, per svolgere la propria attività di impresa. L'obiettivo, pertanto, è quello di attribuire alla stabile organizzazione interessi ad *arm's length*²⁵, una volta che alla medesima sia stato attribuito un adeguato ammontare di «free capital». In virtù del rispetto del principio dell'*arm's length*, la stabile organizzazione dovrebbe essere dotata del capitale sufficiente a sostenere:

- le funzioni svolte;
- gli *assets* detenuti;
- i rischi assunti.

La sussistenza di diversi approcci nell'attribuzione di «free capital» alla stabile organizzazione può sollevare problemi di doppia imposizione (nuovo paragrafo 47). Con l'obiettivo di determinare l'ammontare degli interessi deducibili da tenersi in

stati effettuati tra imprese indipendenti, in via esemplificativa, qualora siano stati effettuati solo per motivi fiscali con l'obiettivo di massimizzare gli sgravi fiscali di cui la banca può beneficiare. In questi casi, in effetti, non si può ritenere che simili trasferimenti avrebbero avuto luogo tra imprese totalmente indipendenti; di conseguenza, non avrebbero intaccato l'ammontare degli utili che detta impresa indipendente avrebbe potuto realizzare in piena indipendenza dall'impresa di cui essa costituisce stabile organizzazione».

²⁵ Determinati secondo il principio di libera concorrenza di cui all'articolo 9 del Modello OCSE.

considerazione ai fini del «double taxation relief», in linea di principio, gli Stati membri dell'ocse accettano l'attribuzione di capitale la quale deriva dall'applicazione dell'approccio utilizzato dallo Stato nel quale si trova la stabile organizzazione (nuovo paragrafo 48).

2.4 Articolo 10: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 10, i dividendi sono imponibili nello Stato di residenza del beneficiario. L'articolo 10 disciplina solamente i dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente a un residente dell'altro Stato contraente. Tale disposizione, pertanto, non trova applicazione con riferimento ai dividendi pagati da una società residente di uno Stato terzo o con riferimento ai dividendi pagati da una società residente di uno Stato contraente, imputabili a una stabile organizzazione che un'impresa di quello Stato possiede nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 2 attribuisce potestà impositiva concorrente allo Stato della fonte dei dividendi, cioè allo Stato di cui la società che distribuisce i dividendi è residente. L'aliquota d'imposta applicabile nello Stato della fonte è tuttavia limitata al 15% se il soggetto residente dell'altro Stato contraente è il beneficiario effettivo dei dividendi²⁶. È prevista inoltre un'aliquota inferiore (pari al 5%) in relazione ai dividendi pagati da una società figlia alla propria *parent company*, in presenza di una partecipazione diretta pari ad almeno il 25%²⁷.

Il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 2 dell'articolo 10 per chiarire il significato dell'espressione «pagati (...) a un residente» utilizzata nel paragrafo 1. Si precisa così che lo Stato della fonte non è obbligato a rinunciare alla potestà impositiva sui dividendi soltanto perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione. L'espressione «beneficiario effettivo» non è utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendosi piuttosto intendere nel suo contesto e alla luce dello scopo e delle finalità delle disposizioni convenzionali²⁸.

La nozione di dividendi concerne essenzialmente le distribuzioni effettuate dalle società definite alla lettera b) del paragrafo 1 dell'articolo 3²⁹. La definizione si riferisce, in primo luogo, alle distribuzioni di utili che derivano dal possesso di azioni, cioè partecipazioni in società di capitali. La definizione assimila alle azioni tutti i titoli emessi da società il cui statuto prevede una clausola di partecipazione agli utili della società; tali sono,

²⁶ Secondo quanto previsto dal paragrafo 9 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10, un'aliquota più elevata non sarebbe giustificabile in quanto lo Stato della fonte può già assoggettare a tassazione gli utili della società.

²⁷ Paragrafo 10 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10. Sull'articolo 10, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 431 ss..

²⁸ Ai sensi del paragrafo 12 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 10, l'obiettivo è essenzialmente quello di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. Secondo quanto previsto dal successivo paragrafo 12.1, se un elemento di reddito è percepito da un residente di uno Stato contraente che opera in qualità di agente o di fiduciario, sarebbe contrario allo scopo e alle finalità delle disposizioni convenzionali che lo Stato della fonte concedesse uno sgravio o l'esenzione soltanto in considerazione della circostanza che l'immediato percettore del reddito sia residente dell'altro Stato contraente. In tale situazione, il percettore del reddito si qualifica quale residente ma, in conseguenza di ciò, non sorge alcun rischio di doppia imposizione in quanto il percettore non è considerato possessore di reddito ai fini dell'imposizione nello Stato di residenza. Parimenti, sarebbe contrario allo scopo e alle finalità delle disposizioni convenzionali che lo Stato della fonte concedesse uno sgravio o l'esenzione nei casi in cui un residente di uno Stato contraente, seppure al di fuori dell'ambito di un rapporto di agenzia o fiduciario, agisca semplicemente quale intermediario di un'altra persona che di fatto è beneficiaria del reddito in oggetto.

²⁹ Il paragrafo 1, lett. b) dell'articolo 3 fa riferimento a «qualsiasi persona giuridica o qualsiasi ente che è considerato persona giuridica ai fini dell'imposizione».

a titolo esemplificativo, le azioni o i diritti di godimento, le quote del fondatore o le altre quote di partecipazioni agli utili³⁰.

L'articolo 10 non disciplina solo i dividendi propriamente detti ma anche gli interessi su finanziamenti nella misura in cui il creditore partecipa effettivamente ai rischi assunti dalla società, cioè nei casi in cui il rimborso dipende in larga misura dal successo o comunque dall'attività dell'impresa. La questione relativa alla partecipazione o meno ai rischi assunti dall'impresa da parte di chi concede il finanziamento deve essere risolta alla luce di tutte le circostanze del caso concreto.

Le modifiche al Commentario all'articolo 10 del Modello OCSE prevedono l'introduzione dei nuovi paragrafi 67.1 - 67.6 relativi alla tassazione delle distribuzioni effettuate dai *Real Estate Investment Trusts*.

Precisa il paragrafo 67.1 che in molti Paesi, la gran parte dei *portfolio investments* in proprietà immobiliari è effettuata mediante *Real Estate Investment Trusts* (REITs). Il REIT è un'entità:

- i cui profitti derivano principalmente da investimenti a lungo termine in proprietà immobiliari;
- la quale distribuisce la maggior parte degli utili annualmente;
- la quale non è soggetta a tassazione sul reddito relativo a proprietà immobiliari e come tale distribuito.

Le criticità relative a tali forme di investimento sono state oggetto di analisi, da parte del Comitato per gli Affari Fiscali, nel Rapporto del 2008 *Tax Treaties Issues Related to REITs* (nuovo paragrafo 67.2). Una delle questioni discusse nel suindicato Rapporto riguarda il trattamento fiscale delle distribuzioni transfrontaliere da parte di un REIT.

Nel caso di un piccolo investitore, questi non esercita alcun controllo sulla proprietà immobiliare acquistata dal REIT. Nonostante il REIT di per sé non sia assoggettato a tassazione sull'utile distribuito, sarebbe opportuno ritenere che siffatto investitore non abbia effettuato un investimento in proprietà immobiliari, bensì in una società. Pertanto, dal punto di vista fiscale dovrebbe essere trattato alla stregua di un soggetto il quale percepisce un dividendo. Al contrario, un grande investitore dovrebbe avere un maggiore interesse nella proprietà immobiliare acquistata dal REIT; per siffatto investitore, l'investimento nel REIT dovrebbe rappresentare di per sé partecipazione nella sottostante proprietà del REIT. In tale ipotesi, non sembra opportuno limitare la tassazione alla fonte delle distribuzioni effettuate dal REIT (nuovo paragrafo 67.3)³¹.

³⁰ Secondo quanto previsto dal paragrafo 24 del Commentario al paragrafo 3 dell'articolo 10, nelle convenzioni bilaterali, l'elencazione può essere adattata alla legislazione degli Stati contraenti considerati. Ciò potrebbe essere necessario, in particolare, per quanto concerne i redditi delle azioni di godimento e delle quote del fondatore. I crediti che danno diritto alla partecipazione agli utili non rientrano in questa categoria; parimenti, gli interessi su obbligazioni convertibili non sono dividendi.

³¹ Precisa il paragrafo 67.4 che gli Stati membri hanno la facoltà di sostituire il paragrafo 2 dell'articolo 10 con la seguente disposizione:

67.4 «2. *However, such dividends may also be taxed in the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State (other than a beneficial owner of dividends paid by a company which is a REIT in which such person holds, directly or indirectly, capital that represents at least 10 per cent of the value of all the capital in that company), the tax so charged shall not exceed:*

a) *5 per cent of the gross amount of the dividends if the beneficial owner is a company (other than a partnership) which holds directly at least 25 per cent of the capital of the company paying the dividends (other than a paying company that is a REIT);*
 b) *15 per cent of the gross amount of the dividends in all other cases».*

2.5 Articolo 12: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 12 attribuisce la potestà impositiva sulle *royalties* allo Stato di residenza del beneficiario effettivo. Una deroga a questo principio è quella relativa ai casi considerati nel paragrafo 3³².

Il requisito del beneficiario effettivo è stato introdotto nel paragrafo 1 dell'articolo 12 per evidenziare che lo stesso non si applica relativamente ai pagamenti effettuati a intermediari. Lo Stato della fonte, pertanto, non è obbligato a rinunciare alla propria potestà impositiva sulle *royalties* solamente perché tali redditi sono stati percepiti direttamente da un residente di uno Stato con cui lo Stato della fonte ha concluso una convenzione. L'espressione «beneficiario effettivo» non viene utilizzata in un'accezione tecnica e restrittiva, dovendo piuttosto essere intesa nel suo contesto e in funzione della finalità di evitare la doppia imposizione e prevenire l'evasione e l'elusione fiscale.

Il paragrafo 2 dell'articolo 12 contiene la definizione del termine *royalties*. Generalmente, esse si riferiscono ai diritti o ai beni che costituiscono le diverse forme di proprietà letteraria e artistica, agli elementi di proprietà intellettuale e alle informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. La definizione viene applicata ai pagamenti per l'uso, o la concessione in uso, di diritti del tipo menzionato, indipendentemente dal fatto che essi siano, o debbano essere, depositati presso un pubblico registro. La definizione comprende sia i pagamenti effettuati in base ad una licenza sia le indennità che un soggetto è obbligato a pagare per avere fraudolentemente contraffatto o violato il diritto³³. Il paragrafo 2 richiede che i compensi siano «corrisposti»: tale termine deve essere interpretato in modo tale da ricomprendere il soddisfacimento dell'obbligo di mettere i fondi a disposizione del creditore nel modo richiesto dal contratto o dagli usi. Vengono considerate *royalties* anche i compensi derivanti dalla concessione in uso di pellicole cinematografiche, proiettate nelle sale cinematografiche o trasmesse in televisione.

Nel qualificare come *royalties* i compensi ricevuti quale corrispettivo per informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico, il paragrafo 2 dell'articolo 12 fa riferimento alla nozione di *know-how*³⁴. Nel contratto di *know-how*, una delle parti si impegna a trasferire all'altra, che può farne uso per conto proprio, le proprie conoscenze ed esperienze specialistiche non rivelate al pubblico. Il concedente di *know-how* non è tenuto a intervenire nell'applicazione delle formule rese note al concessionario e non ne garantisce il risultato. Tale tipo di contratto, quindi, differisce dai contratti di

³² Il paragrafo 3 prevede:

«Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano nel caso in cui il beneficiario delle *royalties*, residente di uno Stato contraente, eserciti nell'altro Stato contraente dal quale provengono le *royalties* un'attività economica per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata, ed il diritto o i beni generatori delle *royalties* si ricollegano effettivamente a tale stabile organizzazione. In tal caso si applicheranno le disposizioni dell'articolo 7». Sull'articolo 12, cfr. più ampiamente VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., p. 541 ss.

³³ Come precisato dal paragrafo 8 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 12, la definizione di *royalties* non trova applicazione con riferimento ai compensi che, seppure basati sulla frequenza con cui un diritto appartenente ad un soggetto viene utilizzato, sono corrisposti ad altra persona che non possiede il diritto o la concessione in uso dello stesso.

³⁴ Diverse organizzazioni specialistiche ed autori hanno fornito definizioni di *know-how* che non differiscono sostanzialmente. Una di queste definizioni, fornita dall'*Association des Bureaux pour la Protection de la Propriété Industrielle* (ANBPPI), stabilisce che «il *know-how* comprende tutte le informazioni tecniche non divulgate, brevettabili o meno, necessarie per la riproduzione industriale di un prodotto o di un processo, direttamente e nelle stesse condizioni; dato che deriva dall'esperienza, il *know-how* rappresenta ciò che un produttore non può conoscere dal solo esame del prodotto e dalla sola cognizione dello stato della tecnica» (paragrafo 11 del Commentario al paragrafo 2 dell'articolo 12 del Modello OCSE).

prestazione di servizi in cui una delle parti si impegna ad usare le proprie competenze al fine di prestare un servizio all'altra parte³⁵.

Le modifiche al Commentario all'articolo 12, introdotte dal 2008 *Model*, prevedono la rinumerazione dei paragrafi 8 e 8.1 della versione 2005, i quali vengono sostituiti dai (e scomposti nei) paragrafi 8 – 8.5. Il paragrafo 8.2 è, invece, di nuova introduzione e di centrale rilevanza per la definizione di *royalties*.

Secondo quanto previsto da quest'ultimo, laddove un pagamento rappresenti il corrispettivo per il trasferimento della proprietà piena di un diritto di cui alla definizione di *royalties*³⁶, tale pagamento non è da considerarsi «corrispettivo per l'uso o per il diritto d'uso» di tale diritto e pertanto non costituisce *royalty*. Come rilevato ai paragrafi 15 e 16 (la cui attuale formulazione rimane sostanzialmente invariata) in merito al *software*, possono insorgere alcune criticità nel caso di trasferimento di diritti considerati parte di altro diritto di cui alla definizione di *royalties*, allorquando tale trasferimento avvenga con le modalità proprie di un'alienazione.

A titolo esemplificativo, si consideri l'attribuzione in via esclusiva di diritti di proprietà intellettuale per un periodo limitato o in una limitata area geografica. Ciascuna ipotesi deve essere esaminata alla luce delle circostanze di fatto nonché della legislazione nazionale applicabile sia alla proprietà intellettuale che in materia di trasferimento della proprietà. In linea di principio, se il pagamento rappresenta il corrispettivo per il trasferimento della proprietà di diritti i quali costituiscono proprietà intellettuale distinta e specifica, tale pagamento può essere considerato ricavo (*commercial income*) ai fini dell'applicazione dell'articolo 7 o *capital gain* ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, piuttosto che *royalties* ai fini dell'applicazione dell'articolo 12.

Le modifiche al Commentario all'articolo 12 prevedono, inoltre, l'introduzione, immediatamente dopo l'attuale paragrafo 10, dei nuovi paragrafi 10.1 e 10.2.

Secondo quanto previsto dal paragrafo 10.1, i pagamenti effettuati al fine di ottenere i diritti di distribuzione esclusiva di un prodotto o servizio in un dato territorio non costituiscono *royalties*, in quanto non sono effettuati a titolo di corrispettivo per l'uso o per il diritto di utilizzare un diritto sulla proprietà intellettuale di cui alla definizione contenuta nel paragrafo 8³⁷. Tali pagamenti rientrerebbero piuttosto nell'ambito di applicazione dell'articolo 7. A titolo esemplificativo, si considerino i pagamenti effettuati da un distributore di capi di abbigliamento residente in uno Stato contraente il quale corrisponde

³⁵ I pagamenti effettuati sulla base di un contratto di prestazione di servizi generalmente rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 7.

³⁶ Come previsto dal paragrafo 2 dell'articolo 12 del Modello OCSE, «[...] il termine "canoni" designa i compensi di qualsiasi natura ricevuti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, ivi comprese le pellicole cinematografiche, brevetti, marchi, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti, o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico».

³⁷ Il paragrafo 8 del Commentario all'articolo 12 prevede:

«8. Il paragrafo 2 contiene una definizione del termine «canoni». Generalmente, essi si riferiscono ai diritti o ai beni che costituiscono le diverse forme di proprietà letteraria e artistica, agli elementi di proprietà intellettuale specificate nel testo e alle informazioni inerenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico. La definizione viene applicata ai pagamenti per l'uso, o la concessione in uso, di diritti del tipo menzionato, indipendentemente dal fatto che essi siano, o debbano essere, depositati presso un pubblico registro. La definizione comprende sia i pagamenti effettuati in base ad una licenza sia le indennità che un soggetto sia obbligato a pagare per avere fraudolentemente contraffatto o violato il diritto. La definizione, tuttavia, non trova applicazione con riferimento ai compensi che, seppure basati sulla frequenza con cui un diritto appartenente ad un soggetto viene utilizzato, sono effettuati ad altra persona che non possiede il diritto o la concessione in uso dello stesso (si veda, ad esempio, il paragrafo 18 che segue). Va inoltre evidenziato che il paragrafo richiede che i compensi siano "corrisposti": tale termine deve essere interpretato in modo ampio e tale da ricomprendere il soddisfacimento dell'obbligo di mettere i fondi a disposizione del creditore nel modo richiesto dal contratto o dagli usi. A titolo indicativo, nel prosieguo sono fornite alcune linee guida al fine di delimitare l'ambito di applicazione dell'Articolo 12 in relazione agli altri articoli della Convenzione per quanto concerne, in particolare, il trasferimento di informazioni».

una determinata somma di denaro al *manufacturer* di magliette firmate, residente dell'altro Stato contraente, quale corrispettivo per il diritto esclusivo di vendere, nel primo Stato, le magliette firmate e confezionate all'estero.

Ai sensi del paragrafo 10.2, un pagamento non può definirsi essere effettuato «per l'uso, o per il diritto all'uso» di un progetto, modello o piano se tale pagamento rappresenta il corrispettivo per lo sviluppo di un progetto, modello o piano non ancora esistenti.

2.6 Articolo 24: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

Il paragrafo 1 dell'articolo 24 stabilisce il principio per cui ai fini dell'imposizione è vietata la discriminazione sulla base della nazionalità, mentre, a condizione di reciprocità, i soggetti aventi la nazionalità di uno Stato contraente non possono essere trattati, nell'altro Stato contraente, in modo meno favorevole rispetto ai soggetti aventi la nazionalità di quest'ultimo Stato (allorquando si trovino nella medesima situazione). Le disposizioni del paragrafo 1 non si applicano soltanto ai soggetti nazionali residenti di uno Stato contraente, ma si estendono a tutti i soggetti aventi nazionalità di ciascuno Stato contraente, siano essi o meno residenti negli stessi.

Scopo del paragrafo 2 è di limitare ai soli apolidi che siano residenti di uno degli Stati contraenti l'ambito di applicazione delle disposizioni riguardanti la parità di trattamento con i soggetti nazionali. Tale disposizione, pertanto, esclude che gli apolidi, i quali non sono residenti di nessuno degli Stati contraenti, godano di benefici maggiori rispetto a quelli previsti per i soggetti aventi la nazionalità di uno degli Stati.

La discriminazione alla cui eliminazione mira il paragrafo 3 non è basata sulla nazionalità, bensì sull'effettivo luogo in cui è situata un'impresa. Esso si applica perciò senza distinzione, e a prescindere dalla nazionalità, a tutti i residenti di uno Stato contraente che abbiano una stabile organizzazione³⁸ nell'altro Stato contraente.

Il paragrafo 5 dell'articolo 24 è volto ad eliminare una particolare forma di discriminazione derivante dal fatto che in alcuni Stati la deduzione di interessi, *royalties* e altre spese è ammessa senza limitazione quando il beneficiario è residente, mentre incontra dei limiti oppure non è ammessa quando il beneficiario non è residente³⁹. La stessa situazione può anche verificarsi nell'ambito dell'imposta sul patrimonio, per quanto riguarda i debiti contratti con soggetti non residenti. Il paragrafo 5, infine, impedisce ad uno Stato contraente di riconoscere un regime fiscale meno favorevole ad un'impresa, il cui capitale sia detenuto, in tutto o in parte, direttamente o indirettamente, da uno o più soggetti residenti dell'altro Stato contraente. Tale disposizione fa riferimento soltanto all'imposizione sulle società e non anche sui soggetti che ne detengono il capitale. Il suo obiettivo è quello di garantire la parità di trattamento tra i contribuenti residenti nello stesso Stato, e non anche quello di assoggettare il capitale detenuto da soci esteri ad un regime identico a quello applicato al capitale detenuto da soci residenti.

Le modifiche all'articolo 24 introdotte dal 2008 *Model* riguardano, in particolare, il Commentario ai paragrafi 1 e 3.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 17 del Commentario al paragrafo 1, «per soggetto avente la nazionalità di uno Stato contraente» si intende una persona giu-

³⁸ Ai sensi dell'articolo 5 del Modello OCSE, «l'espressione "stabile organizzazione" designa una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività».

³⁹ La medesima situazione può verificarsi anche con riferimento all'imposta sul patrimonio (paragrafo 55 del Commentario al paragrafo 4 dell'articolo 24).

ridica «la quale deriva il suo status dalla legislazione in vigore in quello Stato contraente». Una società normalmente deriva il proprio *status* dalle leggi in vigore nello Stato in cui essa è stata costituita o registrata. Ai sensi della legislazione domestica di molti Paesi, il luogo di costituzione o di registrazione costituiscono il criterio, o uno dei criteri, per determinare la residenza delle società ai fini dell'articolo 4. Dal momento che il paragrafo 1 dell'articolo 24 ha l'obiettivo di escludere trattamenti diversi in ragione della nazionalità, ma solo con riferimento alle entità le quali si trovano «nella medesima situazione, in particolare rispetto alla residenza», è importante distinguere tra un trattamento diverso per effetto della nazionalità soltanto, da un trattamento diverso per effetto di altri fattori e, in particolare, della residenza.

Il paragrafo 1 dell'articolo 24 vieta soltanto le discriminazioni basate sulla diversa nazionalità e richiede che tutti gli altri fattori rilevanti, tra cui la residenza, coincidano. Altrimenti quando l'articolo 24 venga applicato nel contesto di altre disposizioni convenzionali, la maggior parte delle quali contemplano un diverso trattamento sulla base della residenza, è evidente che due società le quali non sono residenti nello stesso Stato ai sensi dell'articolo 4 non possono considerarsi nella medesima situazione ai fini del paragrafo 1.

Secondo quanto previsto dal nuovo paragrafo 59 del Commentario al paragrafo 3, dal momento che una stabile organizzazione, per sua natura, non distribuisce dividendi, il trattamento fiscale delle distribuzioni di utili da parte dell'impresa alla quale la stabile organizzazione appartiene è al di fuori dell'ambito di applicazione del paragrafo 3 dell'articolo 24. Il paragrafo 3 riguarda la tassazione dei profitti provenienti dalle attività della stabile organizzazione in sé, e non si estende all'impresa nel suo complesso. Ciò trova conferma nel secondo periodo del paragrafo 3, dove si evidenzia che gli aspetti fiscali relativi al soggetto d'imposta che possiede la stabile organizzazione, quali i benefici fiscali e le deduzioni, non rientrano nell'ambito di applicazione del paragrafo stesso.

Sottolinea inoltre l'OCSE (nuovo paragrafo 60) che in alcuni Stati, i redditi di una stabile organizzazione di un'impresa di un altro Stato contraente sono tassati ad una aliquota più elevata rispetto a quella applicabile ai redditi delle imprese residenti. Tale aliquota addizionale, a volte denominata *branch tax*, si giustifica alla luce del fatto che se una filiale di un'impresa straniera registrasse i medesimi redditi della stabile organizzazione e conseguentemente ne effettuasse la distribuzione quali dividendi, si applicherebbe su questi ultimi un'aliquota addizionale, ai sensi di quanto previsto dal paragrafo 2 dell'articolo 10.

2.7 Articolo 25: la versione del 2005 e le modifiche del 2008

L'articolo 25 istituisce una procedura amichevole per la risoluzione delle controversie che insorgono dall'applicazione delle disposizioni convenzionali. Ai paragrafi 1 e 2, in particolare, si prevede che le autorità competenti debbano impegnarsi per regolare, in via di amichevole composizione, la posizione dei contribuenti soggetti ad imposizione non conforme alle disposizioni convenzionali. Il paragrafo 3 invita e autorizza le autorità competenti degli Stati contraenti a risolvere, attraverso la procedura di composizione amichevole, le problematiche relative all'interpretazione o applicazione della rispettiva convenzione bilaterale e, ancora, a consultarsi per eliminare la doppia imposizione nei casi non disciplinati dalla stessa. Infine, con riguardo alle modalità pratiche di attuazione della procedura amichevole, il paragrafo 4 dell'articolo 25 autorizza le autorità competenti a comunicare direttamente tra loro e, quando opportuno, ad intraprendere uno scambio orale di opinioni attraverso una commissione congiunta appositamente nominata.

La procedura amichevole ha carattere speciale ed esorbita dal diritto interno. Essa può essere instaurata solo nei casi che ricadono nell'ambito di applicazione del paragrafo 1, vale a dire allorquando un prelievo sia stato imposto, o sia in procinto di essere imposto, in contrasto con le disposizioni convenzionali.

Il 2008 Model contiene considerevoli modifiche all'articolo 25 e relativo Commentario, il cui obiettivo è di rendere effettiva la procedura di accordo reciproco, non oggetto di un obbligo specifico nella versione del 2005. Le modifiche al testo dell'articolo 25 ne prevedono l'integrazione mediante l'inserimento di un nuovo paragrafo 5⁴⁰.

Le modifiche al Commentario all'articolo 25 prevedono, in generale, che nel caso in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo ai sensi del paragrafo 2⁴¹ entro due anni dalla sottoposizione del caso all'autorità competente, la questione deve essere risolta mediante ricorso alla procedura arbitrale. Tale procedura, inoltre, prescinde da un'eventuale previa autorizzazione da parte delle autorità competenti: in presenza del requisito procedurale temporale, ogni questione non risolta, la quale impedisce il raggiungimento dell'accordo tra le autorità competenti, deve essere sottoposta a procedura arbitrale.

Il nuovo paragrafo 25 del Commentario ai paragrafi 1 e 2 dell'articolo 25 prevede che il periodo di tre anni per la presentazione dei reclami da parte del contribuente⁴² continua a decorrere in pendenza di un procedimento giurisdizionale interno. È tuttavia possibile che alcuni Stati dispongano per la sospensione del termine triennale per la presentazione del reclamo, in pendenza di un procedimento giurisdizionale interno⁴³. L'articolo 25 nulla prevede in merito alla possibilità di una sospensione della procedura di accordo reciproco nell'ipotesi in cui il contribuente non abbia provveduto al pagamento dell'imposta oggetto di disputa. In linea generale, il pagamento dell'imposta dovuta non dovrebbe costituire condizione per l'inizio della procedura di accordo reciproco (nuovo

⁴⁰ Il nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25 prevede:

«5. Where,

a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and

b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the presentation of the case to the competent authority of the other Contracting State, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph¹».

¹ In some States, national law, policy or administrative considerations may not allow or justify the type of dispute resolution envisaged under this paragraph. In addition, some States may only wish to include this paragraph in treaties with certain States. For these reasons, the paragraph should only be included in the Convention where each State concludes that it would be appropriate to do so based on the factors described in paragraph 47 of the Commentary on the paragraph. As mentioned in paragraph 54 of that Commentary, however, other States may be able to agree to remove from the paragraph the condition that issues may not be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by one of their courts or administrative tribunals.

⁴¹ Il paragrafo 2 dell'articolo 25 prevede:

«L'autorità competente, se il ricorso appare fondato e se essa non è in grado di giungere ad una soddisfacente soluzione, farà del suo meglio per regolare il caso per via di amichevole composizione con l'autorità competente dell'altro Stato contraente, al fine di evitare una tassazione non conforme alla Convenzione.

Ogni accordo sarà applicato nonostante qualsiasi limitazione di tempo previsto dalle legislazioni nazionali degli Stati contraenti».

⁴² Il termine triennale è previsto dal secondo periodo del paragrafo 1 dell'articolo 25.

⁴³ Il nuovo paragrafo 26 individua i limiti dell'accesso alla procedura di composizione amichevole nei casi in cui la transazione oggetto della richiesta costituisca comportamento abusivo da parte del contribuente, ai sensi della legislazione nazionale. In linea generale, il fatto che l'imposizione derivi dall'applicazione di una disposizione antiabuso interna non costituisce valido motivo di diniego dell'accesso alla procedura in commento.

paragrafo 47). Ai sensi del nuovo paragrafo 48, gli Stati dovrebbero adottare disposizioni le quali consentono la sospensione della riscossione delle imposte pendente la procedura di composizione amichevole.

I paragrafi 63 ss. sono di nuova introduzione e contengono il commento al nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25. Secondo quanto previsto dal paragrafo 63, nell'ipotesi in cui le autorità competenti non siano in grado di raggiungere un accordo ai sensi del paragrafo 2 entro due anni dalla presentazione del caso, la questione sarà, previa istanza del soggetto che l'ha inizialmente sottoposta, discussa e risolta mediante ricorso alla procedura arbitrale. Tale procedura, inoltre, prescinde da un'eventuale previa autorizzazione da parte delle autorità competenti: in presenza del requisito procedurale temporale, ogni questione non risolta, la quale impedisce il raggiungimento dell'accordo tra le autorità competenti, deve essere sottoposta a procedura arbitrale.

La procedura arbitrale introdotta dal paragrafo 5 dell'articolo 25 non rappresenta un meccanismo di risoluzione delle controversie alternativo né supplementare rispetto alla procedura di accordo reciproco: laddove le autorità competenti abbiano raggiunto un accordo che non lascia alcuna questione irrisolta per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni convenzionali, non vi è motivo per ricorrere alla procedura arbitrale. Ciò, anche nel caso in cui il contribuente che ha fatto ricorso alla procedura di accordo reciproco ritenga non soddisfacente la soluzione raggiunta dalle autorità competenti coinvolte.

Il meccanismo introdotto dal paragrafo 5 è, quindi, estensione della procedura di accordo reciproco ed ha lo scopo di accrescerne l'effettività. Pertanto, mentre il caso principale è risolto nel contesto della procedura di accordo reciproco, solo quelle questioni specifiche dalla cui risoluzione dipende la definizione del caso stesso possono essere sottoposte alla procedura arbitrale. La procedura in commento si distingue così dalle altre forme di accordo o di arbitrato dove la giurisdizione del collegio arbitrale si estende all'esame e risoluzione del caso nel suo complesso (nuovo paragrafo 64). In materia di *transfer pricing*, in particolare, è necessario che gli Stati membri dell'OCSE i quali appartengono, a loro volta, all'Unione europea applichino le disposizioni di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25 in coordinamento con quanto previsto dalla convenzione arbitrale del 1990⁴⁴ (nuovo paragrafo 65).

⁴⁴ La convenzione 90/436/CEE, firmata dagli Stati membri dell'UE nel luglio del 1990, prevede una procedura arbitrale diretta ad evitare le doppie imposizioni derivanti da rettifiche divergenti, effettuate dagli Stati membri, dei prezzi di trasferimento praticati tra imprese associate. Entrata in vigore nel 1995, la sua applicazione è rimasta sospesa dall'1 gennaio 2000 al 31 ottobre 2004. Nel 1999 è stato firmato il Protocollo di modifica che ne ha esteso l'efficacia per un altro quinquennio, prevedendo, altresì, una clausola di rinnovo automatico per gli anni successivi. L'ultimo Stato firmatario (il Portogallo) del Protocollo ha depositato gli strumenti di ratifica il 4 agosto 2004. La convenzione ha, pertanto, (ri)acquisito piena efficacia il 1° novembre 2004. I suoi effetti, tuttavia, si producono retroattivamente, a partire dalla data in cui l'applicazione era stata sospesa.

La procedura definita nella convenzione arbitrale rappresenta un valido strumento, a disposizione delle imprese, per l'eliminazione della doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Ciò in considerazione, non solo della sua (ri)entrata in vigore, ma anche dell'approvazione, da parte del Consiglio dell'UE, di un Codice di condotta contenente una serie di regole procedurali che trovano applicazione con riferimento alle disposizioni sulla risoluzione delle dispute previste dalla convenzione medesima.

Nel 2002, la Commissione europea ha istituito un Gruppo di lavoro (Forum congiunto dell'UE sui prezzi di trasferimento - JTPF) allo scopo di far fronte ai problemi di carattere fiscale scaturenti dalla doppia imposizione da aggiustamento dei prezzi di trasferimento. Nel corso del 2003, il JTPF ha analizzato principalmente questioni relative all'applicazione della convenzione arbitrale del 1990 ed alle procedure di accordo reciproco previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Nell'aprile 2004, la Commissione europea ha accolto le raccomandazioni del JTPF ed ha sottoposto all'approvazione del Consiglio una bozza di Codice di condotta per l'eliminazione della doppia imposizione societaria nei casi di transazioni infragruppo transfrontaliere. Il Codice, il quale è stato approvato a fine novembre 2004, trova applicazione nei casi di aumento del reddito imponibile da transazioni transfrontaliere come conseguenza

Ai sensi del nuovo paragrafo 69, laddove due Stati contraenti, i quali non hanno incluso il paragrafo 5 dell'articolo 25 nella rispettiva convenzione bilaterale, intendano fare ricorso alla procedura arbitrale per la risoluzione di uno o più casi specifici, le rispettive autorità competenti hanno la facoltà di negoziare e concludere un accordo sulla base del *Modello di Accordo* di cui nel prosieguo.

Il Commentario al paragrafo 5 (nuovo paragrafo 76), inoltre, affronta il rapporto tra procedura arbitrale e rimedi previsti dalla legislazione interna. Con l'obiettivo di evitare decisioni contrastanti della medesima fattispecie, non dovrebbe essere consentito il ricorso alla procedura arbitrale di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25, se il caso è già stato sottoposto e deciso dagli organi giudiziari competenti interni di uno degli Stati contraenti. Il medesimo approccio è stato adottato dalla maggior parte degli Stati membri con riferimento alla procedura di accordo reciproco⁴⁵.

Infine, il 2008 *Model* propone, in apposito *Annex*, un *Modello di Accordo* al quale le autorità competenti possono fare riferimento quale base per la conclusione di un accordo, al fine di rendere effettiva la procedura arbitrale introdotta dal nuovo paragrafo 5 dell'articolo 25. Il *Modello di Accordo* disciplina, in apposite separate clausole, gli aspetti formali e procedurali della procedura arbitrale, dalla sottoposizione del caso all'autorità competente fino alla decisione emessa dal Collegio arbitrale. Se ne riporta di seguito il contenuto essenziale.

dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento ed introduce norme per la risoluzione delle dispute tra Stati nei procedimenti per l'eliminazione della doppia imposizione. Si assicura, così, una più effettiva ed uniforme applicazione sia della convenzione arbitrale del 1990, sia delle procedure di accordo reciproco (*mutual agreement procedures*) previste dalle convenzioni contro le doppie imposizioni. Il Codice di condotta ha come obiettivo la fissazione di norme procedurali comuni riguardanti:

- la determinazione del *dies a quo* del periodo di tre anni, vale a dire il termine entro il quale la società sottoposta a doppia imposizione per effetto dell'aggiustamento dei prezzi di trasferimento è tenuta a sottoporre il caso all'autorità competente. La decorrenza del periodo di tre anni coincide con la data della notifica del primo avviso di accertamento fiscale o misura equivalente che comporta o può comportare una doppia imposizione (art. 1);
- la determinazione del *dies a quo* del periodo di due anni durante il quale le amministrazioni fiscali degli Stati membri sono tenute ad effettuare un tentativo per il raggiungimento di un accordo reciproco sull'eliminazione della doppia imposizione oggetto di denuncia. Il caso può ritenersi sottoposto alle autorità competenti allorché il soggetto di imposta fornisca dati identificativi certi e completi, i dettagli sui fatti rilevanti del caso, una completa documentazione (art. 2);
- le regole da seguire durante la procedura amichevole, le disposizioni generali, lo svolgimento pratico, la trasparenza, lo scambio dei documenti e la partecipazione del soggetto d'imposta. Riguardo al funzionamento pratico e alla trasparenza, si invitano gli Stati ad utilizzare una comune lingua di lavoro al fine di abbreviare i tempi ed i costi della procedura ed a garantire la riservatezza delle informazioni qualora esista una convenzione fiscale o una normativa interna che lo preveda (art. 3);
- le regole da seguire nel caso in cui si renda necessario l'avvio della fase arbitrale, per effetto del mancato raggiungimento di un accordo reciproco entro il termine dei due anni (art. 4);
- la sospensione della riscossione dell'imposta in pendenza delle procedure previste dalla convenzione (art. 5).

Il Codice ha valore di impegno politico e non incide sui diritti ed obblighi degli Stati membri, né sulle rispettive sfere di competenza degli Stati e della Comunità. VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale*, cit., p. 289 ss.

⁴⁵ In particolare:

a) il caso non può essere sottoposto contemporaneamente alla procedura di accordo reciproco e alle autorità giudiziarie competenti interne. Laddove sia ancora possibile sottoporre il caso a queste ultime autorità, il ricorso alla procedura di accordo reciproco è ammesso, purché il contribuente si impegni a non sottoporre il medesimo caso alle autorità giudiziarie competenti interne;

b) laddove il caso sia stato risolto in virtù della procedura di accordo reciproco, il contribuente ha la facoltà di rifiutare tale accordo e sottoporre il caso alle autorità giudiziarie competenti interne; se, al contrario, il contribuente intende beneficiare dell'accordo, non può più sottoporre il medesimo caso alle autorità giudiziarie interne;

c) laddove il contribuente abbia esaurito le possibilità di sottoporre il caso alle autorità giudiziarie competenti interne, l'unico rimedio contro l'ipotesi di doppia imposizione è rappresentato dalla procedura di accordo reciproco di cui al paragrafo 2 dell'articolo 25.

Istanza di sottoposizione di un caso a procedura arbitrale

Un'istanza che, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 25 della convenzione («istanza di arbitrato»), ha ad oggetto questioni irrisolte sollevate nel corso della procedura di accordo reciproco, dovrà essere inoltrata per iscritto e inviata a una delle autorità competenti. L'istanza dovrà contenere le informazioni necessarie e sufficienti ad identificare i fatti. Essa dovrà essere altresì accompagnata da una dichiarazione scritta di ciascuno dei soggetti richiedenti o direttamente interessati dal caso, nella quale si dà atto che nessuna decisione sulle stesse questioni è già stata emessa da un organo giudiziario o amministrativo interno degli Stati contraenti. Entro 10 giorni dalla ricezione dell'istanza, l'autorità competente ricevente dovrà inviare una copia dell'istanza e della dichiarazione che l'accompagnano all'altra autorità competente.

Termini per la sottoposizione del caso

L'istanza di arbitrato può essere inoltrata soltanto dopo due anni dalla data in cui un caso - sottoposto alla competente autorità di uno degli Stati contraenti ai sensi del paragrafo 1 dell'articolo 25 - è stato a sua volta sottoposto anche alla competente autorità dell'altro Stato contraente. A tale proposito, si dovrebbe considerare l'opportunità di presentare un caso all'autorità competente dell'altro Stato solo se le rilevanti informazioni siano state fornite [*le necessarie informazioni e i documenti saranno specificati nell'Accordo*].

Termini di Riferimento

Entro tre mesi dall'avvenuta ricezione dell'istanza da parte di entrambe le autorità competenti, queste dovranno concordare le questioni che il collegio arbitrale dovrà risolvere. Esse saranno comunicate per iscritto al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato (*Termini di Riferimento*). Le autorità competenti potranno inoltre, nei Termini di Riferimento, stabilire regole procedurali supplementari o diverse da quelle previste nell'Accordo.

Scelta degli arbitri

Entro tre mesi dalla ricezione dei Termini di Riferimento da parte del soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato o entro quattro mesi dalla ricezione dell'istanza di arbitrato da parte di entrambe le autorità competenti, ciascuna di esse dovrà nominare un arbitro. Entro due mesi dall'ultima nomina, gli arbitri così nominati dovranno a loro volta nominare un terzo arbitro che rivestirà il ruolo di Presidente. Se nessuna nomina è effettuata entro il periodo richiesto, vi provvederà il Direttore del Centro dell'OCSE per le Politiche Fiscali e l'Amministrazione che procederà alla nomina entro 10 giorni dal ricevimento della relativa istanza da parte della persona che ha inoltrato l'istanza di arbitrato. La stessa procedura sarà applicata con gli opportuni adattamenti se, per qualsiasi ragione, si rendesse necessario sostituire un arbitro dopo l'avvio della procedura arbitrale.

Idoneità e nomina degli arbitri

Qualsiasi persona, inclusi i funzionari di uno Stato contraente, può essere nominata arbitro, a meno che non sia stata coinvolta in precedenti fasi del procedimento arbitrale.

La nomina sarà considerata effettiva allorquando la lettera di nomina sia stata sottoscritta sia dalla persona o dalle persone che hanno il potere di nominare l'arbitro sia dallo stesso arbitro.

Comunicazioni e confidenzialità

Relativamente alle comunicazioni e alla confidenzialità connesse al caso sottoposto a procedimento arbitrale, ciascun arbitro è rappresentante legittimo dell'autorità competente che l'ha nominato o, se l'arbitro non è stato nominato da un'autorità competente soltanto, della competente autorità dello Stato contraente a cui il caso che ha dato origine alla procedura arbitrale è stato presentato inizialmente. Laddove un caso sia presentato simultaneamente ad entrambe le autorità competenti, l'espressione «la competente autorità dello Stato contraente a cui il caso che ha dato origine alla procedura arbitrale è stato inizialmente presentato» dovrà essere interpretata secondo quanto stabilito nel paragrafo 1 dell'articolo 25.

Regole procedurali e di istruttoria

Gli arbitri adotteranno le regole procedurali e di istruttoria che ritengono necessarie per la risoluzione delle questioni indicate nei Termini di Riferimento. Essi avranno accesso a tutte le informazioni necessarie a risolvere le questioni sottoposte ad arbitrato, incluse le informazioni confidenziali. A meno che le autorità competenti non prevedano diversamente, qualsiasi informazione non disponibile prima che l'istanza di arbitrato venga ricevuta da entrambe le autorità competenti non dovrà essere considerata ai fini della decisione.

Partecipazione del soggetto che ha inoltrato istanza di arbitrato

Il soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato può, direttamente o tramite i propri rappresentanti, presentare per iscritto le proprie osservazioni agli arbitri, nei limiti in cui ciò è consentito durante la procedura di accordo reciproco. Inoltre, col consenso degli arbitri, il soggetto può presentare oralmente le proprie osservazioni durante il procedimento arbitrale.

Principi giuridici applicabili

Gli arbitri dovranno pronunciarsi sulle questioni oggetto di procedura arbitrale in conformità con le disposizioni applicabili del trattato, nonché con le legislazioni domestiche degli Stati contraenti. Le questioni relative all'interpretazione del trattato saranno decise dagli arbitri alla luce dei principi contenuti negli articoli 31-34 della Convenzione di Vienna relativa all'interpretazione dei Trattati⁴⁶, avendo riguardo alle *Linee Guida*

⁴⁶ L'articolo 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969 contiene la regola generale per l'interpretazione:

«1. Un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo.
2. Ai fini dell'interpretazione di un trattato, il contesto comprende, oltre al testo, preambolo e allegati inclusi:
a) ogni accordo relativo al trattato e che sia intervenuto tra tutte le parti in occasione della sua conclusione;
b) ogni strumento disposto da una o più parti in occasione della conclusione del trattato ed accettato dalle altre parti in quanto strumento relativo al trattato.

dell'OCSE sul *Transfer Pricing per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali*⁴⁷. Gli arbitri faranno altresì riferimento ad ogni altra fonte individuata dalle autorità competenti nei Termini di Riferimento.

Decisione arbitrale

Laddove più di un arbitro sia stato nominato, la decisione arbitrale sarà adottata a maggioranza semplice degli arbitri. A meno che non sia previsto diversamente nei Termini di Riferimento, la decisione del collegio arbitrale avrà forma scritta e conterrà i riferimenti normativi e la motivazione alla base della stessa. Col consenso del soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato e di entrambe le autorità competenti, la decisione del collegio arbitrale sarà resa pubblica, previa redazione in forma anonima e con l'omissione di qualsiasi dettaglio che possa rivelare l'identità dei soggetti coinvolti e con l'indicazione che la decisione non ha valore di precedente vincolante.

Termine per la comunicazione della decisione arbitrale

La decisione arbitrale deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro sei mesi dalla data in cui il Presidente notifica per iscritto - alle competenti autorità e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato - di aver ricevuto tutte le informazioni necessarie ad iniziare la valutazione del caso. Se in qualsiasi momento - entro dieci mesi dalla data in cui l'ultimo arbitro è stato nominato - il Presidente, con il consenso di una delle autorità competenti, notifica per iscritto all'autorità competente e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato di non aver ricevuto tutte le informazioni necessarie per dare avvio alla valutazione del caso:

a) se il Presidente riceve le necessarie informazioni entro due mesi dalla notifica, la decisione arbitrale deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro sei mesi dalla data in cui dette informazioni sono giunte al Presidente, e

b) se il Presidente non ha ricevuto le necessarie informazioni entro due mesi dalla notifica, la decisione arbitrale deve, salvo diverso accordo tra le autorità competenti, essere adottata senza tener conto di quelle informazioni, anche se ricevute successivamente; la decisione deve essere comunicata alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato entro otto mesi dalla data della notifica.

Decisione finale

La decisione arbitrale deve considerarsi definitiva, a meno che sia ritenuta non suscettibile di esecuzione dagli organi giurisdizionali di uno degli Stati contraenti a causa

3. Verrà tenuto conto, oltre che del contesto:
 - a) di ogni accordo ulteriore intervenuto tra le parti circa l'interpretazione del trattato o l'attuazione delle disposizioni in esso contenute;
 - b) di ogni ulteriore pratica seguita nell'applicazione del trattato con la quale venga accertato l'accordo delle parti relativamente all'interpretazione del trattato;
 - c) di ogni norma pertinente di diritto internazionale, applicabile alle relazioni fra le parti.
4. Si ritiene che un termine o un'espressione abbiano un significato particolare se verrà accertato che tale era l'intenzione delle parti.

⁴⁷ Le *Linee Guida dell'OCSE sul Transfer Pricing per le Imprese Multinazionali e le Amministrazioni Fiscali* del 2000 contengono i principi - elaborati in sede OCSE ed universalmente accettati - applicabili alla determinazione dei prezzi di trasferimento di beni e servizi tra imprese consociate.

della violazione delle disposizioni di cui al paragrafo 5 dell'articolo 25 o di norme procedurali, incluse nei Termini di Riferimento o nell'Accordo. Qualora la decisione sia considerata non suscettibile di esecuzione per una delle suindicate cause, l'istanza di arbitrato deve esser considerata nulla e il procedimento arbitrale deve considerarsi come mai avvenuto. Le autorità competenti daranno esecuzione alla decisione arbitrale entro sei mesi dalla comunicazione della stessa, mediante il raggiungimento di un accordo reciproco sul caso che ha condotto alla procedura arbitrale.

Non adozione della decisione arbitrale

Laddove, in qualsiasi momento successivo alla presentazione dell'istanza arbitrale e prima che gli arbitri abbiano comunicato la decisione alle autorità competenti e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato, le autorità competenti notifichino per iscritto agli arbitri e al soggetto che ha inoltrato l'istanza di arbitrato di aver risolto ogni questione pendente individuata nei Termini di Riferimento, il caso sarà considerato deciso e risolto ai sensi della procedura di accordo reciproco e nessuna decisione arbitrale dovrà essere adottata.

Bibliografia

- OCSE, *Modello di Convenzione Fiscale sui Redditi e sul Patrimonio* (Parigi, 2005).
- OCSE, *Draft Contents of the 2008 Update to the Model Tax Convention* (Parigi, 21 aprile 2008)
- OCSE, *The 2008 Update to the OECD Model Tax Convention* (Parigi, 18 luglio 2008).
- OCSE, *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishment*, 17 luglio 2008.
- OSCE, *Tax Treaties Issues Related to REITs*, 28 gennaio 2008.
- VALENTE P., *Fiscalità sovranazionale* (Milano, 2008).
- VALENTE P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni* (Milano, 2008).





SEZIONE II

DOCUMENTI COMMENTATI

Commented documents







Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV

European Court of Justice – Grand Chamber – Judgment May 20th 2008 – Case C-194/06 – Pres. Skouris – Rel. Levits

Articles 56 EC to 58 EC – Free movement of capital – Taxation of dividends – Concession granted to a fiscal investment enterprise on account of tax deducted at source by another State from dividends received by that enterprise – Restriction of that concession to the amount that a shareholder resident in the Member State of establishment of that enterprise who has made an investment without such an enterprise acting as intermediary could have had credited to income tax on the basis of a convention for the prevention of double taxation – Restriction of that concession by reference to the shares of non-resident shareholders in the capital of that enterprise

Free movement of capital – Restrictions – Tax legislation – Corporation tax – Taxation of dividends received by collective investment enterprises

Free movement of capital – Restrictions on movements of capital to or from third countries – Restrictions on capital movements involving direct investment which existed on 31 December 1993 – Meaning of ‘direct investment’

Free movement of capital – Restrictions – Meaning – Same interpretation with regard to relations with third countries and within the Community – Limits

Articles 56 EC and 58 EC do not preclude legislation of a Member State which grants a concession to fiscal investment enterprises established in that Member State on account of tax deducted at source in another Member State from dividends received by those enterprises, and restricts that concession to the amount which a natural person resident in the first Member State could have had credited, on account of similar deductions, on the basis of a double taxation convention concluded with that other Member State.

Articles 56 EC and 58 EC preclude legislation of a Member State which grants a concession to fiscal investment enterprises established in that Member State on account of tax deducted at source in another Member State or third country from dividends received by those enterprises, and reduces that concession where and to the extent to which the shareholders of those enterprises are natural or legal persons resident or established in other Member States or in third countries, since such a reduction adversely affects all the shareholders of those enterprises without distinction, because it has the effect of reducing the total amount of profit for distribution.

A restriction is covered by Article 57(1) EC as being a restriction on the movement of capital involving direct investment in so far as it relates to investments of any kind undertaken by natural or legal persons and which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertakings to which that capital is made available in order to carry out an economic activity.



The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

Andrea Catasti

CONTENTS: 1. *The legal case; The national law*; 2. *The judgement and the principles of the community law enforced by the Court of Justice*; 3. *The taxation of dividends in the community law*; 3.1 *The system of rules*; 3.2 *The role of the Court of Justice from the judgement Svensson and Gustavsson (C-484/93) to the judgement Orange Smallcap (C-194/06)*; 4. *The consistency principles of taxation, non-restriction and proportionality in the judgement on 20th May 2008, law suit C-194/06*; 5. *The tax coordination on dividends' taxation matters: an aim still to be carried out.*

1. The legal case

The judgement dated on May 20th 2008, given in the lawsuit C-194/06, *Staatsecretaris van Financiën/Orange European Smallcap Fund NV*, was issued further to the demand of preliminary ruling¹ proposed to the Court of Justice by the highest Dutch jurisdictional body Hoge Raad der Nederlanden, under the article 234 of EC Treaty.

Two issues were considered indeed not to be clearly without substance by the Dutch Judge of last resort consistently with the Community Law of the Dutch tax regulations concerning dividends' taxation received by collective investment bodies² established in the Netherlands.

The dispute arose, between the collective investment body *Orange European Smallcap Fund*³ and the Dutch Tax Administration, because of a measure by which the tax administration partly rejected the offset claim put forward by the body at issue that claimed the acknowledgement of the total sum of the reduced taxes on the received dividends from resident or established companies in Holland as well as in other Member States⁴. The administration of the Netherlands considered indeed that the taxes paid in Germany

* Edited in english by the Author.

¹ Hoge Raad der Nederlanden, decision on 14th April 2006.

² The art.1, n.2, of the Committee directions December 20th 1985, 85/611/CEE, regarding the coordination of legislative, regulation and administration provisions about such general investment bodies in securities - UCITS- (G.L.375, p.3), defines the general investment bodies in securities as bodies: «whose sole object is the general investment in securities of the capital collected by public bodies and whose running is submitted to the rule of the risk sharing and whose shares are, on demand of bearers, directly or indirectly repurchased or reimbursed, at the above-said bodies' assets charge. (...Deliberate omission...)». Under the law of the same art.1, n.3, such bodies may get « the form of a convention - collective investment fund, managed by a management - or trust company ("unit trust") or the statute form - investment company». Later on, the direction 85/6111 at issue was changed by the European Parliament and Council direction on January 21st 2002, 2001/107/CE, issued with the aim to regulate investment companies and simplified schedules (GU 2002, L 41, pag. 20), and by the European Parliament and Council direction on January 21st 2002, 2001/108/CE, regarding the investments UCITS (GU 2002, L 41, pag. 35).

³ Hereinafter OESF.

⁴ For a brief as well as efficient handling of facts and several stages of the jurisdictional procedure by which the case OESF/ *Staatsecretaris van Financiën* has come to the consideration of the Dutch last resort body and, then, to the Court of Justice, you refer to Summing up General Lawyer Y. Bot, C-194/06, *Staatsecretaris van Financiën/Orange European Smallcap Fund NV*, registered on 3rd July 2007, II, Par.23-31.



Andrea Catasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

and in Portugal had to be left out from calculations. This was due, on the one hand, to the fact that the convention against the double taxation entered into from the Netherlands with the Federal Republic of Germany did not provide for the right to offset the German taxation levied on the dividends coming from this state and paid to a Dutch resident and, on the other hand, no such a convention was entered into between the Netherlands and the Portuguese Republic.

Furthermore, by enforcing the Dutch law in force on collective investment bodies matters⁵, the Dutch administration has further reduced the amount of the granted offset.

The *Gerechtshof te Amsterdam* – the Court of Appeal having territorial jurisdiction according to the Dutch legislation –, admitting a claim lodged by OESF, quashing the measure by which the Dutch financial administration had rejected the offset claim, declared that, both the leaving out from calculations of taxes paid on dividends in Germany and in Portugal for the offset, and its concomitant reduction proportionally to the participation in the fund capital of shareholders resident or established abroad, they account for an unwarranted hindrance to the free capital circulation.

The Dutch financial administration has so proposed a petition for the Court of Cassation against such a judgement, submitting the disputed issue to the Hoge Raad der Nederlanden consideration. The Dutch Supreme Court, as we have already mentioned, taking into account the legal proceedings, made the decision to defer the judgement in order to submit the Dutch taxation system compatibility issue with the Community law on dividends matters to the European Communities' Court of Justice.

1. The national law

The taxation system of collective investment bodies is controlled, in the Dutch Law, by the art.28 of the 1969 law on companies' taxation matters – *Wet op de vennootschapsbelasting* - in fixed provisions with the art. 6 of the law by decree regarding collective investment bodies – *Besluit beleggingsinstellingen* - From an overall consideration of the rules at issue, you infer that such bodies are submitted to a particular taxation system, essentially aimed at most levelling the fiscal pressure on profits coming from these bodies' investments to the fiscal pressure on proceeds coming from private investors' investments.⁶

Aiming at levelling the aforesaid fiscal pressure, as a matter of facts, the Dutch tax legislation provides for a special system through which the gains coming from a collective investment body, in spite of their formal subjection to taxation on companies, they are not subjected to taxes as the taxation is equivalent to zero rate. However, in return, the investment body has to provide the evidence that those gains will be entirely allotted to its shareholders within the next eight months since the end of the tax period at issue.

The system of zero rate taxation on dividends received by the collective investment body is carried out under the process of the withholding tax by the allocating companies, a process followed by the complete reimbursement to the investment body of the substitute tax calculated by the withholding tax.

⁵ As you find in the course of the handling of facts – into par. 1.1, in the Netherlands the rules and regulations of collective investment bodies are controlled by the art.28 of the 1969 law on companies' taxation matters – *Wet op de vennootschapsbelasting* in fixed provisions with the art. 6 of the law by decree regarding collective investment bodies – *Besluit beleggingsinstellingen* - .

⁶ Thus, it is important to emphasize that such investments are subjected to the Dutch tax legislation – as it is practicable- as if these proceeds were received by shareholders directly.



However, the system of reimbursement of the withholding tax from the dividends received by the investment body works differently according to the residence or the settlement of the allocating companies.

As a matter of facts, under the legislation at issue, if a UCITS receives dividends from companies with their head office in the Netherlands, it is allowed the reimbursement of the Dutch tax on dividends taken at its charge by the withholding tax calculated by the allocating company. If, on the contrary, the aforesaid body – as it occurs in the case of the body *Orange Smallcap* – receives dividends even from companies established in other countries and in such countries they were withdrawn the withholding tax on them, it is allowed to offset the withdrawn tax abroad with the Dutch taxation on dividends. However, as mentioned above, the UCITS are bodies that some conditions met, the Netherlands subjects to zero rate – they are entirely reimbursed their revenue taxed by the withholding tax calculated by the allocating company. Thus, as there is not a proportional taxation on grounds of dividends coming from other countries, the Dutch regulation provides for a offset system by which the taxation withdrawn abroad may be calculated into the Dutch taxation on the income of receiving persons. Anyway, such an offset involves two limitations which were charged at in the above-said lawsuit.

On the one hand, indeed, the offset is restricted to the case where there are direct investments by resident or established in the Netherlands shareholders, who could claim a right to calculate the foreign tax into the Dutch taxation, as provided by common tax regulations or conventions against double taxations. On the other hand, the amount of the offset is reduced on the grounds of the participation in the capital of the investment body of shareholders not resident or not established in the Netherlands.

The system of offset, therefore, is provided for by the Dutch legislation with the aim to avoid the double taxation on dividends received by bodies – as UCITS and thus the fund *Orange smallcap* – subjected to taxation on zero rate companies.

Nevertheless, in the Dutch law, the usual regulations aiming at avoiding the double taxation do not provide for the calculation of the taxation withdrawn abroad. The kingdom of the Netherlands limits indeed the opportunity to calculate the foreign taxation into the Dutch taxation on companies only for the share of the Dutch taxation that can be attributed proportionally to the foreign dividends.

As already mentioned, being collective investment bodies subjected to zero rate in Holland, the system of offset provides the equalization of the dividends' taxation received on foreign capitals by shareholders of a UCITS with the taxation of dividends received by direct investors resident or established in Holland.

This offset, under the Dutch law, is calculated in the limitations of the subsistence of any convention against the double taxations between the State where the allocating company is resident or established and the Kingdom of the Netherlands providing for the right to calculate the tax withdrawn abroad on the Dutch taxation and even to its competition.

Furthermore, such a offset of the tax withdrawn abroad with the taxation on the income of companies or personal income-tax to be paid by receiving shareholders is reduced – as considered under the art.6 of the law by decree on collective investment bodies – proportionally if a collective investment body has shareholders who are not resident or established in the Netherlands.

From such a regulations system you conclude, therefore, on the one hand, that the Dutch tax legislation takes into account from an objective standpoint as not comparable – and thus subjected to a different management – the situations where revenues from



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

capital, such as dividends, are levied of taxation in a State with whom the Netherlands have entered into a convention against the double taxations and the situations where such revenues are levied of taxation in a State where there is no such conventions. On the other hand, you conclude that the national law at issue does not limit investments or the collection of capitals abroad, since the national dividends and the foreign ones received by the investment body are, impartially, managed in the same way as they are not taxed in it and the situation of a direct investor is not differently taken into account compared to the situation concerning a UCITS shareholder in point of the withholding tax levied in the Netherlands – that is levied in the same way also for the foreign dividends by the system of offset⁷ – However, the different management on grounds of the subsistence or not of a convention against the double taxations is the discriminant that enables or not that the amount of the tax deductions levied abroad can be offset with the income tax paid by receiving people resident or established in Holland.

We are discussing - as the Court of Justice has then confirmed - of an obstacle arising from a parallel exercising of two national taxation authorities where there is no way out as a relevant bilateral convention is lacking against the double taxation, because, without such a means of cooperation, the double taxation is not opposed to the community law.

2. The judgement and the enforcement of the community law principles by the Court of Justice

With the judgement dated May 20th 2008 C-194/06- *Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV*, the Court of Justice thus handled the subject of transnational dividends' taxation again.

Taking into account the several interpretations matters pointed out by the judge a quo, with the judgement at issue had to declare itself on the compatibility of a national taxation set of rules – in the case in point the Dutch one – with the principle of the free capital circulation considered from various angles.

This judgement actually allows a detailed analysis of important matters relevant to the distribution of dividends within the community, considering not only the issue of the legal double taxation of “incoming” dividends distributed by not resident companies but also the discriminant effects issued by a legislation when the receiving – natural or legal persons – are resident in other Member states or even resident in not community States.

Furthermore, this judgement is especially interesting since the Court of Justice enforced important principles by this time part of the law legacy that is to say the consistency principle of tax regulations, the proportionality principle, the non-discrimination principle and the non-restriction principle.

⁷ On that matter, as it has been specified by the Court of Justice in the judgement commented on, the risk that the Dutch tax legislation, even in the presence of a convention against the double taxations, creates an inequality treatment – in the taxation of capital gains from foreign place of origin - between a direct investor and a shareholder of an investment collective body would be driven away just by the existence in the same legislation of the offset institution. The existence of such an institution – whose process has been described in the par. 1.1- would prevent in truth hypothesizing that the Dutch law makes less attractive an investment by an investment collective body than a direct investment, being its *ratio* that of creating a uniform fiscal pressure on dividends produced by investments of different kind. However, as the Court stressed, the offset institution, as the right to charge, has anyhow to be provided for in the scope of a convention against the double taxations. Cfr. judgement dated May 20th 2008, *Orange Smallcap*, pt. 62-65, where the Court states that the existence of a convention against the double taxations is diriment aiming at making or not two situations objectively comparable in order to effect the offset.



As far as the first principle is concerned, the Court of Justice enforced it when – handling the first matter, *sub a*) – gave a negative answer regarding the subsistence of a limit to capitals movement if a state member denies the possibility to offset the withholding taxes levied on dividends in the state of residence of the allocating company when there is not a convention against the double taxations claiming such a right.⁸

This occurred because, the Court stated, « (...deliberate omission...) Community law does not require a Member State to grant a concession in response to offset the disadvantage resulting from a series of charges to tax that is exclusively due to the parallel exercise of the various Member States' fiscal sovereignty (...deliberate omission...)».⁹

About the principle of non-restriction as well as the principle of proportionality the Court has on the contrary enforced when – solving the problem *sub b*) of the first preliminary question pointed out by the national judge¹⁰ – declared that the EC Treaty provisions in point of capital circulation prevent a national set of rules which reduces the offset of tax withdraws levied at source on dividends abroad «(...deliberate omission...) where and to the extent to which the shareholders of those enterprises are natural or legal persons resident or established in other Member States, in so far as such a reduction adversely affects all the shareholders of those enterprises without distinction»¹¹.

The Court of Justice had then to judge even on other issues - strictly related to the first two-emphasized by the judge with the aim to achieve a preliminary question as exhaustive as possible on the main interpretative matter.

All that was achieved answering to the second preliminary question pointed out by the national judge including three subquestions, by two conclusions.

By the first conclusion he answered to the second question *sub a*) providing the element of direct investment demanded by the national judge and stating the way how «a restriction is covered by Article 57(1)EC as being a restriction on the movement of capital involving direct investment in so far as it relates to investments of any kind undertaken by natural or legal persons and which serve to establish or maintain lasting and direct links between the persons providing the capital and the undertakings to which that capital is made available in order to carry out an economic activity».

Jointly handling the two other subquestions *sub b*) and *sub c*)¹², the Court, with the second conclusion, has then declared that «articles 56 EC and 58 EC preclude legislation of a Member State, such as the legislation at issue in the main proceedings, which grants a concession to fiscal investment enterprises established in that Member State on account of tax deducted at source in another Member State or third country from dividends received by those enterprises, and reduces that concession where and to the extent to which the shareholders of those enterprises are natural or legal persons resident or established in other Member States or in third countries, since such a reduction adversely affects all the shareholders of those enterprises without distinction».

Finally, the Court of Justice declared itself on the third question pointed out by the national judge. Among the three subquestions included in the third preliminary question, the Court, on grounds of the answers given to the previous questions, considered having to entirely declare itself only on the third question, *sub b*) taking into account the reso-

⁸ Cfr. judgement dated May 20th 2008, C - 194/06, quot., pt.64.

⁹ Cfr. judgement dated May 20th 2008, C - 194/06, quot., pt.47.

¹⁰ Cfr. judgement dated May 20th 2008, C - 194/06, quot., pt.20 - Preliminary questions

¹¹ Cfr. judgement dated May 20th 2008, C - 194/06, quot., pt.85.

¹² The Court justified the joint handling of these two points stating precisely that « these questions, (...deliberate omission...)seek to establish whether the answer to Question 1(b) would be different if the dividends are received from a third country instead of from another Member State»(point 104).



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

lution of the subquestions *sub a*) and *sub c*) assimilated by the ordaining rendered on the first question, *sub b*).¹³ The Judge of Luxemburg declared itself on the third question, *sub c*) stating that the essential points of the *decisum* on the first question, *sub b*) can in no way be affected by the possibility that the shareholders of the investment body *Orange Smallcap* are resident or established in a State with whom the Member State of establishment of such a body has entered into a convention against the double taxations that, on mutual terms, provides for the levy of deductions charged at source on dividends. The same Judge stated reasons for this conclusion implicitly quoted the principle of non-discrimination enforced solving the first question *sub b*), affirming that the State of residence or establishment of OESF shareholders in this case in point «(...deliberate omission...)» is taken into account only for the reduction of the concession in proportion to the interest in the fiscal investment enterprise held by shareholders who are not resident or established in the Member State in which that enterprise is established (...deliberate omission...)»¹⁴ and that it is the exercising by a member State of one's taxation authority on dividends "outgoing" «which (...deliberate omission...)» justifies the need to extend it to the fiscal investment enterprises that include shareholders who are not resident or established in that Member State».¹⁵

3. Taxation of dividends in the Community Law

3.1 The system of rules

The circulation of dividends is a direct consequence of the free circulation of capitals in the European single market.

Therefore, their taxation by individual Member States has to be carried out in the respect of the community law and, especially, of essential rights laid down by the EC Treaty¹⁶.

In respect of the circulation of capitals this Treaty, at Heading IV art. 56 and following – of Section III dealing with the four essential rights – gives clear as well as complex provisions.

¹³ In truth, handling the third question *sub a*) submitted to it by the national Judge, the Court affirmed that, since the dividends coming from Portugal were not taken into account in respect of the tax offset calculation granted by the collective investment body, it follows it is absolutely insignificant that the dividends in that member State are subjected to a withholding tax with a higher rate compared to the one enforced in the Netherlands – indeed the withholding tax rate enforced on dividends paid to OESF in Portugal is of 17,5 %, whereas the withholding tax on dividends distributed to OESF shareholders in the Netherlands amounts to 15 % - cfr points 110,111. On the contrary, in the handling of the subquestion *sub c*), the community Judge has simply quoted the solution given to the first question, *sub b*), considering the question pointed out by the national judge-by which you ask for any relevancy to the purpose of the resolution of the two first questions that the OESF foreign shareholders are resident or established in another EU member State – assimilated by the answer given to the first question *sub b*).

¹⁴ Cfr. judgement dated May 20th 2008, quot., C - 194/06, pt.112.

¹⁵ Cfr. judgement dated May 20th 2008, quot., C - 194/06, pt. 113.

¹⁶ It deals with by this time a become established principle by the Court of Justice which is quoted in several cases comp. *ex multis* judgements on August 11th 1995, law suit C-80/94, *Wielockx*, (Collect. pag. I2493, pt. 16); July 16th 1998, law suit C-264/96, *ICI*, (Collect. pag. I4695, pt. 19), and on April 29th 1999, law suit C-311/97, *Royal Bank of Scotland*, (Collect. pag. I2651, pt. 19); March 6th 2007, law suit C-292/04, *Meilicke and a.*, (Collect. pag. I-1835, pt. 19). For further information about this topic see: GORI P., *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli Stati membri*, in *Giurisprudenza italiana*, 1964 I sez. I Col. 1073-1086; CATALANO N., *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Il Foro Italiano*, 1964, IV, col. 152-159; SASSE C., *The Common market: between international and municipal law*, in *Yale Law Journal*, 1965-66, 5, 695-753; QUAGHEBEUR M., *A bridge over muddled waters – Coherence in the case-law of the Court of Justice of the European Communities relating to discrimination against non-resident*, in *EC Tax Journal*, 1995, 109-134; DASSESE M., *The Wielockx and Svensson judgements: "fiscal cohesion" with a different flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995-1996, 181-185; MUGURUZA ARRESE J., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di Giustizia CEE ci ripensa: la "coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1996, II, 683-699.



This is due to, on the one hand it calls for the total prohibition of any limits to movements of capitals among Member States – art. 56 EC Treaty (ex art. 73B), on the other hand – except for the temporary laws of art. 57 – they are empowered to choose among the taxpayers subjected to their individual tax regulations.

Such a prerogative allows the Member States to differentiate treatment among objectively not comparable situations on grounds of the residence or the place of settlement of their capital – art. 58, lett. A) (ex art. 73D) EC Treaty – or rather «to take all needed measures to avoid the elusion of the home tax regulations in addition to adopt measures justified by peace and public security reasons » – art. 58 n. 1, lett. b) (ex art. 73D) –.

However, the exertion of the right warranted by the art. 58 par.1 EC Treaty is limited by the provision there of the par.3 in the same article, where the Treaty explicitly calls for the measures there of the paragraphs 2 and 3 which do not have to constitute a means of arbitrary discrimination, or a concealed limitation to the free movement of capitals and payments in the art. 56 of the EC Treaty.

From what we have dealt with so far it becomes apparent that the community system of rules on capital circulation matters is complex as the Member States have the difficult task to keep a reasonable balance in the taxation of capital gains, in order to prevent that the exertion of their “fiscal justification” is an obstacle to carry out the aims of this Treaty.

To achieve this balance in the taxation of capital gains as dividends are – either “in coming” or “outgoing” – is even more difficult because of the lack, in the Treaty itself, of rules related to the sharing out of taxation power among Member States in point of within the community dividends.

Except for the Directive “parent-subsidiary” CE/90/435 – as modified by the Directive CE/2003/123 – which is enforceable only in the presence of the conditions provided for in it,¹⁷ the taxation of dividends is indeed a case in point which is placed in the scope of direct taxation that, to this day, is not counted among the EU prerogatives.

The Member States may thus still lay down the conditions of their taxation power independently on such matters – from the tax framework to the condition to collect taxes – in a unilateral or conventional way, by international conventions under the art. 293 (ex art. 220) EC Treaty.¹⁸

However, as it is quoted several times by the Court of Justice¹⁹, the exertion of such a jurisdiction is not unlimited because, as already mentioned as far as capital circulation is concerned, has to be exerted in the respect of the community law and particularly of circulation rights provided for by this Treaty.

¹⁷ Although the “new” Directive “parent-subsidiary” of 123 of 2003 has considerably increased the field of enforcement of common tax regulations provided for by the Directive 435 of 1990, the admission to community regulations aimed at preventing the double taxation on dividends from related companies is still subjected to specific restrictions. The measures – aimed at preventing the double taxation – such as tax credit or dividends exemption – provided for by the Directive are indeed enforceable if: a) the community enterprise, resident in a Member State, takes one of the frameworks pointed out by the Directive; b) the mother – company, interested in preventing the double taxation, has owned a share in the capital of the distributing daughter-company equal to at least 10 % of it – this share was 25% previously - for at least 12 uninterrupted months; c) the enterprise is subjected to taxation on companies in the Member State of residence.

¹⁸ The art. 293 (ex art. 220) EC Treaty includes two provisions related to direct taxation matters. Indeed, in two of the four points composing it, it provides for «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 (...deliberate omission...) the abolition of double taxation within the Communitythe 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 (...deliberate omission...)»

¹⁹ See the above note 16.



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

To respect the community law and, as a consequence, the essential rights of circulation sanctioned by the Treaty means, as a matter of fact, that the Member States have to cooperate to prevent or ease the system of double taxation.

This system, although it contradicts the essential grounds of a common market economy as the European one is, it cannot be defined, yet, opposed to the community law.²⁰

As it was emphasized²¹, no measure relevant to the sharing of competences among the Member States aimed at avoiding the double taxations was taken in the scope of this Treaty. Especially in point of capital circulation, except for the well known directives “parent-subsidiary” 90/435/CEE²² – as modified by the Directive 2003/123/Ce dated December 22nd 2003- “cross-border merger” 90/434/CEE – as modified by the Directive 2005/19/CE on February 17th 2005 - and the arbitral convention about “transfer pricing” 90/436/CEE, no directive or multilateral convention was adopted in order to regulate as a whole the sharing of the tax jurisdiction of the Member States.

Therefore, in the current community set of rules and the interpretation provided by the law of the Court of Justice, in case a double taxation results from the independent exertion by the Member States of the respective competences on tax matters, this double taxation does not represent²³ a breach to the community law.

Therefore, in the absence of specific measures or a multilateral convention for this purpose, the Member States are free to lay down rules to share among them of the tax power and to take, unilaterally or by bilateral conventions, the needed measures to prevent events of double taxation. Yet, in the exertion of such a tax power, the Member States, either by unilateral measures or conventional, have to respect the rules of the community law and, especially, those resulting from the right of circulation.²⁴

So far therefore we have emphasized that the Member States, in the absence of specific measures or agreements, are still free to lay down the conditions of taxation of capital gains in any way associated with their territory. We have also pointed out that they, on the other hand, have to estimate their tax jurisdiction with the rules of the community law, especially with the essential rights of circulation.

As the several judgements by the Court of Justice are evidence of by this time on direct taxation matters, the exertion of the rights of capital circulation, of services, of goods and people sanctioned by the EC Treaty is, and it continues to be, strongly thwarted by the existence of many tax regulations within the common market.

This is even more real if we consider that the few interventions of reconciliation of regulations in point of capital circulation²⁵ and the bilateral conventions against the double taxation often proved inadequate to prevent that transfrontier economic activities are object of discrimination or limitations of fiscal kind.

²⁰ Cfr. Conclusions by General Lawyer Y. Bot, C-194/06, *Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV*, provided on July 3rd 2007, IV, par. 48.

²¹ Cfr. Y. Bot, quot., 03/07/2007, par. 49.

²² The Directive “parent-subsidiary” 90/435/CEE is a provision aiming at avoiding the double taxations of profits and dividends of companies incorporated among them but non-resident in the same fiscal jurisdiction. The Directive at issue is – together with the Directive “cross-border merger” 90/434/CEE and the multilateral Convention 90/436/CEE about transfer pricing – a provision of great importance to solve the problem of the double taxation of companies’ profits by reconciliation of the Member States’ regulations.

²³ Cfr. judgement 14/11/2006, C-513/04, *Kerckhaert e Morres* pt. 20 where the Court stated that, in absence of a conduct representing discrimination or limitation, is not possible to censor, on grounds of the community law, the unfavourable consequences resulting from, for the taxpayer, the parallel exertion by two Member States of their fiscal jurisdiction.

²⁴ Cfr. Y. Bot., quot. 03/07/2007 par. 51. Cfr. also judgement dated September 21st 1999, C-307/97, *Saint-Gobain ZN* pt. 57 e 58.

²⁵ Cfr. above par. 2.1.



2.2 The right of capital circulation: the role of the Court of Justice from the judgement Svensson and Gustavsson (C-484/93) to the judgement about the case D (C-376/03) on non-limitation, non-discrimination, and coherence of the tax regulations

The rules and the arguments supported by the Court of Justice for its decision made in the law suit C-194/06 are the outcome of an almost twenty-year law production on capital circulation matters²⁶. Early in 1995, the judgement C-484/93 *Svensson and Gustavsson*²⁷, the Court stated the incompatibility with the community law- particularly with the articles 49 (ex art. 59) e 56 (ex art.73B) EC Treaty - of a national legislation - the Luxembourgian one - which subordinates the deductibility of the interest allowed paid out in the event that the involved loan was granted by a credit institution established in the same Member State. It was a manifest limitation to the free capital circulation which, as it was less attractive for a resident the granting of a loan outside the national borders - had the consequence to thwart the collection of capitals in Luxembourg for the other community credit institutions.

In spite of the Luxembourg government had reasoned that the limitation resulted from the offset relationship satisfying balance needs between the granting of the fiscal benefit and the levy at the credit institutions charge, the Court considered that in the case in point such a relationship was not enough to justify a limitation aiming at protecting the coherence of the home tax regulations.

The judgement at issue is undoubtedly important because the Court positively enforced principles - such as the principle of non-limitation²⁸ and the principle of coherence in the tax regulations²⁹ - on which grounds the current interpretation guidance of the Court of justice has evolved in point of capital circulation as an essential right warranted by the EC Treaty.

The changes introduced by the Maastricht Treaty to the Treaty institutive on capital circulation matters have indeed definitely completed the deregulation of capital movements within the single market and carried out the ultimate final seal of the principle of the free capital circulation within the EC Treaty³⁰.

²⁶ Indeed, in the scope at issue the interpretation role by the Court of Justice has been - and it is still nowadays- particularly important and tricky for the central account given to the right of capital circulation in the single market and for the influence its judgements had on the legislation of the individual Member States.

²⁷ C-484/93 judgement dated November 14th 1995, *Svensson and Gustavsson/Ministre du Logement et de l'urbanisme*. For a close examination you see, *ex multis*: NGUYEN B., *Bachmann, Warner, Schumacker, Wielockx et les autres...ou quand la Court de Justice harmonise la fiscalité européenne*, in *Europe*, 1995 Decembre Chron. n. 12, 1-4; BLAISE J. B., ROBIN DELAINE C., *Libre prestation de services*, in *Revue des affaires européennes*, 1995, n. 4, 87-88.

²⁸ The principle of non limitation, as it is known, exegetically resulted from the art. 29 (ex art.34) EC Treaty sanctioning the prohibition of quantitative limitations to export and any provision of equal effect. As it is a functional rule in order to the real carrying out of the community targets in point of circulation right, the Court of Justice considered it a principle on which grounds the four essential rights have to be interpreted. Consequently, on grounds of the principle at issue all those restrictions provided for by the national provisions liable to influence the movements and compositions from the inside of the States towards the outside. As far as the prohibition of the non discrimination and non limitation is concerned you see especially: FANTOZZI A., *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, *Convegno di studio sui modelli impositivi comunitari nell'Europa allargata*, Bologna, 24-25 Settembre 2004; FANTOZZI - VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto*, IV, Sez. Comm., V, 182; ADONNINO P., *Il principio del divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3/2003, 183.

²⁹ The principle of coherence in the tax regulations has been for the first time stated by the Court of Justice, in the judgements dated January 28th 1992, law suit C-204/90, *Bachman*, and law suit C-300/90, *Commissione/Belgio*. In these judgements, jointly examined, the Court considered that the need to ensure coherence to a tax regulations can justify provisions qualified to restrict both the free circulation of workers and the free providing of services. For a close examination about the principle of coherence in the tax regulations you see: CLASSENS H., *Deductibilité fiscale des primes d'assurance (vie notamment): dispositions légales belges restrictives mais admissibles*, in *Revue de droit commercial belge*, 1992, 256; TE BOEKHORST P. J., *Tax discrimination permitted for reasons of coherence of tax system*, in *European Taxation*, 1992, 284-286.

³⁰ The final seal of the principle of the free capital circulation within the common market is the result of a long and gradual legislative evolution. Indeed, until the passing of the European Consolidation Act in 1986 - signed in



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

Therefore, since the coming into force of the changes to the EC Treaty introduced by the Treaty on EU, the Court of Justice has dealt with the subject of the free circulation of capitals as other essential rights and it has in *subiecta materia*, mostly enforced the principle of non-limitation.

The relevance this principle has had in point of capital circulation is proved by several and significant judgements passed after the judgement given on the case *Svensson and Gustavsson*.

We refer particularly to the cases *Verkooijen and Manninen*, considered with judgement on June 6th 2000 in the law suit C-35/98 and with judgement on September 7th 2004 in the law suit C-319/02.

In these cases the Court of Justice declared the Dutch and Finnish provisions on dividends taxation incompatible with the community law³¹. This happened because of the legislations of the two Member States on dividends' taxation matters³² limited investment and collection of capitals when they granted the benefit of respectively the exemption and the tax credit only to those dividends that had paid off the taxation of dividends in the Country of residence of the beneficiary. The ECJ stressed to this aim that such a legislation makes less attracting, for the investors resident in the Netherlands and in Finland, the shares or the capital shares of companies established outside these Member States³³, in manifest breach of the principle of the free circulation of capitals ex art.56 and 58 EC Treaty.

Thus, as in the judgement *Svensson and Gustavsson*³⁴ the community Court in the judgements on the cases *Verkooijen* and *Manninen* rejected the reasonings based on the

Luxembourg on February 17th 1986 and in Aia on February 28th 1986, and put in force in Italy by law n. 909 on 23-12-1986, and enforced on July 1st 1987 – the guidelines taken up to then were restricted to an incomplete deregulation, since the Rome Treaty, at the art. 67 abr., did not provide for any formal obligations relevant to the deregulation of capital movements. Under the above-said art. indeed the deregulation had to be carried out "to the extent necessary for the proper functioning of the common market". The European Consolidation Act, giving the same importance to the free circulation of capitals and to the free circulation of goods and services, has had an essential role because it has permitted the adoption of the Directive 88/361/CEE issued as a direct enforcing of the art.67 abr. of the CEE Treaty. The Maastricht Treaty in 1992 saw the effect of innovations provided by the directive at issue definitely sanctioning, at the art. 56 (ex art. 73B), the complete right of capital movements and the prohibition to limit such movements among Member States and among Member States and other countries.

³¹ The Dutch provisions in force during that period – Wet op de inkomstenbelasting 1964 (law relevant to the income tax)- in the judgement *Verkooijen* have been declared incompatible with the Directive 88/361/CEE issued in the carrying out of the principle of the free circulation of capitals implicitly included in the art. 67 abr. EC Treaty.

For further information about *Verkooijen* judgement, see, *ex multis*, : LUPO A., *Reliefs from Economic Double Taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases*, in *European Taxation*, 2000, pp. 270-275; GIORGI M., *La libera circolazione dei capitali nella Comunità Europea e il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, pp. 1358-1374; DIBOUT P., *La fiscalité à l'épreuve de la liberté de circulation des capitaux*, in *Revue de droit fiscal*, 2000, pp. 1365-1372.

³² For the Dutch legislation cfr. art. 24 Wet op de inkomstenbelasting 1964 - law relevant to the income tax- and 47b. This rule of the Dutch law on the income tax laid down an exemption for the dividends received by natural people who, within the limits of a fixed amount, had paid off the taxation in the Netherlands – that is to say the dividends resulted from shares or capital shares of companies established in the Netherlands – For the Finnish legislation cfr. art. 32 of the tuloverolaki (law relevant to the income tax) (1535/1992), on which grounds the dividends received by a person fiscally resident in Finland from a Finnish or foreign company with stock exchange quotations are taxable since they are capital gains. But particularly cfr. art.1 of laki yhtiöveron hyvityksestä (law of tax credit on dividends) (1232/1988), as modified by the law 1224/1999, according to which tax credit is only enforceable on dividends distributed by Finnish companies to people fiscally resident in Finland. For further information about *Manninen* judgement, see, *ex multis*: MARINI G., *Sentenza Manninen del 7 Settembre 2004: divieto comunitario di discriminazione e libertà di circolazione dei capitali*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, pp. 1910-1922; FRANZÉ R., *Doppia imposizione economica internazionale sugli utili societari e principio della libera circolazione dei capitali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 421-431; HINTSANEN L., PETERSON K., *The implications of the ECJ Holding the Denial of Finnish imputation credits in cross-boarder situations to be incompatible with the EC Treaty in the Manninen case*, *European Taxation*, 2005, 130-137; DASSESE M., *Taxation des dividendes transfrontaliers après l'arrêt Manninen: état des lieux et perspectives*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 493-514.

³³ Cfr. judgement *Verkooijen*, quot., law suit C-35/98, pt. 35.

³⁴ Cfr. judgement *Svensson e Gustavsson*, quot., law suit C-484/93, points 16-18.



need to keep the coherence of the tax regulations to justify the limitation under discussion³⁵. Indeed, in both cases, the Court has carefully stated precisely that the enforcing of the principle of coherence of the tax regulations, aimed at justifying a limitation made by a Member State, should be supported by the existence of a direct relationship between the fiscal granting and the subjection to the taxation of certain income³⁶. The need to keep the coherence of the tax regulations is valid therefore only when it is not foreseeable the carrying out of a specific offset relationship, provided for at the yield level, between the allowed reduction and the possibility to subject to taxation a given income.

In respect of this, the judgement *Manninen* provides further useful elements to understand how the Court of Justice conceives of and solves the problem of the balance between the opposite needs of non-limitation and coherence of the tax regulations.

In the case at issue, the Judge of Luxembourg has in truth reasoned his conclusions about the inexistence of the need to keep the coherence of the tax regulations pointing out that, according to the Finnish tax regulations on dividends matters, you cannot objectively differentiate between national and foreign dividends. This happens because the aims pursued by the Finnish legislation - aiming at preventing the legal double taxation on dividends - imply that the dividends distributed by national companies and the dividends distributed by foreign companies are, objectively, in the same situation. This teleological parameter³⁷ has in truth persuaded the Court to state that according to the coherence of the tax regulations, in the case of the Finnish provisions, the aim to prevent the double taxation on dividends should be respected independently on their coming from, provided that they have already paid off the taxation on companies.

The rule of the aim pursued by a legislation having the consequence to thwart the rights sanctioned by the Treaty may be indeed valid only if it pursues a legitimate aim in accordance with this Treaty and if it is justified by mandatory reasons of general interest³⁸. Even in such an hypothesis, however, its enforcement has to be suitable to guarantee the achievement of the aim pursued in this way and it has not to exceed what is necessary to attain it.³⁹

Aptly to complete the situation outlined so far on the guidelines expressed by the Court of Justice on taxation of dividends matters we quote the judgement on the law suit C-376/03, given with judgement dated July 5th 2005, case *D*.

This stop is meaningful since the Court provides some further references contributing to define the impact of the principles of non limitation and coherence of the tax regulations.

In the case at issue, the Judge of Luxembourg considered Mr D's property situation, resident in Germany, completely incomparable to that of a resident in the Netherlands or in Belgium who is subject passively to the property tax in force in the first member State⁴⁰.

³⁵ Cfr. judgement *Verkooijen*, law suit 35/98, quot., pt. 56-61. But also judgements June 27th 1996, law suit C-107/94, *Asscher*, p. 58 - July 16th 1998, law suit C-264/96, *ICI*, p. 29 - October 28th 1999, law suit C55/98, *Vestergaard*, p.24, and November 21st 2002, law suit C-436/00, *X e Y*, p. 52.

³⁶ The Court, in the judgements on the cases *Svensson and Gustavsson*, *Verkooijen and Manninen* refers indeed to the judgements dated January 28th 1992, law suit C- 204/90, *Bachmann*, p.28, and law suit C-300/90, *Commissione Belgio* p. 21 by which it had stated that the need to ensure the coherence of a tax regulations can justify provisions suitable to limit both the free circulation of workers and the free providing of services.

³⁷ Cfr. judgement March 11th 2004, C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, (Collect.pag. I-2409), pt. 67.

³⁸ Cfr. art. 58 (ex art. 73D) EC Treaty par. 1, lett.b) and par.3.

³⁹ Cfr. again judgement March 11th 2004, C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, (Collect.pag. I-2409), pt. 49.

⁴⁰ On grounds of *Wet VB* - Dutch law on the property tax, both residents and non-residents in the Netherlands are subject to taxation for property possessed in the State at issue, with a rate of 0.8 percent. The art.1 of the same law on the property tax provides for that the resident taxpayers benefit of an abatement enforced to the property for the



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

The Court of Justice has indeed stated the compatibility with the community law of the discrimination brought about by the Netherlands towards Mr D, declaring that « Articles 56 EC and 58 EC do not preclude tax legislation imposing a wealth tax which denies non-resident taxpayers who hold the major part of their wealth in the State where they are resident entitlement to the allowances granted to resident taxpayers.»⁴¹and excluding – declaring himself on the second question put by the Dutch national judge – that it is a breach of the art.56 and 58 EC Treaty the fact that «a rule laid down by a bilateral convention for the avoidance of double taxation (...deliberate omission...) not being extended to residents of a Member State which is not party to that convention»⁴².

To substantiate the first purview, the Court has clearly explained that «the different treatment of residents and non-residents by the Member State - is due to - the fact that the person concerned holds only a minor part of his wealth in that State and that he is accordingly not in a situation comparable to that of residents» and that «that person's State of residence has abolished wealth tax has no bearing on this factual situation».

In truth, the Court continues, «since he holds the major part of his wealth in the State where he is resident, the Member State in which he holds only a proportion of his wealth is not required to grant him the benefits which it grants to its own residents».⁴³

To substantiate the second purview, the Court has on the contrary stated that «the fact that those reciprocal rights and obligations apply only to persons resident in one of the two Contracting Member States is an inherent consequence of bilateral double taxation conventions. It follows that a taxable person resident in Belgium is not in the same situation as a taxable person resident outside Belgium so far as concerns wealth tax on real property situated in the Netherlands. A rule such as that laid down in Article 25(3) of the Belgium-Netherlands Convention cannot be regarded as a benefit separable from

wealth tax, an advantage not enjoyed by each non-resident who does not possess at least 90% of his wealth in the Netherlands. With this tax situation, the convention against the double taxation entered into by the Netherlands with Belgium acknowledges anyhow the benefit of the abatement to people resident in Belgium who possess wealth in the Netherlands less than the limit of 90 %, in this way treating the resident people in Belgium possessing some wealth in Holland as a resident in this State for the property tax. Mr D, even possessing on January 1st 1998 in the Netherlands only 10 % of his own wealth, he demanded anyhow the granting of the benefit of the abatement to the Dutch National Revenue, considering that the legislation in force in the same country is opposed to the free circulation of capitals there of art. 56 EC Treaty. In addition to that, the same claimant noticed a further discrimination to his prejudice because a resident in Belgium is treated as a resident in the Netherlands - taking advantage of the benefit at issue - even possessing in this Country a percentage of wealth less than 90% by virtue of a convention against the double taxation. The Dutch national judge, considering the reasonings by Mr D to support his claims, decided to defer his judgement and to submit essentially two - being the third question strictly of legal action kind - preliminary ruling questions to the community Court:

1) If the Community Law, particularly the art. 56 EC and following, is of impediment to a tax regulations as that there of the main law suit, on which grounds a resident person subject to taxation has always the right to an abatement for the property tax, whereas a non-resident person subject to taxation has no right if his property is mainly situated in his State of residence (where, on the one hand, no property tax is levied).

2) In case of negative solution, if such a solution is different in this case in point since the Netherlands, as provided by a bilateral convention, acknowledge to people resident in Belgium (where likewise no property tax is levied), who otherwise have a similar situation, the right to the said abatement.

3) (...deliberate omission...)

For further information about *D* judgement, see, *ex multis*: W WEBER D., SPIERTS E., *The "D" case: most-favoured-nation treatment and compensation of legal costs before the European Court of Justice*, in *European Taxation*, 2004, 65-71; VAN DER LINDE R., *Some thoughts on most-favoured-nation treatment within the European Community legal order in pursuance of the D case*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 10-17; DEROUIN P., *Differences de traitement fiscal resultant des conventions de double imposition entre états membres de l'Union Européenne*, in *Revue de droit fiscal*, 2005, pp. 1288-1302; BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità di situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, pp. 2038-2060.

⁴¹ Cfr. judgement D, quot., law suit C-376/03, purview n. 1).

⁴² Cfr. judgement D, quot., law suit C-376/03, purview n. 2).

⁴³ Cfr. judgement D, quot., law suit C-376/03, pt.41.



the remainder of the Convention, but is an integral part thereof and contributes to its overall balance»⁴⁴.

The arguments put this way by the Court to support its own conclusions about the case D prove in all their meaningfulness if they are regarded as the logical-juridical completion of a sequence of principles - rights rising in cases previously taken into account by the Court. In the judgement about the case D, the Judge of Luxembourg in truth proves the reinforcing as well as the coherence of his own interpretation guidelines on capital circulation matters quoting the principles of law emphasized in the judgement *Schumacker*⁴⁵.

The community judge in the judgement D considers, as mentioned, a legislation as the Dutch one on the property tax in accordance with the community law treating differently situations in actual facts different for a need to balance in the taxation system - considering legitimate, as mentioned, the differentiation between resident and non-resident taxpayers on grounds of the placing of their wealth as well as the limitation of benefits provided for by a bilateral convention to residents in the contracting States. In the judgement *Schumacker*, on the contrary, the Court regards the different treatment between resident and non-resident as discriminatory or limitative because of a lack of balance need justifying such an inequality.

It is interesting to remark that this judgement are quoted in the judgement given about the law suit C-376/03 just to state that the case in point of Mr *Schumacker* is not comparable to Mr D's situation.

The Court indeed declares that the principles expressed in the judgement *Schumacker* are meaningful also in the case D in spite of the different nature of the breach of

⁴⁴ Cfr. judgement D, quot., law suit C-376/03, pt.61-62.

⁴⁵ In the motive part of the judgement about the case D, the Court of Justice clearly quotes indeed the judgement dated February 14th 1995, given in the law suit C-279/93, *Schumacker* - cfr. pt. 21,25,26,29 -. In the judgement *Schumacker* of main importance in the magisterial field of the community judge, the Court criticizes - since incompatible with the art. 39(ex art.48) EC Treaty - the discrimination - not reasoned on grounds of general interest justifications - brought about by the German legislation on income tax matters towards the non-resident people in Germany. According to such a provisions, these persons took advantage of the tax break of the so-called splitting - it is a system which allows the married workers to moderate the progressiveness of the income tax rate - only the resident persons in the Federal Republic at issue and not also the non-resident who however got most of their own income in the same Member State. According to the Court, the provisions at issue brought about an unwarranted inequality of treatment between substantially similar situations.

The community Judge has thus criticized the Dutch legislation in force in that period on income tax matters stating the following principles of law:

1) «1) Article 48 of the Treaty must be interpreted as being capable of limiting the right of a Member State to lay down conditions concerning the liability to taxation of a national of another Member State and the manner in which tax is to be levied on the income received by him within its territory, since that article does not allow a Member State, as regards the collection of direct taxes, to treat a national of another Member State employed in the territory of the first State in the exercise of his right of freedom of movement less favourably than one of its own nationals in the same situation. (p.24)

2) The Court has consistently held that the rules regarding equal treatment forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead in fact to the same result (Case 153/73 *Sotgiu v Deutsche Bundespost* [1974] ECR 153, paragraph 11).

It is true that the rules at issue in the main proceedings apply irrespective of the nationality of the taxpayer concerned. However, national rules of that kind, under which a distinction is drawn on the basis of residence in that non-residents are denied certain benefits which are, conversely, granted to persons residing within national territory, are liable to operate mainly to the detriment of nationals of other Member States. Non-residents are in the majority of cases foreigners. (p. 26-28)

3) In relation to direct taxes, the situations of residents and of non-residents are not, as a rule, comparable. Income received in the territory of a Member State by a non-resident is in most cases only a part of his total income, which is concentrated at his place of residence. Moreover, a non-resident's personal ability to pay tax, determined by reference to his aggregate income and his personal and family circumstances, is more easy to assess at the place where his personal and financial interests are centred.



the essential right and the different kind of tax at issue in the two cases in point⁴⁶. However, the Court notices that the cases in point considered in the two law suits are not comparable because of the relevant different situations⁴⁷.

In the judgement *Schumacker* the Court has indeed noticed an inequality treatment on grounds of solely a concealed discrimination – as brought about according to the rule of residence – between quite similar situations. According to the Court indeed the German State, since Mr *Schumacker* got most of his own income from a business carried out in Germany, was able to estimate his personal and familiar income situation in order to enforce the tax benefit by himself appealed to. In the case of Mr D, on the contrary, the Court regards his situation not similar to that of resident people in the Netherlands. All that taking into account the small wealth possessed by Mr D in this State and the *ratio* of the property tax abatement provided for by the Dutch legislation, that is to redress taxation towards persons possessing most of their wealth in the Netherlands.

Therefore, from the outlined jurisprudential context, it comes out that the Court of Justice regards as legitimate in accordance with the community law – and particularly in accordance with the art. 58 par.1 EC Treaty – only those provisions of Member States which, although resulting in inequality treatments, are grounded on the taxpayers' different situations from an objective point of view, criticizing consequently any unfair treatment between situations which, on the contrary, are with impartiality similar.

From the judgements taken into account so far it comes out therefore a various as well as sufficiently precise guideline by the Court of Justice on capital circulation matters.

From that, you conclude that the Court of Justice – from the case *Schumacker* to the judgement *Orange Smallcap* – has substantially always tried to mediate, in the solving of its cases, between different as well as opposed principles in force in the community law, that is to say between the rights of circulation and the balance need of the tax system inside the Member States, principles that, concerning the right of capital circulation, are included in the art. 56 and 58 EC Treaty, respectively. Indeed, in absence of a set of rules regulating so far the considered cases in point by the Court of Luxembourg in point, such a set of rules are, currently, the only two juridical parameters on taxation of capital gains matters. As we remarked, there is a reference to the principles expressed in such

Consequently, the fact that a Member State does not grant to a non-resident certain tax benefits which it grants to a resident is not, as a rule, discriminatory since those two categories of taxpayer are not in a comparable situation. (p. 31-34)».

For further information about *Schumacker* judgement, see, *ex multis*: THOMMES O., KIBLBOCK I., *The tax treatment of non-resident taxpayers in the light of the most recent decision of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 1993, pp. 158-163; Kok C.; TE BOEKHORST, *German Tax regime for non-resident employees incompatible with EC Law*, in *European Taxation*, 1995, pp. 13-16; SCHAFFNER J., *L'arrêt Schumacker du 14 Février 1995: synthèse de la jurisprudence fiscale de la Court de Justice des Communautés Européennes en matière de libre circulation de travailleurs*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1995, II, pp. 86-93; AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1996, II, pp. 238-257.

⁴⁶ Cfr. judgement D, quot., law suit C-376/03, pt.31-32. In the case *Schumacker* the breach of the right was the free circulation of workers – art. 39(ex art. 48) EC Treaty and the law suit was about the lack of the acknowledge of a tax break – the splitting (cfr. note 45) – in force on income tax matters according to the German legislation. In the case D, the alleged breach of the right was the free circulation of capitals, since the law suit was about the lack of the acknowledge of a reduction provided for in favour of people subjected to the property tax provided for by the Dutch legislation.

⁴⁷ The Court in the judgement given about the case D also points out that the case in point is different from another case, similar to the case *Schumacker*, solved in favour of the taxpayer: it deals with the case *Wallentin*, decided with the judgement dated January 1st 2004, law suit C-169/03 – cfr. p. 42. In this case, the Court declared the Swedish provisions on income tax matters of people resident abroad – which provided for the taxation with withholding tax on income produced in Sweden by non-resident without allowing them the reductions and the abatements connected to the taxpayer's personal situation provided for, on the contrary, resident people- incompatible with the community principle of the free circulation of workers there of the art. 39 EC Treaty.



provisions, as well as to the relevant non-discrimination and non-limitation principles, by the supreme authority of the community law whenever it is necessary to judge the community legitimacy of national provisions⁴⁸.

3. The principles of coherence of the tax regulations, of non-limitation and proportionality in the judgement dated May 20th 2008, law suit C-194/06

In the previous paragraph we tried to expound, by a careful inquiry of some important cases, the essential features of the development of the interpretation guideline by the Court of Justice on capital circulation matters inside the community area. All that was expounded in order to better understand, generally, the logical-juridical and interpretative method adopted by the Court of Justice in the solving of issues subjected to it, and, particularly, to better understand the essential arguments of law on which grounds the same Judge solved the case *Orange Smallcap*.

In the commented on judgement, the Community Court proved faithful to its own precedents and its own juridical syllogism, enforcing of the principles of law become established by this time in its law heritage in relationship to special circumstances of the particular case in point.

As we saw in the paragraph 1.2, the Court of Justice, declaring itself on the first preliminary ruling question, sub *a*), excludes the possibility to censure at the community level a tax legislation such as the Dutch one if it does not allow the offset of taxation on dividends levied in Countries where the Netherlands did not enter into conventions against the double taxations. The community Judge considers not grounded such a limitation - or discrimination consulted the dividends coming from other member States - mainly under three points: *a*) the absence of a unifying measure or agreement allowing to completely revoke the community double taxation⁴⁹; *b*) the equal treatment given by the Dutch legislation to dividends coming from home or abroad⁵⁰; *c*) the fact that the offset of a foreign tax, as the right of charge, is a benefit which, if it is provided for by a bilateral convention, it makes up an integrating part of the individual convention not separable in order to relate it to similar cases⁵¹. The absence of a community coordination among the tax legislations of the individual member States and the equality of treatment between foreign and national dividends received by an investment collective body result in the Court of Justice's under obligation "acquittal" of the Dutch law on income tax matters, irrespective of the existence of the offset right in conventions entered into by the Kingdom of the Netherlands with States different from Portugal and Germany. Therefore, the Court regards as grounded the discrimination brought about by the Dutch law towards some dividends received by the OESF, quoting, in addition, that the community law does not oblige a member State to offset the possible disadvantages of a serial taxation exclusively resulting from a parallel exertion of tax authorities by the member States⁵².

The solving of the first sub issue included in the first preliminary ruling question is interesting if we consider the solution that the community Court gave to the second

⁴⁸ La Corte di Giustizia, nell'affrontare le questioni sottoposte al suo esame, adotta un sillogismo suddivisibile essenzialmente in quattro punti

⁴⁹ Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit 194/06, pt.32.

⁵⁰ Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit C-194/06, pt.34-37.

⁵¹ Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit 194/06, pt.46. But see also: judgement D, quot., law suit 376/03, pt.59-6; judgement dated December 12th 2006, C. 374/2004 *Test.*..., pt. 50,88-93 and C446/04, *Test.*..., p.47.

⁵² Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit C-194/06, pt.47.



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

sub issue. Indeed, in solving the doubts from the first preliminary ruling sub question the Court has estimated the coherence of the Dutch tax regulations declaring the inexistence of censuring conducts at the community level- such as a limitation or a discrimination -, in the solving the second sub question enforces as important as not much found in the community law on tax matters: the principle of proportionality⁵³.

Although this principle is not explicitly quoted by the Court in the arguments aimed at supporting its own conclusions on the matter, the same principle is however deducible from it.

In truth, concluding on the sub question b), the Court declares incompatible with the community law the Dutch legislation if it reduces the offset provided in favour of OICVM proportionally to the sharing of the shareholders resident or established in other member states or in third countries, grounding such a conclusion by the argument that every shareholder would be damaged by the reduction of the offset indiscriminately.

By this statement the Court reveals to have censured the Dutch regulation on the offset as its result would involve some extremely burdensome effects in respect of its pre-established purpose.

As we have already seen concerning the sub question a), the Court always proves especially careful in the surveying the *ratio* of the national set of rules in order to consider their compatibility or not with the community law.

We have also seen that, the Court in the consideration of the preliminary ruling questions, at first it takes into account the existence of a breach of an essential right in order to examine its validity – as for instance in the case D.

In the case *Orange Smallcap* the Court has even considered “not proportioned” the regulation on the offset after having examined at first the *ratio* of the Dutch law on taxation of dividends matters received by investment bodies and, later on, its compatibility with the community law.

In the handling of the second sub question sub b), the Judge of Luxembourg preliminarily quotes what he decreed on the first of the two dealt with subquestions.

The Court has indeed pointed out that if on the one hand – in circumstances as those of the case in point – the community law does not oblige a member State to provide for an offset which takes into account the deductions at source levied by another State in absence of a coordination between the two taxation systems, on the other hand, when such a benefit is granted, such an authority has to be exerted in accordance with the community law. The same Judge at first states indeed that the reduction of the offset – as it is provided for by the art. 6, n. 2 of the royal decree on taxation of dividends matters received by a collective investment body resident or established in Holland –, with a distinction based on the shareholders’ residence it has undoubtedly a restrictive effect of the capital collection by the OESF abroad. From such a limitation two effects come out. On the one hand the reduction plainly brings about a different treatment between a collective investment body whose shareholders are all resident or established in the Countries in respect

⁵³ Some elements are peacefully by this time regarded as forming the principle of proportionality such as the suitability, the necessity and the adequacy. If by suitability we mean the ability – estimated according to an *ex ante* examination – of a given action to achieve the pre-established purposes and by necessity its indispensability, by adequacy – or proportionality strictly meant – it imposes the choice of the less burdensome means in the achievement of the pre-established purpose by this action. The principle of proportionality has been introduced for the first time in the community legal system by the Maastricht Treaty, which has included in the Treaty institutive the provisions currently contained in the art. 5(ex art.3B). On tax matters, the Court of Justice has enforced the mentioned principle several times. You see, *ex multis*: judgement dated January 27th 2009, C-318/07 *Persche*; judgement dated December 18th 2007, C-101/05, A; judgement dated March 4th 2004, C-334/02, *Commissione/Francia*.



to a similar body whose capital is shared also by shareholders resident in states different from the Netherlands. On the other hand, the reduction being calculated on the overall amount of foreign dividends, it influences on the overall amount of profits to distribute.

Concerning the first effect, the Court, also on the grounds of the remarks provided by the government of the Netherlands and the solution given to the first question sub a), taking into account the *ratio* of the Dutch provisions on offset matters on the whole, the compatibility problem is faced with the art. 56 and 58 EC Treaty of such a distinction. Indeed, a distinction between dividends of different place of origin is regarded as admissible according to the community law on grounds of comparability criteria among the taxpayers' situations, in the same way it would be possible to state the compatibility with the community law of an all alike distinction brought about however not on grounds of dividends' place of origin but based on the residence of the receivers.

The same Judge goes so far as however to state that the restrictive effect at issue cannot be justified. This is due to the fact that the Kingdom of the Netherlands, although it subjects to zero rate the profits received by a collective investment body, it levies a tax on the dividends that the same body distributes to its own shareholders irrespective of their place of residence. Therefore, the Court reasons – embracing what the General Lawyer also stated⁵⁴ and quoting some of its important precedents⁵⁵ – «as soon as the Kingdom of the Netherlands decided to grant fiscal investment enterprises established within its territory a concession for tax deducted abroad» and, in the meantime, to exert its own tax authority on the whole of dividends distributed by such bodies irrespective of the fact they are or not resident in Holland, «it had to extend the benefit of that concession to fiscal investment enterprises which included shareholders not resident or established in that Member State».

The compatibility of the first of the effects issued by the Dutch provisions on the offset being excluded, with the principle of the free circulation of capitals, the Court considers the compatibility of a reduction of the tax amount to offset that, even though there are no differences based on the place of origin of dividends according to the residence of receivers, it disadvantages all shareholders indiscriminately.

Verifying the compatibility with the community law of such a restrictive effect that the Court of Justice enforces the principle of proportionality.

The Judge of Luxembourg indeed, answering to the remarks made by the Dutch government on the matter, states that the reduction provided for by the art.6, n.2 of the royal decree does not allow to achieve “proportionally” the aim to protect the coherence of the national tax regulations. The Court has in truth considered the arguments provided by the Dutch government lacking of value because of the fact they are essentially centred on the fact that by virtue of the conventions against the double taxations the non-residents paid off a tax on dividends with a rate less than the national one⁵⁶.

In primis, according to the same Judge it comes out by this time from a steady case law that the probable or real reduction of the tax revenues cannot be absolutely regarded as a mandatory argument of general interest ex art. 58 EC Treaty to be advanced in order to justify a measure opposed to a fundamental right⁵⁷. Secondly, even admitting the ne-

⁵⁴ Cfr. Conclusions General Lawyer Y. Bot, quot., pt. 121.

⁵⁵ You can see on that matter the judgement dated December 14th 2006, C-170/05, *Denkavit...*pt.37; judgement *Test...*quot., pt.70.

⁵⁶ Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit C-194/06, pt.80-81.

⁵⁷ Cfr. judgement *Orange Smallcap*, quot., law suit C-194/06, pt.84 but also: judgement Manninen, quot., law suit C-319/02, p.49; judgement Verkooijen, quot., law suit C-35/98, p.59; judgement October 3rd 2002, law suit C-136/00, *Danner*, p. 56 as well as *X and Y*, quot., p.50.



Andrea Castasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

cessity by a state to protect its own inland revenue, the Dutch fiscal measure at issue will have effects too burdensome in any case in relationship to the final aim to pursue.

Indeed the indiscriminate reduction of the whole of dividends of foreign place of origin to distribute among the shareholders according to their own individual share possessed in the investment body, brings about the unjustifiable consequence to give up the net profit of taxpayers resident or established in the Netherlands, a profit which certainly would not avoid the Dutch taxation.

Therefore, the Court of Luxembourg drops the hint, gathering the thread of its developed arguments, that even hypothesizing the community legitimacy of a national legislation having the ratio to protect its own inland revenue, in the case of the Dutch provisions at issue such an aim would not be however pursued by enforcing the principle of proportionality, which calls for the use of the least necessary means and sufficient to pursue the aim⁵⁸.

4. Conclusions: the tax coordination on the taxation of dividends matters as an aim still to be carried out.

The just now developed analysis of the regulations and jurisprudential situation in which the judgement C-194/06 *Orange Smallcap* takes its place is aimed at not only attempting to point out, in its basic features, the *status quo* of the Court of Justice law in point of taxation of dividends at the community law level but also, and above all, to provide a starting point for a critical analysis of the emphasized issues putting a question: where the tax coordination among the member States is achieved, could dyscrasias be prevented in respect of direct taxation at the community law level such as those occurred in the case *Orange Smallcap*?

The need to coordinate national tax regulations has been at this point felt for several years both by the dealers and law professionals and the European Commission itself, that, since the half of the '90s - as a result of a strategy change⁵⁹ - has done several times

⁵⁸ Concerning the matter at issue, you saw that the Court of Justice concluded with the incompatibility of the community law in relationship to a national set of rules reducing the amount to offset the foreign tax paid off by a collective investment body if and in so far that its shareholders is composed of natural persons or legal persons resident or established in other member States disadvantaging all shareholders indiscriminately. It is interesting to note that the Court of Justice considers - consistently with the principles composing its jurisprudential *acquis* - in a different way different situations even if concerning the same legislation of the same member State. You saw indeed that in relationship to the first issue *sub a*) it has been regarded as compatible with the community law a rule aimed at keeping the coherence of the tax regulations of benefits by refusing to allow the offset for taxes paid off in States with which the member State - in the case in point Holland - had not entered into a convention regulating the allocation of the tax commissions. In the conclusion on the sub question *sub b*), the Court has instead censured a rule - such as the art. 6, n.2 of the royal decree - which, although it also aimed at protecting the coherence of the inland tax regulations, it appeared not only "unproportioned" in its effects, but also not aimed at, on the contrary of the first one, protecting the system of the inland grantings but simply at keeping a mere inland revenue reduction.

⁵⁹ The entrance into agreement on taxation matters inside the European Council in July 1990 allowed the introduction in the community system of the three directives 90/434/CEE, 90/435/CEE and 90/436/CEE - see *supra* note 22 - that, as it is known, constitute a landmark in the system of community tax integration. However, in the following years the European Commission starts planning a strategy change in the approach to the direct taxation at the community level. Indeed, although the agreement method - or of the so-called piecemeal approach - had given quite gratifying results such as the adoption of the three directives of 1990, yet this method proved inadequate to completely solve the questions raised by community direct taxation. Generally the document stated as marking a turning point in respect of community fiscal policy is the paper presented to the ECOFIN Council by the European Commission, this Council took place in Verona in April 1996 - Document of debate for the informal meeting of the ECOFIN ministers "Taxation in the European Union." doc. SEC(96)487 Def. of March 20th 1996 - for a comment see CNOSEN S. , "Monti's ECOFIN Discussion Paper" in *Intertax*, 1996, n.6-7, p. 228-229. Such a document represents the incipit of a conducting strategy among the fiscal policies of the member States defined by the Commission itself as fiscal coordination - opposed



its very best to provide some solutions able to make the community direct taxation more coherent with the frame and the principles of the Single Market.

By means of repeated and significant interventions⁶⁰, the Commission has indeed identified and pointed out to the governments of the member States the means of coordination in point of direct taxation as the most efficient strategy to oppose the detrimental fiscal competition which still exists at the community level.

Unlike the agreement, the coordination has appeared as the most efficient way to make the national fiscal regulations coherent with the needs of the Single Market.

Conceptually, actually the coordination is not aimed at bringing together the legislations of States by the creation of a shared whole of rules replacing the national legislations- that in point of direct taxation it appears unlikely compatible with the inland needs of economic policy -, but rather it is aimed at making the national fiscal regulations compatible among them as well as the EC Treaty. It proves thus as a unilateral co-operation method that, carried out at the community level, and at a conventional level among the individual States, may be able to ensure that the national systems work in parallel without creating conflicts incompatible with the principles of the European regulations among them.

As pointed out by the important communication of the Commission 823 of 2006 on the coordination of the direct taxation systems of the member States in the inland market⁶¹, a fiscal treatment coherent with the principles ruling the Single Market needs of a level of coordination among the member States that, except that the national prerogatives in point of direct taxation, removes, first of all, all fiscal discriminations and the international double taxation.

The pursuing of such an aim, as it was keenly pointed out⁶², would depend on a coordination strategy working essentially on three fields: a) on the national field, by the unilateral adoption by the individual member States of measures being able, modifying the home legislation, to remove tax discrimination forms b) on the international field, by the entering into bilateral and multilateral conventions to prevent the double taxation - or non-double taxation - c) on the community field, if the double taxation or non-double taxation is the consequence of manifest dyscrasias among the national tax systems.

to agreement, that, in absence of modifications to the institutional situation of the Treaty on fiscal matters- represented the only system to pursue the aim of the community tax integration. It is on grounds of such a strategy which afterwards the so-called "pacchetto Monti" of 1997, whose Directives 2003/48 and 2003/49/2003/CE - on saving taxation and interests and royalties - represent an extension.. In addition, it is necessary to keep in mind that the adoption of the aforesaid Directives has been however spurred by the communication 726 of 2003 COM(2003)726 - presented by the European Commission to the ECOFIN Council of November 25th 2003 - by which the community executive body has given proof to want to follow a so-called "two-track" approach - already started by the communication 582 of 2001, COM(2001)582 - for the problem of the community direct taxation, proposing in the meantime short term measures aimed - or "targeted measures" such as the directives saving and interests and royalties - and long term measures, among them we point out the proposal of the common system of taxation of companies in the form of consolidated income base - CCCTB.

⁶⁰ Since 1996, the fiscal coordination has been regarded by the European Commission as an important means to be put together with the method of the fiscal agreement by adopting directives. This is especially due to the difficulties run into by this method in the unavoidable rule of unanimity established by the art. 94(ex art.100)EC Treaty. Among the communications adopted by the Commission since 1996, the communications of 2005, COM(2005)532 of November 25th 2005 and 2006 COM(2006)832 of December 19th 2006, COM(2006)824, COM(2006)825, both adopted on December 21st 2006, come out for their explicit reference to the fiscal coordination.

⁶¹ COM(2006)823 of December 19th 2006, Communication of the Commission to the Council, to the European Parliament and to the European Economic and Social Committee, *Co-ordinating Member States' direct tax systems in the Internal Market*.

⁶² Cfr. ZALASINSKI A., ROCCATAGLIATA F., *Un'azione comunitaria per agevolare il coordinamento tra gli ordinamenti fiscali degli Stati membri: la comunicazione della Commissione sul coordinamento dei sistemi di imposizione diretta: una nuova tappa nella strategia di cooperazione tra la Commissione Europea e gli Stati membri*, in this Review, 1, 2007, pp. 203-216



Andrea Catasti: *The Court of Justice tackles the problem of the double taxation of dividends in the community scope once again: when is it legitimate and when is it unproportioned?*

A so planned coordination would thus appear not only in accordance with the principle of subsidiarity in force in the community regulations, but also respecting the provisions of the law there of the art.293 (ex art. 220) EC Treaty, by which the commitment by the member States is sanctioned to enter into, if needed, negotiations aimed at ensuring the removal of the double taxation inside the Community. In addition to that a coordination carried out in several periods of time – of short and long term – at different institutional levels and, under the community level, according to a strategy interchanges aimed at and so-called *comprehensive* interventions, is still in accordance with the approach to the direct taxation more in the lead than thought by the Commission, that is to say the “two-track”⁶³ approach. This strategy is characterised in truth by the interaction, matched over time, of interventions aimed at removing particular obstacles – as for instance the latest directives of the year 2003 in point of saving and interests and royalties as well as the “new” Directive “mother-daughter” 123 of 2003⁶⁴ and more ambitious interventions and of wider range – such as the proposal of directive for an income base consolidated at the European level (CCCTB) included at first in the communication 582 of 2001, COM(2001)582 and then in the communication 726 of 2003 –.

Thus, it appears reasonable that the tax integration at the community level – of most importance for a correct working of the single market - can be the outcome of a coordination carried out by a balanced synergy, being in its turn the result of a close cooperation between the European Commission and the member States.

Such a cooperation could have concrete results just when, on the one hand, the individual member States succeed in adopting fiscal policies able to make their own inland system compatible with the targets of the European Union and, on the other hand, the community institutions succeed, from their supranational position, in interpreting correctly the role they have by virtue of the art. 3 and 4 EC Treaty, adopting, whenever needed, the measures suited to the purpose to complete the European integration even on taxation matters.

⁶³ See supra note 61.

⁶⁴ Directive 2003/123/CE of December 22nd 2003.







Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV

Corte di Giustizia delle Comunità europee - Grande Sezione - Sentenza 20 maggio 2008
- Causa C-194/06 - Pres. Skouris - Rel. Levits

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Legislazione fiscale - Imposta sulle società - Tassazione dei dividendi versati a fondi di investimento - Concessione di una compensazione per l'imposta trattenuta alla fonte sui dividendi di origine straniera - Limitazione all'importo che può essere imputato da una persona fisica residente in virtù di una convenzione contro la doppia imposizione conclusa con lo Stato membro di imposizione alla fonte - Ammissibilità

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Legislazione fiscale - Imposta sulle società - Tassazione dei dividendi versati a fondi di investimento - Concessione di compensazione per l'imposta trattenuta alla fonte sui dividendi di origine straniera - Riduzione della compensazione proporzionalmente alla quota di capitale di questi organismi detenuta da non residenti - Inammissibilità - Giustificazione - Insussistenza

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni ai movimenti di capitali a destinazione o provenienti da paesi terzi - Le restrizioni ai movimenti di capitali che comportano investimenti diretti in vigore il 31 dicembre 1993 - Definizione di *investimenti diretti* - gli investimenti utilizzati per creare o mantenere diretti e duraturi rapporti tra il finanziatore e la società che riceve i fondi per l'esercizio di attività economica - Inclusionione

Libera circolazione dei capitali - Restrizioni - Nozione - Interpretazione identica nei rapporti con i paesi terzi e all'interno della Comunità - Restrizioni

Gli articoli 56 CE e 58 CE non ostano ad una normativa di uno Stato membro la quale, prevedendo a favore degli organismi di investimento collettivo a carattere fiscale stabiliti nel territorio di tale Stato membro una compensazione destinata a tener conto dei prelievi fiscali effettuati alla fonte da un altro Stato membro sui dividendi versati ai detti organismi, limiti tale compensazione all'importo che una persona fisica residente nel territorio del detto primo Stato membro avrebbe potuto imputare, in ragione di prelievi analoghi, in virtù di una convenzione diretta a prevenire le doppie imposizioni conclusa con l'altro Stato membro.

Gli artt. 56 CE e 58 CE ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella di cui alla causa principale, la quale, prevedendo a favore degli organismi di investimento collettivo a carattere fiscale stabiliti nel territorio di tale Stato membro una compensazione destinata a tener conto dei prelievi fiscali effettuati alla fonte da un altro Stato membro sui dividendi versati a tali organismi, riduca tale compensazione se e nella misura in cui l'azionariato di questi ultimi sia costituito da persone fisiche o giuridiche che risiedono o sono stabilite in altri Stati membri, in quanto una riduzione siffatta penalizza indistintamente tutti gli azionisti di tali organismi.

Nessun rilievo assume al riguardo il fatto che gli azionisti stranieri di un organismo di investimento collettivo a carattere fiscale risiedano o siano stabiliti in uno Stato con il quale lo Stato membro di stabilimento di tale organismo ha concluso una convenzione che prevede, su una base di reciprocità, l'imputazione delle ritenute fiscali operate alla fonte sui dividendi.

Una restrizione ricade sotto l'articolo 57, paragrafo 1, CE in quanto restrizione dei movimenti di capitali implicante investimenti diretti nel momento in cui si rapporta ad investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche ed aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica.



La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?

Andrea Catasti

SOMMARIO: 1. Il Caso; 1.1 Il diritto nazionale; 1.2 La sentenza e i principi di diritto comunitario applicati dalla Corte di Giustizia; 2. La tassazione dei dividendi nel diritto comunitario; 2.1 Il quadro normativo; 2.2. La libertà di circolazione dei capitali: il ruolo della Corte di Giustizia dalla sentenza *Svensson e Gustavsson* (C-484/93) alla sentenza sul caso *D* (C-376/03) tra non restrizione, non discriminazione e coerenza del regime fiscale; 3. I principi di coerenza del regime fiscale, di non restrizione e di proporzionalità nella sentenza 20 Maggio 2008, causa C-194/06; 4. Conclusione: Il coordinamento fiscale in materia di tassazione dei dividendi come un obiettivo ancora da realizzare.

Il Caso

La sentenza del 20 Maggio 2008, resa nella causa C-194/06, *Staatsecretaris van Financiën/Orange European Smallcap Fund NV*, è stata emanata a seguito della domanda di pronuncia pregiudiziale¹ proposta alla Corte di Giustizia dal supremo organo giurisdizionale olandese Hoge Raad der Nederlanden, ai sensi dell'art. 234 Trattato CE.

Il Giudice olandese di ultima istanza ha invero considerato non manifestamente infondate due questioni di compatibilità con il diritto comunitario del regime di imposizione olandese per ciò che attiene alla tassazione dei dividendi percepiti da organismi di investimento collettivo² stabiliti nei Paesi Bassi.

La controversia tra l'organismo di investimento collettivo *Orange European Smallcap Fund*³ e l'Amministrazione fiscale olandese è sorta a causa di un provvedimento con cui la stessa Amministrazione ha parzialmente rigettato la domanda di compensazione con cui l'organismo in questione chiedeva il riconoscimento del totale delle imposte scontate sui dividendi da esso percepiti da società residenti o stabilite in Olanda nonché in altri Stati Membri⁴. L'Amministrazione dei Paesi Bassi ritenne infatti come le imposte pagate

¹ Hoge Raad der Nederlanden, decisione del 14 Aprile 2006.

² L'art. 1, n. 2, della direttiva del Consiglio 20 dicembre 1985, 85/611/CEE, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative in materia di taluni organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari - OICVM - (GU L 375, pag. 3), definisce gli organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari come organismi: «- il cui oggetto esclusivo è l'investimento collettivo in valori mobiliari dei capitali raccolti presso il pubblico e il cui funzionamento è soggetto al principio della ripartizione dei rischi, e le cui quote sono, su richiesta dei portatori, riacquistate o rimborsate, direttamente o indirettamente, a carico del patrimonio dei suddetti organismi. (...Omissis...)». Ai sensi dello stesso art. 1, n. 3, tali organismi possono assumere «la forma contrattuale - fondo comune di investimento, gestito da una società di gestione - o di trust («unit trust») oppure la forma statutaria - società di investimento -». La direttiva 85/611 in questione è stata successivamente modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 gennaio 2002, 2001/107/CE, emanata al fine di regolamentare le società di gestione e i prospetti semplificati (GU 2002, L 41, pag. 20), e dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 21 gennaio 2002, 2001/108/CE, con riguardo agli investimenti OICVM (GU 2002, L 41, p. 35).

³ Di seguito OESF.

⁴ Per una sintetica quanto efficace trattazione dei fatti e delle varie fasi del procedimento giurisdizionale con cui il caso OESF/Staatsecretariat van Financiën è giunto all'esame dell'organo di ultima istanza olandese e, poi, alla Corte di Giustizia, si vedano le Conclusioni Avvocato Generale Y. Bot, C-194/06 *Staatsecretaris van Financiën/Orange European Smallcap Fund NV*, depositate il 3 Luglio 2007, II, par. 23-31.



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

in Germania e in Portogallo dovessero essere escluse dalla base di calcolo. Ciò in quanto, da un lato, la convenzione contro le doppie imposizioni stipulata dai Paesi Bassi con la Repubblica Federale di Germania non prevedeva un diritto alla compensazione dell'imposta tedesca prelevata sui dividendi provenienti da tale Stato e versati ad un residente olandese e, dall'altro, nessuna convenzione di tal tipo era stata stipulata tra i Paesi Bassi e la Repubblica portoghese.

Inoltre, facendo applicazione del diritto olandese vigente in materia di organismi di investimento collettivo⁵, l'Amministrazione olandese ha ridotto ulteriormente l'importo della compensazione concessa.

Il *Gerechtshof te Amsterdam* – la Corte d'appello competente per territorio secondo la legislazione olandese –, adito con ricorso presentato dall'OESF, annullando il provvedimento con cui l'Amministrazione finanziaria olandese aveva rigettato la richiesta di compensazione, ha affermato come, tanto l'esclusione delle imposte sui dividendi scontate in Germania e in Portogallo dalla base di calcolo per la compensazione, quanto la contestuale riduzione di quest'ultima proporzionalmente alla partecipazione nel capitale del fondo di azionisti residenti o stabiliti all'estero, costituissero un ostacolo ingiustificato alla libera circolazione dei capitali.

L'Amministrazione finanziaria olandese ha così proposto ricorso per cassazione contro tale pronuncia, portando la questione controversa all'esame dell'Hoge Raad der Nederlanden. La Corte Suprema olandese, come già accennato, esaminati gli atti di causa, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre la questione di compatibilità del regime fiscale olandese in materia di dividendi con il diritto comunitario alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

1.1 Il diritto nazionale

Il regime fiscale degli organismi di investimento collettivo è disciplinato, nel diritto olandese, dall'art. 28 della legge in materia di imposte sulle società del 1969 - *Wet op de vennootschapsbelasting* – in combinato disposto con l'art. 6 del decreto relativo agli organismi di investimento collettivo - *Besluit beleggingsinstellingen* -. Da un esame complessivo della normativa in questione, si desume come tali organismi siano soggetti ad uno speciale regime impositivo, volto essenzialmente ad equiparare il più possibile la pressione fiscale sui profitti degli investimenti effettuati da tali organismi alla pressione fiscale cui sono soggetti gli stessi proventi derivanti da investimenti effettuati da investitori privati⁶.

Al fine di operare l'equiparazione in questione, infatti, la legislazione tributaria olandese prevede un meccanismo particolare in base al quale gli utili di un organismo di investimento collettivo, sebbene formalmente assoggettati ad imposta sulle società, non vengono incisi dal tributo poiché la tassazione avviene aliquota zero. Tuttavia, in contropartita, l'organismo di investimento deve fornire la prova del fatto che gli utili da esso maturati sugli investimenti saranno integralmente distribuiti agli azionisti entro l'ottavo mese successivo alla fine del periodo di imposta di cui trattasi.

⁵ Come si vedrà nel prosieguo della trattazione - infra par. 1.1 -, la disciplina degli organismi collettivi di investimento è nei Paesi Bassi disciplinata dall'art. 28 della legge in materia di imposte sulle società del 1969 - *Wet op de vennootschapsbelasting* – in combinato disposto con l'art. 6 del decreto relativo agli organismi di investimento collettivo - *Besluit beleggingsinstellingen* - .

⁶ È importante sottolineare dunque come tali investimenti siano pertanto assoggettati dalla legislazione olandese ad imposta - per quanto è possibile - come se si trattasse di proventi direttamente percepiti dagli azionisti.



Il sistema della tassazione ad aliquota zero dei dividendi maturati dall'organismo di investimento collettivo avviene secondo il meccanismo della ritenuta alla fonte da parte delle società distributrici, cui fa seguito il rimborso integrale all'organismo di investimento dell'imposta sostitutiva operata attraverso la ritenuta.

Tuttavia, il sistema di rimborso delle ritenute alla fonte scontate dai dividendi maturati dall'organismo di investimento opera diversamente a seconda della residenza o dello stabilimento delle società distributrici.

Infatti, secondo la legislazione in esame, qualora un OICVM riceva dividendi da società con sede nei Paesi Bassi, ad esso viene concesso il rimborso dell'imposta olandese sui dividendi prelevata a sua carico mediante la ritenuta alla fonte effettuata dalla società distributtrice. Qualora, al contrario, l'organismo in questione - come nel caso dell'organismo *Orange Smallcap* - riceva dividendi anche da società stabilite in altri paesi e che in tali paesi abbiano scontato la ritenuta alla fonte sugli stessi, ad esso viene consentito di compensare l'imposta scontata all'estero nei limiti dell'imposta olandese che sarebbe ascrivibile a tali dividendi. Tuttavia, come sopra accennato, gli OICVM sono organismi che, soddisfatte determinate condizioni, il Regno dei Paesi Bassi assoggetta ad aliquota zero - ad essi viene infatti rimborsato l'intero reddito sottoposto a tassazione tramite la ritenuta operata alla fonte dalle società distributtrici -. Pertanto, non essendovi un'imposta ascrivibile proporzionalmente ai dividendi provenienti da altri paesi, la normativa olandese prevede un sistema di compensazione per cui l'imposta prelevata all'estero può essere imputata all'imposta olandese sui redditi dei percipienti che sarebbe ascrivibile a tali dividendi. Tale compensazione è tuttavia soggetta ad un duplice limite, contestato nella causa in questione.

Da un lato infatti, la compensazione è limitata ai casi in cui, nell'ipotesi di investimenti diretti da parte di azionisti residenti o stabiliti nei Paesi Bassi, questi ultimi potrebbero avvalersi di un diritto di imputazione dell'imposta estera all'imposta olandese, in forza del regime fiscale comune o di convenzioni contro le doppie imposizioni. Dall'altro, l'importo della compensazione viene ridotto in funzione della partecipazione nel capitale dell'organismo di investimento di azionisti che non siano residenti o non siano stabiliti nei Paesi Bassi.

Il sistema della compensazione, dunque, è previsto dalla legislazione olandese al fine di evitare la doppia imposizione su dividendi percepiti da organismi - quali gli OICVM e dunque il fondo *Orange Smallcap* - assoggettati ad imposta sulle società ad aliquota zero.

Tuttavia, nel diritto olandese, le normali regole dirette ad evitare la doppia imposizione non prevedono l'imputazione dell'imposta prelevata all'estero. Il Regno dei Paesi Bassi limita invero la possibilità di imputare l'imposta estera all'imposta sulle società olandese alla sola parte di quest'ultima imposta ascrivibile in proporzione ai dividendi esteri.

Come già accennato, essendo gli organismi di investimento collettivo assoggettati in Olanda ad aliquota zero, il sistema della compensazione interviene per parificare la tassazione dei dividendi maturati su capitali esteri da azionisti di un OICVM a quella dei dividendi percepiti da investitori diretti residenti o stabiliti in Olanda.

Tale compensazione, secondo il diritto olandese, avviene nei limiti in cui sussista una convenzione contro le doppie imposizioni tra lo Stato in cui risiede o è stabilita la società distributtrice e il Regno dei Paesi Bassi che preveda un diritto di imputazione dell'imposta scontata all'estero sull'imposta olandese e fino a concorrenza di essa.

Inoltre, tale compensazione dell'imposta scontata all'estero con l'imposta sul reddito delle società o delle persone fisiche dovuta dagli azionisti percipienti viene ridotta - come visto ai sensi dell'art. 6 del decreto sugli organismi di investimento collettivo - proporzio-



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

nalmente qualora un organismo di investimento collettivo abbia azionisti che non sono residenti o stabiliti nei Paesi Bassi.

Da un siffatto quadro normativo si deduce pertanto, da un lato, come la legislazione tributaria olandese consideri come non oggettivamente paragonabili – e dunque soggette ad un trattamento differenziato – le situazioni in cui redditi da capitale, quali i dividendi, scontino l'imposta in uno Stato con cui i Paesi Bassi abbia concluso una convenzione contro le doppie imposizioni e le situazioni in cui tali redditi scontino un'imposta in uno Stato con cui tali convenzioni non siano state stipulate. Dall'altro, si deduce come la legislazione nazionale in questione non operi una restrizione all'investimento o alla raccolta di capitali all'estero, dal momento che i dividendi di origine nazionale e i dividendi di origine estera percepiti dall'organismo di investimento sono, obiettivamente, trattati allo stesso modo non essendo tassati in capo ad esso e la situazione di un investitore diretto non è considerata diversamente da quella di un azionista di un OICVM per ciò che attiene alla ritenuta alla fonte operata nei Paesi Bassi – che viene operata allo stesso modo anche per i dividendi esteri attraverso l'istituto della compensazione –⁷ Tuttavia, la differenziazione in base alla sussistenza o meno di una convenzione contro le doppie imposizioni è la discriminante che consente o meno che l'importo delle ritenute fiscali applicate all'estero possano essere compensate con l'imposta sui redditi dovuta dai percipienti residenti o stabiliti in Olanda.

Si tratterebbe – come la Corte di Giustizia ha poi confermato – di uno svantaggio derivante dall'esercizio parallelo di due potestà impositive nazionali non rimediabile in mancanza di un'apposita convenzione bilaterale contro la doppia imposizione, poiché, in mancanza di tale strumento di cooperazione, la doppia imposizione non è contraria al diritto comunitario.

1.2 La sentenza e l'applicazione dei principi di diritto comunitario da parte della Corte di Giustizia

Con la sentenza 20 Maggio 2008 C-194/06 – *Staatsecretaris van Financiën/Orange European Smallcap Fund NV* –, la Corte di Giustizia ha dunque affrontato nuovamente la tematica della tassazione dei dividendi transnazionali.

Considerate le numerose questioni interpretative poste dal giudice *a quo*, con la sentenza in esame la Corte si è dovuta pronunciare sulla compatibilità di una normativa tributaria nazionale – quella olandese nel caso di specie – con il principio della libera circolazione dei capitali sotto vari profili.

La pronuncia offre infatti un'analisi accurata di importanti questioni legate alla distribuzione di dividendi intracomunitari, esaminando non soltanto il problema della doppia imposizione giuridica di dividendi “in entrata” distribuiti da società non residenti

⁷ A questo proposito, come è stato precisato dalla Corte di Giustizia nella sentenza in commento, il rischio che la legislazione tributaria olandese, pur in presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni, crei una disparità di trattamento - nella tassazione dei redditi da capitale di origine estera - tra un investitore diretto ed un azionista di un organismo collettivo di investimento sarebbe fugato proprio dall'esistenza nella medesima legislazione dell'istituto della compensazione. L'esistenza di un tale istituto - i cui meccanismi si sono descritti nel par. 1.1 - impedirebbe invero di ipotizzare che il diritto olandese renda meno attraente un investimento tramite un organismo di investimento collettivo rispetto ad un investimento diretto, essendo la sua *ratio* quella di realizzare una pressione fiscale omogenea sui dividendi realizzati attraverso investimenti di diverso tipo. Tuttavia, come sottolineato dalla Corte, l'istituto della compensazione, al pari del diritto di imputazione, deve comunque essere previsto nell'ambito di una convenzione contro le doppie imposizioni. Cfr. sentenza 20 Maggio 2008, causa 194/06, *Orange Smallcap*, punti 62-65, dove la Corte afferma come l'esistenza di una convenzione contro le doppie imposizioni sia dirimente al fine di rendere due situazioni obiettivamente paragonabili o meno ai fini della compensazione.



ma anche gli effetti discriminatori che una legislazione può produrre nel caso in cui i percipienti – persone fisiche o giuridiche – siano residenti in altri Stati Membri o addirittura residenti in Stati non comunitari.

La sentenza si rivela inoltre particolarmente interessante dal momento che la Corte di Giustizia ha fatto applicazione di importanti principi ormai facenti parte del suo patrimonio giurisprudenziale ossia il principio di coerenza del regime fiscale, il principio di non restrizione e il principio di proporzionalità.

Dei primi due principi la Corte ha fatto applicazione nel momento in cui – trattando la prima questione, *sub a*) – ha risposto negativamente riguardo alla sussistenza di una restrizione al movimento dei capitali qualora uno Stato membro neghi la possibilità di compensare le ritenute alla fonte operate sui dividendi nello Stato di residenza della società distributrice quando manca una convenzione contro le doppie imposizioni che stabilisca un tale diritto⁸. Ciò in quanto, ha affermato la Corte, «...(Omissis)...il diritto comunitario non impone ad uno Stato membro di procedere ad una compensazione dello svantaggio derivante da una imposizione a catena scaturente esclusivamente dall'esercizio parallelo delle competenze tributarie di cui dispongono i vari Stati membri. ... (Omissis)...»⁹.

Del principio di proporzionalità la Corte ha invece fatto applicazione nel momento in cui – rispondendo al quesito *sub b*) della prima questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale¹⁰ – ha affermato come le disposizioni del Trattato CE in materia di circolazione dei capitali ostano ad una normativa nazionale che riduca la compensazione dei prelievi fiscali subiti all'estero alla fonte sui dividendi «...(Omissis)..se e nella misura in cui l'azionariato di questi ultimi sia costituito da persone fisiche o giuridiche che risiedono o sono stabilite in altri Stati membri, dal momento che una riduzione siffatta penalizza indistintamente tutti gli azionisti di tali organismi»¹¹.

La Corte ha poi dovuto esprimere il proprio giudizio interpretativo anche su altre questioni – strettamente correlate alla prime due – che il giudice nazionale ha posto al fine di ottenere una pronuncia pregiudiziale quanto più esaustiva sulla questione interpretativa principale.

Ha fatto ciò rispondendo alla seconda questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale contenente tre sottoquestioni, attraverso due conclusioni.

Con la prima conclusione ha risposto alla seconda questione *sub a*) fornendo la nozione di investimento diretto richiesta dal giudice nazionale e affermando come «una restrizione ricade sotto le previsioni di cui all'art. 57, n1 CE in quanto restrizione ai movimenti di capitali implicanti investimenti diretti qualora riguardi gli investimenti di qualsiasi tipo effettuati dalle persone fisiche o giuridiche ed aventi lo scopo di stabilire o mantenere legami durevoli e diretti tra il finanziatore e l'impresa cui tali fondi sono destinati per l'esercizio di un'attività economica».

Trattando congiuntamente le altre due sottoquestioni *sub b*) e *sub c*)¹², la Corte, con la seconda conclusione, ha poi dichiarato come «gli artt. 56 e 58 Trattato CE ostano ad una normativa di uno Stato membro, come quella in oggetto della causa principale, la quale,

⁸ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 64.

⁹ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 47.

¹⁰ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 20 - "Questioni pregiudiziali" - .

¹¹ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 85.

¹² La Corte ha giustificato la trattazione congiunta di questi due punti affermando testualmente come «tali questioni..(Omissis)... mirano ad appurare se la soluzione fornita alla prima questione, *sub b*), vari in considerazione del fatto che i dividendi provengono non da un altro Stato membro, bensì da un Paese terzo.» (punto 104).



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

prevedendo a favore degli organismi di investimento collettivo stabiliti nel territorio dello Stato membro una compensazione destinata a tener conto dei prelievi fiscali effettuati alla fonte da un paese terzo sui dividendi versati a tali organismi, riduca la detta compensazione se e nella misura in cui l'azionariato di quest'ultimi sia costituito da persone fisiche o giuridiche che risiedono o sono stabilite in altri Stati membri o in Paesi terzi, in quanto una riduzione siffatta penalizza indistintamente tutti gli azionisti di tali organismi».

Infine, la Corte si è pronunciata sulla terza questione posta dal giudice nazionale. Tra le tre sottoquestioni contenute nel terzo quesito pregiudiziale, la Corte, sulla base delle risposte date ai quesiti precedenti, ha ritenuto di doversi pronunciare compiutamente soltanto sulla terza questione, *sub b)* ritenendo la risoluzione delle sottoquestioni *sub a)* e *sub c)* assorbita dalla statuizione resa sulla prima questione, *sub b)*¹³. Il Giudice di Lussemburgo si è pronunciato sulla terza questione, *sub c)* affermando come la sostanza del *decisum* sulla prima questione, *sub b)* non possa essere in alcun modo intaccata dall'eventualità che gli azionisti dell'organismo di investimento *Orange Smallcap* siano residenti o stabiliti in uno Stato con cui lo Stato Membro di stabilimento del detto organismo abbia concluso una convenzione contro le doppie imposizioni che, su una base di reciprocità, preveda l'imputazione delle ritenute fiscali operate alla fonte sui dividendi. Lo stesso Giudice ha motivato questa conclusione implicitamente richiamando il principio di non discriminazione di cui ha fatto applicazione nel risolvere la prima questione *sub b)*, affermando come lo Stato di residenza o di stabilimento degli azionisti dell'OESF nella fattispecie in esame «...(Omissis)...viene preso in considerazione soltanto per la riduzione della compensazione in proporzione alla partecipazione nel capitale di quest'ultimo di azionisti non residenti o non stabiliti nello Stato membro di stabilimento dell'organismo stesso...(Omissis)...»¹⁴ e che è l'esercizio da parte di uno Stato membro della propria competenza tributaria sui dividendi "in uscita" «...(Omissis)...che giustifica la necessità di estendere la compensazione stessa agli organismi di investimento collettivo a carattere fiscale comprendenti azionisti non residenti o non stabiliti in tale Stato membro»¹⁵.

Concludendo così l'esame delle questioni ad essa sottoposte, la Corte di Giustizia ha risolto la questione pregiudiziale posta dal giudice nazionale con un dispositivo suddiviso in tre punti, il cui testo integrale è quello riportato in corsivo nella pagina iniziale.

2. La tassazione dei dividendi nel diritto comunitario

2.1 Il quadro normativo.

La circolazione dei dividendi costituisce un effetto diretto della libera circolazione dei capitali nel mercato unico europeo.

¹³ Invero, nell'affrontare la terza questione *sub a)* ad essa sottoposta dal Giudice nazionale, la Corte ha affermato come dal momento che i dividendi provenienti dal Portogallo non sono stati presi in considerazione ai fini del calcolo della compensazione concessa dall'organismo di investimento collettivo a carattere fiscale, risultasse assolutamente inconferente il fatto che i dividendi in quel Paese membro siano assoggettati ad una ritenuta alla fonte con aliquota maggiore rispetto a quella applicata nei Paesi Bassi - infatti l'aliquota della ritenuta alla fonte applicata in Portogallo sui dividendi versati alla OESF è del 17,5%, quando la ritenuta alla fonte effettuata nei Paesi Bassi sui dividendi distribuiti agli azionisti dell'OESF ammonta è del 15% - cfr. punti 110,111. Nell'affrontare la sottoquestione *sub c)*, il Giudice comunitario ha invece semplicemente richiamato la soluzione data alla prima questione, *sub b)*, ritenendo il quesito posto dal giudice nazionale - con il quale si chiedeva se avesse alcuna rilevanza ai fini della risoluzione del due primi quesiti il fatto che gli azionisti stranieri dell'OESF risiedano o siano stabiliti in un altro Stato membro dell'Unione - assorbito dalla risposta fornita alla prima questione *sub b)*.

¹⁴ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 112.

¹⁵ Cfr. sentenza, causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., pt. 113.



Pertanto il loro assoggettamento a tassazione da parte dei singoli Stati Membri deve essere attuato nel rispetto del diritto comunitario e, in particolare, delle libertà fondamentali stabilite dal Trattato CE¹⁶.

In materia di circolazione di capitali il Trattato, al Capo IV artt. 56 e ss. - del Titolo III dedicato alle quattro libertà fondamentali - offre un quadro normativo chiaro quanto complesso.

Ciò in quanto da un lato impone agli Stati il divieto assoluto di ogni restrizione ai movimenti di capitali tra gli Stati Membri - art. 56 Trattato CE (ex art. 73B), dall'altro - fatte salve le disposizioni transitorie dell'art. 57 - lascia impregiudicata la facoltà degli stessi di operare distinzioni tra i contribuenti soggetti alla loro singola potestà impositiva.

Tale prerogativa consente agli Stati Membri di operare delle differenze di trattamento tra situazioni non obiettivamente paragonabili in base alla residenza o al luogo di collocamento del loro capitale - art. 58, n.1, lett. A) (ex art. 73D) Trattato CE - ovvero «di prendere tutte le misure necessarie ad impedire l'elusione della legislazione tributaria interna nonché ad adottare misure giustificate da motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza» - art. 58 n.1, lett. b) (ex art. 73D) -.

Tuttavia, l'esercizio del diritto garantito dall'art. 58 par. 1 Trattato CE incontra il proprio limite nel disposto di cui al par. 3 del medesimo articolo, ove il Trattato espressamente impone che le misure di cui ai paragrafi 2 e 3 non debbono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento di capitali e dei pagamenti di cui all'art. 56 Trattato CE.

Da quanto finora esposto emerge come la complessità del quadro normativo comunitario in tema di circolazione dei capitali consista nel difficile compito per gli Stati Membri di mantenere un ragionevole equilibrio nella tassazione dei redditi da capitale, onde evitare che l'esercizio della loro "ragion fiscale" sia di ostacolo alla realizzazione degli obiettivi del Trattato.

Il raggiungimento di questo equilibrio nella tassazione di redditi da capitale come i dividendi - siano essi "in entrata" o "in uscita" - è resa ancor più ardua dall'inesistenza, all'interno del Trattato, di norme relative alla ripartizione del potere impositivo tra gli Stati Membri in materia di dividendi intracomunitari.

Facendo la salva la Direttiva "madre-figlia" CE/90/435 - così come modificata dalla Direttiva CE/2003/123 - applicabile soltanto in presenza delle condizioni in essa previste¹⁷, la tassazione dei dividendi è infatti una fattispecie che rientra nell'ambito della fiscalità diretta che, ad oggi, non si annovera tra le prerogative dell'Unione Europea.

¹⁶ Si tratta di un principio ormai consolidato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e in più occasioni dalla stessa richiamato. Per la prima volta affermato nella sentenza del 15 Luglio 1964, causa C-6/64, *Costa/ENEL*, il principio della preminenza del diritto comunitario sulle legislazioni nazionali degli Stati membri viene richiamato dalla Corte in numerose sentenze. Cfr. *ex multis*, sentenze 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*; 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*; 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*; 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilicke* e a.. Per approfondimenti sul principio in esame si veda: GORI P., *La preminenza del diritto della Comunità Europea sul diritto interno degli Stati membri*, in *Giurisprudenza italiana*, 1964 I sez. I Col. 1073-1086; CATALANO N., *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità Europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*, in *Il Foro Italiano*, 1964, IV, col. 152-159; SASSE C., *The Common market: between international and municipal law*, in *Yale Law Journal*, 1965-66, 5, 695-753; QUAGHEBEUR M., *A bridge over muddled waters - Coherence in the case-law of the Court of Justice of the European Communities relating to discrimination against non-resident*, in *EC Tax Journal*, 1995, 109-134; DASSESSE M., *The Wielockx and Svensson judgements: "fiscal cohesion" with a different flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995-1996, 181-185; MUGURUZA ARRESE J., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di Giustizia CEE ci ripensa: la "coerenza" dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1996, II, 683-699.

¹⁷ Sebbene la "nuova" Direttiva madre-figlia del 123 del 2003 abbia sensibilmente allargato le maglie per l'applicazione del regime fiscale comune previsto dalla Direttiva 435 del 1990, l'accesso al regime comunitario diretto



Andrea Castasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

Gli Stati Membri possono quindi ancora determinare autonomamente le condizioni del loro postere impositiva in materia – dalla struttura del tributo alle modalità di riscossione – in maniera unilaterale, o convenzionale, mediante convenzioni internazionali ai sensi dell'art. 293(ex art.220) Trattato CE¹⁸.

Tuttavia, come ricordato numerose volte dalla Corte di Giustizia¹⁹ l'esercizio di tale competenza non è senza limiti poiché, come già visto a proposito di circolazione dei capitali, deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario e in particolare delle libertà di circolazione previste dal Trattato.

Rispettare il diritto comunitario e, per l'effetto, le libertà fondamentali di circolazione sancite dal Trattato significa, in sostanza, che gli Stati Membri debbono cooperare per evitare o attenuare il fenomeno della doppia imposizione.

Questo fenomeno, sebbene contrasti con i termini fondamentali di un'economia di mercato unitaria come quella europea, non può dirsi, tuttavia, contrario al diritto comunitario²⁰.

Come è stato sottolineato²¹, nessuna misura relativa alla ripartizione delle competenze a tra gli Stati Membri diretta ad eliminare le doppie imposizioni è stata adottata nell'ambito del Trattato. In materia di circolazione di capitali in particolare, facendo salve le ben note direttive “madre-figlia” 90/435/CEE²² – così come modificata dalla Direttiva 2003/123/CE del 22 Dicembre 2003 –, “fusioni, scissioni e conferimenti d'attivo” 90/434/CEE – così come modificata dalla Direttiva 2005/19/CE del 17 Febbraio 2005 e la convenzione arbitrata sul “transfer pricing” 90/436/CEE, nessuna direttiva o convenzione multilaterale è stata adottata al fine di regolare nel complesso la ripartizione della competenza tributaria degli Stati Membri.

Pertanto, allo stato attuale della normativa comunitaria e dell'interpretazione datane dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, se una doppia imposizione deriva dall'autonomo esercizio da parte degli Stati Membri delle rispettive competenze in materia fiscale, questa non costituisce un'infrazione al diritto comunitario²³.

Dunque, in mancanza di specifiche misure o di una convenzione multilaterale a tal fine, gli Stati Membri sono liberi di fissare i criteri per la ripartizione tra di essi del

ad evitare la doppia imposizione sui dividendi di società collegate rimane ancora soggetto a precisi limiti. Le misure dirette ad evitare la doppia imposizione – quali il credito di imposta o l'esenzione dei dividendi – previste dalla direttiva sono infatti applicabili qualora: a) l'impresa comunitaria, residente in uno Stato membro, rivesta una delle forme indicate dalla direttiva b) la società-madre, interessata ad evitare la doppia imposizione, possieda una partecipazione nel capitale della società-figlia distributrice pari ad almeno il 10% di esso – precedentemente questa percentuale era del 25% - da almeno 12 mesi ininterrottamente c) l'impresa sia soggetto passivo di imposta sulle società nello Stato membro di residenza.

¹⁸ L'art. 293 (ex art. 220) del Trattato CE contiene due disposizioni che hanno attinenza con la materia della fiscalità diretta. Infatti, in due dei quattro punti in cui è suddiviso, dispone che «Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini ...(Omissis)...l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità e il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, par. 2, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un Paese ad un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse. ...(Omissis)...».

¹⁹ v. supra nota 16.

²⁰ Cfr. Conclusioni Avvocato Generale Y. Bot, C-194/06 *Staatsecretaris van Financien/Orange European Smallcap Fund NV*, presentate il 3 Luglio 2007, IV, par. 48.

²¹ Cfr. Y. Bot, cit., 03/07/2007, par. 49.

²² La Direttiva *madre-figlia* 90/435/CEE è un provvedimento finalizzato ad eliminare le doppie imposizioni degli utili e dei dividendi di società collegate tra loro ma non residenti nella medesima giurisdizione fiscale. La Direttiva in discorso è - insieme alla Direttiva *fusioni, scissioni e conferimenti di attivo* 90/434/CEE e alla Convenzione multilaterale 90/436/CEE sul *transfer pricing* - un provvedimento di fondamentale importanza per la risoluzione del problema della doppia imposizione degli utili societari attraverso il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri.

²³ Cfr. sentenza 14/11/2006, C-513/04, *Kerckhaert e Morres* pt. 20 in cui la Corte ha affermato come, in mancanza di un comportamento che costituisca discriminazione o restrizione, non è possibile censurare, in base al diritto comunitario, le conseguenze svantaggiose che per il contribuente derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati Membri della loro competenza fiscale.



potere impositivo e di adottare, unilateralmente o attraverso convenzioni bilaterali, le misure necessarie per prevenire casi di doppia imposizione. Tuttavia, nell'esercitare tale competenza, gli Stati Membri, sia con misure unilaterali che convenzionali, devono rispettare i precetti del diritto comunitario e, in particolare, quelli derivanti dalla libertà di circolazione²⁴.

Fin qui pertanto si è messo in evidenza come gli Stati Membri, in assenza di specifiche misure o accordi, siano ancora liberi di determinare le condizioni di imposizione dei redditi da capitale in qualsiasi modo collegati con il loro territorio. Si è anche messo in luce come essi, d'altro canto, si trovino a dover misurare la loro competenza fiscale con i principi del diritto comunitario, in particolare con le libertà fondamentali di circolazione.

Come testimoniano le ormai numerose sentenze della Corte di Giustizia in materia di fiscalità diretta, l'esercizio delle libertà di circolazione dei capitali, di servizi, delle merci e delle persone sancite dal Trattato CE è, e continua ad essere, fortemente ostacolato dall'esistenza di più regimi fiscali all'interno del mercato unico.

Ciò tanto più se si pensa che i pochi interventi di ravvicinamento delle legislazioni in materia di circolazione dei capitali²⁵ e le convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione si sono dimostrati spesso insufficienti ad evitare che attività economiche transfrontaliere siano oggetto di discriminazioni o di restrizioni di natura fiscale.

2.2 La libertà di circolazione dei capitali: il ruolo della Corte di Giustizia dalla sentenza *Svensson e Gustavsson* (C-484/93) alla sentenza sul caso D (C-376/03) tra non restrizione, non discriminazione e coerenza del regime fiscale

I principi e le argomentazioni che la Corte di Giustizia ha posto a sostegno della decisione resa nella causa C-194/06 sono il risultato di una quasi ventennale produzione giurisprudenziale in materia di circolazione dei capitali²⁶. Già nel 1995, con la sentenza C-484/93 *Svensson e Gustavsson*²⁷, la Corte pronunciò l'incompatibilità con il diritto comunitario - in particolare con gli artt. 49 (ex art. 59) e 56 (ex art. 73B) Trattato CE - di una legislazione nazionale - quella lussemburghese - che subordinava la deducibilità degli interessi passivi corrisposti alla circostanza che il relativo mutuo fosse stato contratto presso un istituto di credito stabilito nel medesimo Stato membro. Si trattava di una palese restrizione alla libera circolazione dei capitali che - rendendo meno attraente per un residente la contrazione di un mutuo fuori dai confini nazionali - aveva l'effetto di ostacolare la raccolta di capitali in Lussemburgo per gli altri istituti di credito comunitari. Sebbene il governo lussemburghese avesse argomentato che la restrizione derivava da un rapporto di compensazione che soddisfa esigenze di equilibrio tra concessione del beneficio fiscale e prelievo a carico degli istituti di credito, la Corte ha ritenuto che nel caso di specie tale rapporto non fosse tale da giustificare una restrizione finalizzata a preservare la coerenza del regime fiscale interno.

²⁴ Cfr. Y.Bot, cit., 03/07/2007 par. 51. Cfr. anche sentenza 21 Settembre 1999, C-307/97, *Saint-Gobain ZN* pt. 57 e 58).

²⁵ Cfr. supra par. 2.1.

²⁶ Infatti, nell'ambito in questione il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia è stato - ed è ancor oggi - particolarmente importante e delicato per la rilevanza centrale della libertà di circolazione dei capitali nel mercato unico e per l'impatto che le sue pronunce hanno avuto sulle legislazioni dei singoli Stati Membri.

²⁷ sentenza del 14 Novembre 1995, C-484/93, *Svensson and Gustavsson / Ministre du Logement et de l'Urbanisme*. Per approfondimenti si veda, ex multis, NGUYEN B., *Bachmann, Warner, Schumacker, Wielockx et les autres...ou quand la Court de Justice harmonise la fiscalité européenne*, in *Europe*, 1995 Dicembre Chron. n. 12, 1-4; BLAISE J. B., ROBIN DELAINE C., *Libre prestation de services*, in *Revue des affaires européennes*, 1995, n. 4, 87-88.



Andrea Castasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

La pronuncia in questione è di indubbia rilevanza dal momento che la Corte ha fatto positiva applicazione di principi – quali il principio di non restrizione²⁸ e il principio della coerenza del regime fiscale²⁹ – sulla cui base si è poi formato ed evoluto l'attuale orientamento interpretativo della Corte di Giustizia in materia di circolazione dei capitali quale fondamentale libertà garantita dal Trattato CE.

Le modifiche apportate dal Trattato di Maastricht al Trattato istitutivo in materia di circolazione dei capitali hanno infatti definitivamente completato la liberalizzazione dei movimenti di capitali all'interno del mercato unico e operato la definitiva consacrazione del principio della libera circolazione dei capitali all'interno del Trattato CE³⁰.

Pertanto, dall'entrata in vigore delle modifiche al Trattato CE operate dal Trattato sull'Unione Europea, la Corte di Giustizia ha trattato la tematica della libera circolazione dei capitali alla stregua delle altre libertà fondamentali ed ha, in *subiecta materia*, prevalentemente fatto applicazione del principio di non restrizione.

L'importanza che tale principio ha rivestito in materia di circolazione dei capitali è testimoniata da numerose quanto significative sentenze pronunciate successivamente alla sentenza resa sul caso *Svensson e Gustavsson*.

Ci si riferisce in particolare ai casi *Verkooijen* e *Manninen*, decisi rispettivamente con sentenza del 6 Giugno 2000 nella causa C-35/98 e con sentenza del 7 Settembre 2004 nella causa C-319/02.

Nei casi in questione la Corte di Giustizia ha dichiarato la normativa olandese e finlandese sulla tassazione dei dividendi incompatibile con il diritto comunitario³¹. Ciò

²⁸ Il principio di non restrizione, come è noto, è stato ricavato in via esegetica dall'art. 29(ex art.34) Trattato CE che sancisce il divieto di restrizioni quantitative all'esportazione e qualsiasi misura di effetto equivalente. Trattandosi di una norma funzionale alla realizzazione effettiva degli obiettivi comunitari in materia di libertà di circolazione, la Corte di Giustizia lo ha considerato come un principio alla luce del quale debbono essere interpretate le quattro libertà fondamentali. Da ciò deriva che in base al principio in esame sono contrarie al diritto comunitario tutte quelle limitazioni previste dalle normative nazionali suscettibili di condizionare i movimenti e le transazioni dall'interno degli Stati verso l'esterno. A proposito del divieto di non discriminazione e non restrizione si veda in particolare: FANTOZZI A., *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, *Convegno di studio sui modelli impositivi comunitari nell'Europa allargata*, Bologna, 24-25 Settembre 2004; FANTOZZI - VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto*, IV, Sez. Comm., V, 182; ADONNINO P., *Il principio del divieto di discriminazione nella fiscalità internazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 3/2003, 183.

²⁹ Il principio di coerenza del regime fiscale è stato per la prima volta affermato dalla Corte di Giustizia, nelle sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, e causa C-300/90, *Commissione/Belgio*. Nelle sentenze in esame, trattate congiuntamente, la Corte ha considerato che la necessità di assicurare la coerenza di un regime fiscale può giustificare una normativa idonea a limitare tanto la libera circolazione dei lavoratori quanto la libera prestazione di servizi. Per approfondimenti sul principio di coerenza del regime fiscale si vedano: CLASSENS H., *Deductibilité fiscale des primes d'assurance (vie notamment): dispositions légales belges restrictives mais admissibles*, in *Revue de droit commercial belge*, 1992, 256; TE BOEKHORST P. J., *Tax discrimination permitted for reasons of coherence of tax system*, in *European Taxation*, 1992, 284-286.

³⁰ La consacrazione del principio della libera circolazione dei capitali all'interno del *common market* è il frutto di una lunga quanto graduale evoluzione legislativa. Infatti, fino al varo dell'Atto Unico Europeo nel 1986 – firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aia il 28 febbraio 1986, reso esecutivo in Italia con legge n. 909 del 23-12-1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987 – le direttive fino a quel momento adottate si limitavano a dare luogo ad una liberalizzazione incompleta, dal momento che il Trattato di Roma, all'art. 67 abr., non prevedeva alcun obbligo formale relativo alla liberalizzazione dei movimenti dei capitali. Ai sensi del detto articolo infatti la liberalizzazione doveva realizzarsi «nella misura necessaria al buon funzionamento del mercato comune». L'Atto Unico Europeo, ponendo la libera circolazione dei capitali sullo stesso piano di quella dei beni e dei servizi, ha avuto un ruolo essenziale in quanto ha consentito l'adozione della Direttiva 88/361/CEE emanata in diretta attuazione dell'art. 67 abr. del Trattato CEE. Il Trattato di Maastricht del 1992 ha poi raccolto gli effetti delle innovazioni apportate dalla direttiva in discorso sancendo definitivamente, all' artt. 56(ex art. 73B), la piena libertà dei movimenti di capitali ed il divieto di restrizione per tali movimenti tra Stati Membri e tra Stati Membri e Paesi terzi.

³¹ La normativa olandese in vigore all'epoca dei fatti - *Wet op de inkomstenbelasting 1964* (legge relativa all'imposta sul reddito) - nella sentenza *Verkooijen* è stata dichiarata incompatibile con la Direttiva 88/361/CEE emanata in attuazione del principio di libera circolazione dei capitali implicitamente contenuto nell'art. 67 abr. Trattato CE.

Per approfondimenti sulla sentenza *Verkooijen*, si vedano, *ex multis*, : LUPO A., *Reliefs from Economic Double Taxation on EU dividends: impact of the Baars and Verkooijen cases*, in *European Taxation*, 2000, pp. 270-275; GIORGI M., *La libera circolazione dei capitali nella Comunità Europea e il regime impositivo dei dividendi nel diritto interno*, in *Rassegna Tributaria*, 2000, pp. 1358-1374; DIBOUT P., *La fiscalité à l'épreuve de la liberté de circulation des capitaux*, in *Revue de droit fiscal*, 2000, pp. 1365-1372.



in quanto le legislazioni dei due Stati Membri in materia di tassazione di dividendi³² operavano una restrizione all'investimento e alla raccolta di capitali nel momento in cui concedevano il beneficio rispettivamente dell'esenzione e del credito di imposta soltanto a quei dividendi che avessero scontato l'imposta sui dividendi nel Paese di residenza del beneficiario. La CGCE sottolineava a tal proposito come una siffatta legislazione rendesse meno attraenti, per gli investitori residenti nei Paesi Bassi e in Finlandia, le azioni o le quote di società di società stabilite al di fuori di questi ultimi Stati Membri³³, in palese violazione del principio di libera circolazione dei capitali ex artt. 56 e 58 Trattato CE.

Così, come nella sentenza *Svensson e Gustavsson*³⁴, la Corte comunitaria nelle sentenze sui casi *Verkooijen* e *Manninen* ha respinto le argomentazioni basate sulla necessità di preservare la coerenza del regime fiscale per giustificare la restrizione per cui era causa³⁵. Infatti, nell'un caso e nell'altro, la Corte ha avuto cura di precisare come l'applicazione del principio di coerenza del regime fiscale, finalizzata a giustificare una restrizione operata da uno Stato Membro, dovesse essere sorretta dall'esistenza di un legame diretto tra la concessione fiscale e l'assoggettamento a tassazione di un dato reddito³⁶. La necessità di preservare la coerenza del regime fiscale sussisterebbe dunque soltanto quando non sia prevedibile la realizzazione di uno specifico rapporto di compensazione, previsto a livello di gettito, tra l'agevolazione concessa e la possibilità di assoggettare a tassazione un reddito determinato.

A questo proposito, la sentenza *Manninen* offre ulteriori elementi utili per comprendere come la Corte di Giustizia concepisce e risolve il problema del bilanciamento tra le contrapposte esigenze di non restrizione e coerenza del regime fiscale.

Nel caso in questione, il Giudice di Lussemburgo ha invero argomentato le proprie conclusioni sull'insussistenza della necessità di preservare la coerenza del regime fiscale rilevando come, stando al regime fiscale finlandese in materia dividendi, non si potesse obiettivamente distinguere tra dividendi nazionali ed esteri. Ciò in quanto le finalità perseguite dalla legislazione finlandese - finalizzata ad evitare la doppia imposizione giuridica sui dividendi - implicano che i dividendi distribuiti da società nazionali e i dividendi distribuiti da società estere si trovano, obiettivamente, nella medesima situazione.

³² Per la legislazione olandese cfr. art. 24 *Wet op de inkomstenbelasting* - legge relativa all'imposta sul reddito - e 47b. Quest'ultima norma della legge olandese sull'imposta sui redditi stabiliva un'esenzione dell'imposta sul reddito per i dividendi percepiti da persone fisiche che, nei limiti di un determinato importo, avessero scontato l'imposta nei Paesi Bassi - ossia derivassero da azioni o quote di capitale di società stabilite nei Paesi Bassi -. Per la legislazione finlandese cfr. art. 32 della *tuloverolaki* (legge relativa all'imposta sul reddito) (1535/1992), in base al quale i dividendi che una persona fiscalmente residente in Finlandia riceve da una società finlandese o straniera quotata in borsa sono imponibili in quanto redditi da capitale. Ma in particolare cfr. art. 1 della *laki yhtiöveron hyvityksestä* (legge sul credito d'imposta sui dividendi) (1232/1988), come modificata dalla legge 1224/1999, per cui il credito d'imposta si applica solo sui dividendi distribuiti da società finlandesi a persone che siano fiscalmente residenti in Finlandia. Per approfondimenti sulla sentenza *Manninen*, si veda *ex multis*: MARINI G., *Sentenza Manninen del 7 Settembre 2004: divieto comunitario di discriminazione e libertà di circolazione dei capitali*, in *Rassegna Tributaria*, 2004, pp. 1910-1922; FRANZÉ R., *Doppia imposizione economica internazionale sugli utili societari e principio della libera circolazione dei capitali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, pp. 421-431; HINTSANEN L., PETERSON K., *The implications of the ECJ Holding the Denial of Finnish imputation credits in cross-border situations to be incompatible with the EC Treaty in the Manninen case*, *European Taxation*, 2005, 130-137; DASSESE M., *Taxation des dividendes transfrontaliers après l'arrêt Manninen: état des lieux et perspectives*, in *Cahiers de droit européen*, 2005, pp. 493-514.

³³ Cfr. sentenza causa C-35/98, *Verkooijen*, cit., punto 35.

³⁴ Cfr. sentenza causa C-484/93, *Svensson e Gustavsson*, cit., punti 16-18.

³⁵ Cfr. sentenza causa 35/98, *Verkooijen*, cit., punti 56-61. Ma anche sentenze 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, punto 58 - 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, punto 29 - 28 ottobre 1999, causa C55/98, *Vestergaard*, punto 24, nonché 21 novembre 2002, causa C-436/00, *X e Y*, punto 52.

³⁶ La Corte, nelle pronunce sui casi *Svensson e Gustavsson*, *Verkooijen* e *Manninen* fa infatti riferimento alle sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, punto 28, e causa C-300/90, *Commissione/Belgio* punto 21 con cui aveva affermato che la necessità di assicurare la coerenza di un regime fiscale può giustificare una normativa idonea a limitare tanto la libera circolazione dei lavoratori quanto la libera prestazione di servizi.



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

Questo parametro teleologico³⁷ ha invero indotto la Corte ad affermare come la coerenza del sistema fiscale, nel caso della normativa finlandese, vorrebbe che l'obiettivo di evitare la doppia imposizione sui dividendi fosse rispettata indipendentemente dalla loro provenienza, purché abbiano già scontato l'imposta sulle società.

Il criterio della finalità perseguita da una legislazione che ha l'effetto di ostacolare le libertà sancite dal Trattato può essere infatti ammessa solo se persegue uno scopo legittimo compatibile con quest'ultimo e se è giustificata da ragioni imperative di interesse generale³⁸. Anche in tale ipotesi, però, la sua applicazione dev'essere idonea a garantire il conseguimento dello scopo in tal modo perseguito e non deve eccedere quanto necessario per raggiungerlo³⁹.

Completa in modo calzante il quadro finora tracciato sugli orientamenti espressi dalla Corte di Giustizia in materia di tassazione dei dividendi la pronuncia sulla causa C-376/03, resa con sentenza del 5 Luglio 2005, caso *D*.

Questo arresto è significativo dal momento che la Corte offre dei riferimenti ulteriori che contribuiscono a delimitare la portata dei principi di non restrizione e di coerenza del regime fiscale.

Nel caso in esame, il Giudice del Lussemburgo ha considerato la situazione patrimoniale del Sig. *D*, residente in Germania, del tutto incomparabile a quella di un residente nei Paesi Bassi o in Belgio che sia soggetto passivo dell'imposta patrimoniale vigente nel primo Stato membro⁴⁰.

La Corte di Giustizia ha infatti affermato la compatibilità con il diritto comunitario della discriminazione operata dai Paesi Bassi nei confronti del Sig. *D*, dichiarando come «gli artt. 56 CE e 58 CE non ostano a una regolamentazione in base alla quale uno Stato

³⁷ Cfr. sentenza 11 Marzo 2004, C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, (Racc. pag. I-2409), punto 67.

³⁸ Cfr. art. 58(ex art. 73D) Trattato CE par. 1, lett. b) e par. 3.

³⁹ Cfr. ancora sentenza 11 Marzo 2004, C-9/02 *De Lasteyrie du Saillant*, (Racc. pag. I-2409), punto 49.

⁴⁰ In base alla *Wet VB* - legge olandese sull'imposta patrimoniale -, sia i residenti che i non residenti nei Paesi Bassi sono soggetti all'imposta sul patrimonio detenuto nello Stato in questione, con aliquota dell'otto per mille. L'art. 1 della stessa legge sull'imposta sul patrimonio dispone che i contribuenti residenti godono di un abbattimento applicato al patrimonio ai fini dell'imposta sulla fortuna, beneficio non riconosciuto a tutti quei non residenti che non detengano almeno il 90% della loro ricchezza nei Paesi Bassi. Ferma restando tale disciplina, la convenzione contro la doppia imposizione stipulata dai Paesi Bassi con il Belgio riconosce tuttavia il beneficio dell'abbattimento ai soggetti residenti in Belgio che detengano una ricchezza nei Paesi Bassi inferiore alla soglia del 90%, trattando così i residenti in Belgio che detengano della ricchezza in Olanda, alla stregua di un residente in quest'ultimo Stato ai fini dell'imposta patrimoniale. Il Sig. *D*, pur detenendo alla data del 1 Gennaio 1998 nei Paesi Bassi soltanto il 10% della propria ricchezza, ha richiesto comunque la concessione del beneficio dell'abbattimento all'Amministrazione finanziaria olandese, ritenendo che la legislazione vigente nello stesso Paese fosse contraria alla libertà di circolazione dei capitali di cui all'art. 56 Trattato CE. Inoltre, lo stesso ricorrente ravvisava un'ulteriore discriminazione a suo danno nel fatto che un residente in Belgio fosse trattato alla stessa stregua di un residente nei Paesi Bassi - fruendo del beneficio in questione - pur detenendo in quest'ultimo Paese una percentuale di ricchezza inferiore al 90% in virtù di una convenzione contro le doppie imposizioni. Il giudice nazionale olandese, a fronte agli argomenti posti dal Sig. *D* a suffragio delle proprie richieste, ha deciso di sospendere il giudizio e di sottoporre essenzialmente due - il terzo quesito essendo di carattere strettamente processuale - quesiti pregiudiziali alla Corte comunitaria:

1) Se il diritto comunitario, in particolare gli artt. 56 CE e seguenti, osti a un regime come quello di cui alla causa principale, in base al quale un soggetto d'imposta residente ha sempre diritto ad un abbattimento ai fini dell'imposta patrimoniale, mentre un soggetto d'imposta non residente non vi ha diritto quando il suo patrimonio si trovi principalmente nel suo Stato di residenza (ove, del resto, non viene riscossa alcuna imposta patrimoniale).

2) In caso di soluzione negativa, se tale soluzione sia diversa nella fattispecie per il fatto che i Paesi Bassi, in forza di una convenzione bilaterale, riconoscono ai residenti in Belgio (ove parimenti non viene riscossa l'imposta patrimoniale), che per il resto si trovino in una situazione analoga, il diritto a detto abbattimento.

3) ...*(Omissis)*..

Per approfondimenti sulla sentenza *D*, si veda *ex multis*: WEBER D., SPIERTS E., *The "D" case: most-favoured-nation treatment and compensation of legal costs before the European Court of Justice*, in *European Taxation*, 2004, 65-71; VAN DER LINDE R., *Some thoughts on most-favoured-nation treatment within the European Community legal order in pursuance of the D case*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 10-17; DEROUIN P., *Differences de traitement fiscal resultant des conventions de double imposition entre états membres de l'Union Européenne*, in *Revue de droit fiscal*, 2005, pp. 1288-1302; BULGARELLI F., *Il principio di libera circolazione dei capitali e la comparabilità di situazioni di residenti e non residenti e di non residenti di Stati membri diversi tra loro: il caso D*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, pp. 2038-2060.



membro rifiuta ai contribuenti non residenti, che detengono la maggior parte del loro patrimonio nello Stato in cui risiedono, il beneficio degli abbattimenti da esso accordati ai contribuenti residenti⁴¹. ed escludendo – pronunciandosi sul secondo quesito proposto dal giudice nazionale olandese – che costituisca una violazione degli artt. 56 e 58 Trattato CE il fatto che «una norma stabilita da una convenzione bilaterale volta a prevenire la doppia imposizione, (...) non sia estesa, in una situazione e in circostanze come quelle della causa principale, a un residente di uno Stato membro non parte di detta convenzione»⁴². A suffragio del primo dispositivo, la Corte ha precisato come «(...) il trattamento differenziato tra residenti e non residenti applicato dallo Stato membro (...) – sarebbe dovuto – al fatto che l'interessato detiene soltanto una parte non essenziale del suo patrimonio in questo Stato e che egli non si trova quindi in una situazione analoga a quella dei residenti» e che «il fatto che lo Stato di residenza dell'interessato abbia abolito l'imposta patrimoniale non incide su tale situazione di fatto».

Invero, prosegue la Corte, «poiché l'interessato detiene la parte essenziale del suo patrimonio nello Stato in cui è residente, lo Stato membro nel quale egli possiede soltanto una parte del suo patrimonio non è tenuto ad accordargli le agevolazioni che esso accorda ai suoi residenti»⁴³.

A suffragio del secondo, la Corte ha invece affermato come «il fatto che (...) diritti e obblighi reciproci si applichino soltanto a persone residenti in uno dei due Stati membri contraenti è una conseguenza insita nelle convenzioni bilaterali volte a prevenire la doppia imposizione. Ne consegue che un soggetto passivo residente in Belgio non si trova nella stessa situazione di un soggetto passivo residente al di fuori del Belgio per quanto concerne l'imposta patrimoniale calcolata sulla base di beni immobili situati nei Paesi Bassi.

Una norma come quella prevista all'art. 25, n. 3, della convenzione belgo-olandese non può essere considerata come un'agevolazione che possa essere separata dal resto della convenzione, ma ne costituisce parte integrante e contribuisce al suo equilibrio generale»⁴⁴.

Le argomentazioni così poste dalla Corte a sostegno delle proprie conclusioni sul caso *D* si rivelano in tutta la loro pregnanza se le si considerano come il complemento logico-giuridico di una serie di principi diritto che emergono in casi da essa precedentemente esaminati. Nella sentenza sul caso *D*, il Giudice lussemburghese invero dimostra il consolidamento nonché la coerenza del proprio orientamento interpretativo in materia di circolazione di capitali richiamando i principi di diritto scolpiti nella sentenza *Schumacker*⁴⁵.

⁴¹ Cfr. sentenza D, cit., causa C-376/03, dispositivo n. 1).

⁴² Cfr. sentenza D, cit., causa C-376/03, dispositivo n. 2).

⁴³ Cfr. sentenza D, cit., causa C-376/03, pt. 41.

⁴⁴ Cfr. sentenza D, cit., causa C-376/03 pt. 61-62.

⁴⁵ Nella parte motiva della sentenza sul caso *D*, la Corte di Giustizia fa infatti espresso richiamo alla sentenza del 14 Febbraio 1995, resa nella causa C-279/93, *Schumacker* – cfr. punti 21,25,26,29 –. Nella sentenza *Schumacker*, di fondamentale importanza nel panorama pretorio del Giudice comunitario, la Corte censura – in quanto incompatibile con l'art. 39(ex art. 48) Trattato CE – la discriminazione – non giustificabile in base a motivi di interesse generale – operata dalla legislazione tedesca in materia di imposte sui redditi nei confronti dei non residenti in Germania. Secondo tale normativa, erano ammessi al beneficio fiscale del c.d. *splitting* – si tratta di un meccanismo che consente ai lavoratori coniugati di attenuare la progressività dell'aliquota dell'imposta sul reddito – soltanto i residenti nella Repubblica Federale in questione e non anche i non residenti che tuttavia traevano la maggior parte dei propri redditi nello stesso Stato membro. Ad avviso della Corte, la normativa in questione operava una ingiustificata disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente analoghe.

Il Giudice comunitario ha pertanto censurato la legislazione olandese all'epoca vigente in materia di imposte sui redditi affermando i seguenti principi di diritto:

1) L'art. 48 del Trattato CE può limitare i poteri tributari degli Stati membri, in quanto impedisce loro di sottoporre un cittadino di un altro paese comunitario, che si sia avvalso del suo diritto alla libera circolazione, a un regime meno favorevole di quello cui sono sottoposti i suoi cittadini che si trovano nella stessa situazione (punto 24).



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

Il giudice comunitario nella sentenza *D* considera, come visto, una legislazione quale quella olandese sull'imposta patrimoniale in linea con il diritto comunitario nel momento in cui tratta in modo differente situazioni di fatto diverse in ragione di un'esigenza di equilibrio del sistema fiscale – considerando legittima, come visto, la distinzione tra contribuenti residenti e non residenti in base alla collocazione della ricchezza nonché la limitazione dei benefici previsti da una convenzione bilaterale ai residenti negli Stati contraenti. Nella sentenza *Schumacker*, al contrario, la Corte considera il trattamento differenziato tra contribuenti residenti e non residenti come discriminatorio o restrittivo mancando un'esigenza di equilibrio che giustifichi tale disparità.

È interessante notare come i principi di diritto affermati in quest'ultima pronuncia vengono richiamati nella sentenza resa sulla causa C-376/03 proprio per affermare come la fattispecie del Sig. *Schumacker* non sia comparabile a quella del Sig. *D*.

Afferma infatti la Corte come i principi espressi nella sentenza *Schumacker* assumano rilievo anche nel caso *D* nonostante la diversa natura della libertà fondamentale violata e la diversa tipologia di imposta in discussione nelle due fattispecie⁴⁶. Tuttavia, la Corte rileva come le fattispecie esaminate nelle due cause non siano tra loro comparabili in ragione della diversità delle circostanze oggettive che le connotano⁴⁷.

Nella sentenza *Schumacker* la Corte ha infatti rilevato una disparità di trattamento che si fondava esclusivamente su di una discriminazione dissimulata - in quanto operata secondo il criterio della residenza - tra situazioni del tutto analoghe. Secondo la Corte infatti lo Stato tedesco, dal momento che il Sig. *Schumacker* traeva la maggior parte dei propri redditi da una attività lavorativa svolta in Germania, era in grado di valutare la sua situazione reddituale personale e familiare in vista dell'applicazione del beneficio fiscale dallo stesso invocato. Nel caso del Sig. *D*, al contrario, la Corte considera la situazione di questi non analoga rispetto a quella dei residenti nei Paesi Bassi. Ciò in

2) Le norme sulla parità di trattamento vietano non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma anche qualsiasi discriminazione dissimulata che, basandosi su altri criteri di distinzione, pervenga al medesimo risultato. Ciò vale per le normative tributarie che, indipendentemente dalla cittadinanza del soggetto passivo, si avvalgono della residenza, concedendo ai residenti alcuni vantaggi che essi negano ai non residenti che sono più frequentemente stranieri (punti 26-28).

3) Nell'ambito delle imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono in genere analoghe. I redditi ottenuti dai secondi in uno Stato di imposizione costituiscono soltanto, abitualmente, una parte dei loro introiti complessivi, che in genere si concentrano nel luogo della loro residenza, luogo in cui più facilmente si può valutare la loro capacità contributiva, trattandosi del centro dei loro interessi personali e patrimoniali. Di conseguenza, il fatto che uno Stato membro escluda i non residenti dai vantaggi concessi a coloro che sono stabiliti nel suo territorio non risulta, in generale, discriminatorio (punti 31-34).

Per approfondimenti sul caso *Schumacker*, si veda *ex multis*: THOMMES O., KIBLBOCK I., *The tax treatment of non-resident taxpayers in the light of the most recent decision of the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 1993, pp. 158-163; Kok C.; TE BOEKHORST, *German Tax regime for non-resident employees incompatible with EC Law*, in *European Taxation*, 1995, pp. 13-16; SCHAFFNER J., *L'arrêt Schumacker du 14 Février 1995: synthèse de la jurisprudence fiscale de la Cour de Justice des Communautés Européennes en matière de libre circulation de travailleurs*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1995, II, pp. 86-93; AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1996, II, pp. 238-257.

⁴⁶ Cfr. sentenza *D*, causa C-376/03, cit., punti 31-32. Nel caso *Schumacker* la libertà violata era la libera circolazione dei lavoratori - art. 39(ex art. 48) Trattato CE e la causa era incentrata sul mancato riconoscimento di un'agevolazione fiscale -lo *splitting* (cfr. nota 45) - vigente in materia di imposte sui redditi secondo la legislazione tedesca. Nel caso *D*, la libertà che si assumeva violata era la libera circolazione dei capitali, dal momento che la causa era in questo caso incentrata sul mancato riconoscimento di un'agevolazione prevista a favore dei soggetti passivi dell'imposta sul patrimonio prevista dalla legislazione olandese.

⁴⁷ La Corte nella sentenza resa sul caso *D* fa anche notare come la fattispecie al suo esame si distingua anche da un altro caso, analogo al caso *Schumacker*, da essa risolto a favore del contribuente: si tratta del caso *Wallentin*, deciso con sentenza del 1 Gennaio 2004, causa C-169/03 - cfr. punto 42 - . Nel caso *Wallentin*, la Corte ha dichiarato la normativa svedese in materia di imposte sui redditi delle persone residenti all'estero - che prevedeva la tassazione con ritenuta alla fonte dei redditi prodotti in Svezia dai non residenti senza ad essi concedere le deduzioni e gli abbattimenti collegati alla situazione personale del contribuente previste invece per i residenti - incompatibile con il principio comunitario di libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 39 Trattato CE.



considerazione dell'esigua parte di ricchezza dal Sig. D detenuta in quest'ultimo Stato e della *ratio* dell'abbattimento dell'imposta patrimoniale previsto dalla legislazione olandese, che è quella di riequilibrare la tassazione nei confronti di soggetti che detengono la maggior parte della propria ricchezza nei Paesi Bassi.

Pertanto, dal quadro giurisprudenziale tracciato, emerge come la Corte di Giustizia valuti come legittime alla luce del diritto comunitario – e in particolare alla luce dell'art. 58, par. 1, Trattato CE – soltanto quelle normative degli Stati membri che, sebbene creino delle differenze di trattamento, si fondino sull'obiettivo di diversità tra le situazioni in cui versano i contribuenti, censurando di conseguenza ogni diversità di trattamento tra situazioni che, al contrario, siano obiettivamente analoghe.

Dalle pronunce finora esaminate emerge dunque un variegato quanto sufficientemente preciso orientamento della Corte di Giustizia in materia di circolazione dei capitali.

Da esso si desume come la Corte di Giustizia – dal caso *Schumacker* fino alla sentenza *Orange Smallcap* – abbia in sostanza sempre cercato di mediare, nella risoluzione dei casi ad essa sottoposti, tra diversi quanto opposti principi vigenti nel diritto comunitario, ossia tra la libertà di circolazione e l'esigenza di equilibrio del sistema tributario interno agli Stati membri, principi che, riguardo alla libertà di circolazione dei capitali, sono rispettivamente racchiusi negli artt. 56 e 58 Trattato CE. Infatti, mancando una normativa che puntualmente disciplini le fattispecie finora affrontate dalla Corte di Lussemburgo in materia, tali norme costituiscono, attualmente, gli unici due parametri giuridici in materia di tassazione di redditi da capitale. Come visto, è dunque ai principi espressi in tali norme, nonché ai connessi principi di non discriminazione e non restrizione, ai quali il supremo interprete del diritto comunitario fa riferimento ogni volta sia necessario giudicare la legittimità comunitaria di una normativa nazionale⁴⁸.

3. I principi di coerenza del regime fiscale, di non restrizione e di proporzionalità nella sentenza 20 Maggio 2008, causa C-194/06

Nel paragrafo che precede si è cercato di illustrare, attraverso lo scrutinio ragionato di alcuni importanti casi, i tratti essenziali dell'evoluzione dell'orientamento interpretativo della Corte di Giustizia in materia di circolazione di capitali all'interno dello spazio comunitario.

Si è fatto ciò al fine di rendere meglio comprensibile, in generale, il metodo logico-giuridico e interpretativo adottato dalla Corte di Giustizia nella risoluzione delle questioni sottoposte al suo esame, e, in particolare, per meglio comprendere le ragioni essenziali di diritto in base alle quali lo stesso Giudice ha risolto il caso *Orange Smallcap*.

Nella sentenza in commento, la Corte comunitaria si è dimostrata fedele ai propri precedenti ed al proprio sillogismo giuridico, facendo applicazione dei principi di diritto ormai consolidati nel suo patrimonio giurisprudenziale in relazione alle circostanze particolari della singola fattispecie.

Come già visto al paragrafo 1.2, la Corte di Giustizia, pronunciandosi sul primo quesito pregiudiziale, *sub a)*, esclude la censurabilità a livello comunitario di una legislazione tributaria quale quella olandese nel momento in cui non consente la compensa-

⁴⁸ La Corte di Giustizia, nell'affrontare le questioni sottoposte al suo esame, adotta un sillogismo suddivisibile essenzialmente in quattro punti.



Andrea Castasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

zione di imposte sui dividendi scontate in Paesi con cui i Paesi Bassi non abbiano concluso una convenzione contro le doppie imposizioni. Il Giudice comunitario ritiene giustificabile una tale restrizione – o discriminazione avuto riguardo ai dividendi provenienti da altri Stati membri – facendo perno essenzialmente su tre punti: a) l'inesistenza di una misura di unificazione o di armonizzazione che consenta di eliminare totalmente la doppia imposizione a livello comunitario⁴⁹; b) l'uguaglianza di trattamento che la legislazione olandese riserva ai dividendi di derivazione nazionale od estera⁵⁰; c) il fatto che la compensazione di un'imposta estera, al pari del diritto di imputazione, è un beneficio che, quando previsto da una convenzione bilaterale, costituisce parte integrante della singola convenzione non scindibile da essa per essere estesa a casi analoghi⁵¹. La mancanza di un coordinamento a livello comunitario tra le legislazioni fiscali dei singoli Stati membri e l'uguaglianza di trattamento tra i dividendi esteri e quelli nazionali percepiti da un organismo collettivo di investimento fanno sì che la Corte di Giustizia debba necessariamente “assolvere” la legge olandese in materia di imposte sui redditi, a nulla rilevando l'esistenza del diritto di compensazione in convenzione stipulate dal Regno dei Paesi Bassi con Stati diversi dal Portogallo e dalla Germania. La Corte pertanto considera giustificabile la discriminazione operata dalla legge olandese nei confronti di taluni dividendi percepiti dell'OESF, ricordando inoltre come il diritto comunitario non impone ad uno Stato membro di compensare i possibili svantaggi che derivano da un'imposizione a catena che scaturisce esclusivamente dall'esercizio parallelo delle competenze tributarie di cui dispongono gli Stati membri⁵².

La risoluzione della prima sottoquestione contenuta nel primo quesito pregiudiziale appare tanto più interessante quanto più si consideri la soluzione che la Corte comunitaria ha dato alla seconda sottoquestione. Infatti, se nel far luce sui dubbi posti dal primo sottoquesito pregiudiziale la Corte ha valutato la coerenza del regime fiscale olandese asseverando l'inesistenza di comportamenti censurabili a livello comunitario – come una restrizione od una discriminazione –, nel rispondere alla seconda sottoquestione fa applicazione di un principio importante quanto poco rintracciabile nella giurisprudenza comunitaria in materia fiscale: il principio di proporzionalità⁵³.

Sebbene quest'ultimo principio non venga richiamato esplicitamente dalla Corte all'interno del percorso argomentativo diretto a suffragare le proprie conclusioni sul punto, lo stesso principio sarebbe comunque da esso desumibile.

Invero, concludendo sulla sottoquestione sub b), la Corte dichiara incompatibile con il diritto comunitario la legislazione olandese nel momento in cui riduce la compensazione prevista a favore degli OICVM in misura proporzionale alla partecipazione di azionisti che risiedono o sono stabilite in altri Stati membri o in Paesi terzi, motivando

⁴⁹ Cfr. sentenza causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., punto 32.

⁵⁰ Cfr. sentenza causa 194/06, *Orange Smallcap*, cit., punti 34-37.

⁵¹ Cfr. sentenza causa C-194/06, *Orange Smallcap*, cit., punto 46. Ma sul punto si veda anche: sentenza D, cit., causa C-376/03, punti 59-63; sentenza 12 Dicembre 2006, C-374/2004 *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punti 50; 88-93 e C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 47.

⁵² Cfr. sentenza causa C-194/06, *Orange Smallcap*, cit., punto 47.

⁵³ Sono ormai pacificamente considerati elementi costitutivi del principio di proporzionalità l'adeguatezza, la necessaria età e l'adeguatezza. Se per idoneità si intende la capacità – valutata secondo un giudizio *ex ante* – di una data azione di raggiungere gli obiettivi che essa si propone e per necessari età l'indispensabilità di essa, l'adeguatezza o proporzionalità in senso stretto – impone la scelta del mezzo meno gravoso nel perseguimento dell'obiettivo che l'azione si prefigge di raggiungere. Il principio di proporzionalità è stato per la prima volta introdotto nell'ordinamento comunitario dal Trattato di Maastricht, che ha inserito nel Trattato istitutivo le disposizioni attualmente contenute nell'art. 5(ex art. 3B). In materia fiscale, la Corte di Giustizia ha fatto più volte applicazione del principio in questione. Si vedano, *ex multis*: sentenza del 27 Gennaio del 2009, C-318/07 *Persche*; sentenza del 18 Dicembre 2007, C-101/05, A; sentenza del 4 Marzo 2004, C-334/02, *Commissione/Francia*.



tale conclusione con l'assunto per cui la stessa penalizzerebbe indistintamente tutti gli azionisti.

Con quest'ultimo inciso la Corte dimostra di aver censurato la norma olandese sulla compensazione in quanto il suo portato implicherebbe degli effetti oltremodo onerosi rispetto allo scopo che la stessa si prefiggeva di raggiungere.

Come già visto a proposito della sottoquestione *sub a*), la Corte si mostra sempre particolarmente attenta nel sondare la *ratio* delle normative nazionali al fine di valutarne la compatibilità o meno con il diritto comunitario.

Si è anche visto come la Corte, nell'esaminare le questioni pregiudiziali, dapprima valuti l'esistenza di una violazione di una libertà fondamentale per poi verificarne la giustificabilità - come ad es. nel caso *D* -.

Nel caso *Orange Smallcap* la Corte è giunta a considerare "sproporzionata" la norma sulla compensazione dopo aver scrutinato dapprima la *ratio* del diritto olandese in materia di tassazione di dividendi percepiti da organismi di investimento e, in seguito, la sua compatibilità con il diritto comunitario.

Nell'affrontare la seconda sottomissione *sub b*), il Giudice di Lussemburgo preliminarmente richiama quanto statuito sulla prima delle due sottoquestioni affrontate.

La Corte ha infatti rilevato come se da un lato - in circostanze quali quelle della fattispecie per cui è causa - il diritto comunitario non obbliga uno Stato membro a prevedere una compensazione destinata a tener conto di prelievi ricali effettuati alla fonte da un altro Stato in mancanza di un coordinamento tra i due sistemi impositivi, dall'altro, quando un tale beneficio viene accordato, tale facoltà deve essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario.

Lo stesso Giudice inizialmente afferma infatti come la riduzione della compensazione - così come prevista dall'art. 6, n.2 del regio decreto in materia di tassazione dei dividendi percepiti da un organismo di investimento collettivo residente o stabilito in Olanda -, operando una distinzione sulla base della residenza degli azionisti, abbia senza dubbio un effetto restrittivo della raccolta di capitali da parte dell'OESF all'estero. Da tale restrizione scaturiscono due effetti. Da una parte la riduzione chiaramente opera una differenza di trattamento tra un organismo di investimento collettivo i cui azionisti siano tutti residenti o stabiliti nei Paesi rispetto ad un analogo organismo il cui capitale sia partecipato anche da azionisti residenti in Stati diversi dai Paesi Bassi. Dall'altra, essendo la riduzione calcolata sull'importo complessivo dei dividendi di origine estera, essa incide sull'importo complessivo degli utili da distribuire.

Riguardo al primo effetto, la Corte, anche sulla base delle osservazioni presentate dal governo dei Paesi Bassi e della soluzione data alla prima questione *sub a*), considerando la *ratio* della normativa olandese in materia di compensazione nel suo complesso, si pone il problema della compatibilità con gli artt. 56 e 58 Trattato CE di una tale distinzione. Infatti, ritenuta ammissibile secondo il diritto comunitario una distinzione tra dividendi di diversa provenienza in base a criteri di comparabilità tra le situazioni in cui versano i contribuenti, allo stesso modo sarebbe possibile dichiarare la compatibilità con il diritto comunitario di una distinzione del tutto simile operata tuttavia non in base all'origine dei dividendi ma in base alla residenza dei percettori di essi.

Lo stesso Giudice giunge tuttavia ad affermare come l'effetto restrittivo in questione non possa essere giustificato. Ciò in quanto il Regno dei Paesi Bassi, sebbene assoggetti ad aliquota zero gli utili percepiti da un organismo di investimento collettivo, tassa indistintamente i dividendi che lo stesso organismo distribuisce ai propri azionisti prescindendo dal luogo della loro residenza. Pertanto, argomenta la Corte - sposando quanto



Andrea Castasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

affermato anche dall'Avvocato Generale ⁵⁴ e richiamando alcuni suoi importanti precedenti⁵⁵ - «a partire dal momento in cui il Regno dei Paesi Bassi ha deciso di concedere agli organismi di investimento(...) una compensazione(...) per le imposte scontate all'estero» e, nel contempo, di esercitare la propria competenza tributaria sull'insieme dei dividendi distribuiti da tali organismo prescindendo dal fatto che essi siano o meno residenti in Olanda, «esso deve estendere i benefici di tale compensazione agli organismi di investimento(...) comprendenti azionisti che non risiedono o non sono stabiliti nel detto Stato membro».

Così esclusa la compatibilità del primo degli effetti prodotti dalla normativa olandese sulla compensazione con il principio della libera circolazione dei capitali, la Corte esamina la compatibilità di una riduzione dell'importo delle imposte da compensare che, sebbene non faccia differenze in base alla provenienza dei dividendi in base alla residenza dei percipienti, penalizzi indistintamente tutti gli azionisti.

E' nel verificare la compatibilità con il diritto comunitario di un simile effetto restrittivo che la Corte di Giustizia farebbe applicazione del principio di proporzionalità.

Il Giudice di Lussemburgo infatti, rispondendo alle osservazioni avanzate dal governo olandese sul punto, afferma come la riduzione prevista dall'art. 6, n. 2 del regio decreto non consenta di conseguire in modo "proporzionato" l'obiettivo di tutelare la coerenza del regime fiscale nazionale. La Corte ha invero considerato prive di pregio le argomentazioni addotte dal governo olandese per il fatto di essere essenzialmente incentrate sul fatto che in virtù delle convenzioni contro le doppie imposizioni i non residenti scontassero un'imposta sui dividendi con un'aliquota inferiore rispetto a quella nazionale⁵⁶.

In primis, secondo lo stesso Giudice risulterebbe ormai da una costante giurisprudenza come la potenziale o reale riduzione delle entrate tributarie non possa in alcun modo essere considerata una ragione imperativa di interesse generale ex art. 58 Trattato CE che possa essere fatta valere per giustificare un provvedimento che sia in contrasto con una libertà fondamentale⁵⁷. In secondo luogo, anche ad ammettere la necessità di uno Stato di salvaguardare il proprio gettito, la misura fiscale olandese in questione sortirebbe degli effetti comunque eccessivamente onerosi rispetto al fine ultimo da perseguire.

Infatti la riduzione indiscriminata dell'insieme dei dividendi di origine estera da ripartire tra gli azionisti in base alle singole quote detenute nell'organismo di investimento porta all'ingiustificabile conseguenza di sacrificare l'utile netto di contribuenti residenti o stabiliti nei Paesi Bassi, utile che certamente non sarebbe sottratto al fisco olandese.

Pertanto la Corte lussemburghese lascia intendere, tirate le fila delle argomentazioni da essa sviluppate, che anche a voler ipotizzare la legittimità comunitaria di una legislazione nazionale che abbia la ratio di preservare il proprio gettito, nel caso della normativa olandese in questione tale obiettivo non sarebbe comunque perseguito osservando il principio di proporzionalità, che impone l'utilizzo del minimo mezzo necessario e sufficiente al raggiungimento dello scopo⁵⁸.

⁵⁴ Cfr. Conclusioni Avvocato Generale Y. Bot, cit., punto 121.

⁵⁵ Si veda in tal senso sentenza 14 Dicembre 2006, C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*, punto 37; sentenza *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, cit., punto 70.

⁵⁶ Cfr. sentenza causa C-194/06, *Orange Smallcap*, cit., punti 80-81.

⁵⁷ Cfr. sentenza causa C-194/06, *Orange Smallcap*, cit., punto 84 ma anche: sentenza causa C-319/02, *Manninen*, cit., punto 49; sentenza causa C-35/98, *Verkooijen*, cit., punto 59; sentenza 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, punto 56, nonché X e Y, cit., punto 50.

⁵⁸ Per ciò che attiene alla questione in esame, si è visto come la Corte di Giustizia concluda per la incompatibilità con il diritto comunitario di una normativa nazionale che riduca l'importo da compensare dell'imposta estera scontata



4. Conclusione: il coordinamento fiscale in materia di tassazione dei dividendi come un obiettivo ancora da realizzare

L'analisi testé svolta del quadro normativo e giurisprudenziale in cui si iscrive la sentenza C-194/06 *Orange Smallcap* vuole non soltanto cercare di mettere in luce, nelle sue linee essenziali, lo *status quo* della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di tassazione dei dividendi a livello comunitario ma anche, e soprattutto, fornire lo spunto per un'analisi critica delle problematiche evidenziate ponendo un quesito: ove il coordinamento fiscale tra gli Stati membri fosse realizzato, potrebbero evitarsi discrasie in materia di fiscalità diretta a livello comunitario come quelle verificatesi nel caso *Orange Smallcap*?

L'esigenza di un coordinamento dei sistemi fiscali nazionali è ormai da diversi anni avvertita sia dagli operatori economici e del diritto che dalla stessa Commissione Europea, che, dalla metà degli anni '90 - a seguito di un cambio di strategia⁵⁹ - si è più volte prodigata per fornire delle soluzioni in grado di rendere la fiscalità diretta comunitaria più coerente con la struttura e i principi del Mercato Unico.

Per mezzo di ripetuti e rilevanti interventi⁶⁰, la Commissione ha infatti individuato e segnalato agli ai governi degli Stati membri lo strumento del coordinamento in materia

da un organismo collettivo di investimento se e nella misura in cui l'azionariato di quest'ultimo sia costituito da persone fisiche o giuridiche che risiedono o sono stabilite in altri Stati membri penalizzando tutti gli azionisti indistintamente. È interessante notare come la Corte di Giustizia valuti - coerentemente con i principi che fanno parte del suo *acquis* giurisprudenziale - in modo diverso situazioni differenti anche se riguardanti la stessa legislazione del medesimo Stato membro. Si è visto infatti come, relativamente alla prima questione *sub a*), sia stata valutata compatibile con il diritto comunitario una norma diretta a preservare la coerenza del regime fiscale dei benefici attraverso il rifiuto di concedere la compensazione per imposte scontate in Stati con cui lo Stato membro - nel caso di specie l'Olanda - non avesse concluso una convenzione regolante il riparto delle competenze tributarie. Nel concludere sulla sottoquestione *sub b*), la Corte ha invece censurato una norma - quale l'art. 6, n.2 del regio decreto - che, sebbene diretta anch'essa a preservare la coerenza del regime fiscale interno, appariva non soltanto "sproporzionata" nei suoi effetti, ma anche non diretta, al contrario della prima, a tutelare il regime delle concessioni interne ma semplicemente a preservare una mera riduzione del gettito.

⁵⁹ L'accordo raggiunto in materia fiscale in seno al Consiglio d'Europa nel Luglio del 1990 ha consentito l'introduzione nell'ordinamento comunitario delle tre direttive 90/434/CEE, 90/435/CEE e 90/436/CEE - v. *supra* nota 22 - che, come è noto, costituiscono una pietra miliare nel processo di integrazione fiscale comunitaria. Tuttavia, negli anni a seguire la Commissione Europea inizia a meditare un cambio di strategia nell'approccio al problema della fiscalità diretta a livello comunitario. Infatti, sebbene il metodo dell'armonizzazione - o del c.d. *piecemeal approach* - avesse dato dei frutti non poco lusinghieri come l'adozione delle tre direttive del 1990, questo si presentava tuttavia inadeguato per risolvere pienamente i problemi posti dalla fiscalità diretta comunitaria. Generalmente il documento che viene indicato come quello della svolta in materia di politica fiscale comunitaria è il *paper* che la Commissione Europea presentò al Consiglio ECOFIN tenutosi a Verona nell'Aprile 1996 - Documento di discussione per la riunione informale dei ministri ECOFIN *La politica tributaria nell'Unione Europea*. doc. SEC(96)487 def. del 20 Marzo 1996 - per un commento si veda CNOSEN S., *Monti's ECOFIN Discussion Paper*, in *Intertax*, 1996, n.6-7, p. 228-229. Tale documento costituisce l'incipit di una strategia di concertazione tra le politiche fiscali degli Stati membri definita dalla stessa Commissione come coordinamento fiscale - contrapposto all'armonizzazione -, che, in assenza di modifiche al quadro istituzionale del Trattato in materia fiscale - si presentava come l'unico strumento per perseguire l'obiettivo dell'integrazione fiscale comunitaria. E' sulla base di tale strategia che successivamente è stato adottato il c.d. "pacchetto Monti" del 1997, del quale le Direttive 2003/48 e 2003/49/2003/CE - rispettivamente in materia di tassazione del risparmio e di interessi e royalties - costituiscono una proiezione. Si ricorda inoltre come l'adozione delle direttive da ultimo citate abbia tuttavia ricevuto una spinta propulsiva dalla comunicazione 726 del 2003 COM(2003)726 - presentata dalla Commissione Europea al Consiglio ECOFIN del 25 Novembre 2003 - con la quale l'organo esecutivo comunitario ha dato prova di voler seguire un approccio c.d. *two-track* - già inaugurato dalla comunicazione 582 del 2001, COM(2001)582 - al problema della fiscalità diretta comunitaria, proponendo nel contempo misure di breve periodo mirate - o *targeted measures* come le direttive risparmio e interessi e royalties - e misure di lungo periodo, tra le quali si segnala la proposta del regime comune di tassazione delle società sotto forma di base imponibile consolidata - CCCTB - .

⁶⁰ A partire dal 1996, il coordinamento fiscale viene considerato dalla Commissione Europea come un importante strumento da affiancare al metodo dell'armonizzazione fiscale mediante l'adozione di direttive. Ciò specialmente a causa delle difficoltà che quest'ultimo metodo incontra nell'ineludibile criterio dell'unanimità stabilito dall'art. 94(ex art. 100) Trattato CE. Tra le comunicazioni adottate dalla Commissione dal 1996, spiccano per il loro esplicito riferimento al coordinamento fiscale le comunicazioni del 2005, COM(2005)532 del 25 Novembre 2005 e del 2006 COM(2006)823 del 19 Dicembre 2006, COM(2006)824, COM(2006)825, adottate entrambe il 21 Dicembre 2006.



Andrea Catasti: *La Corte di Giustizia torna sul problema della doppia tassazione dei dividendi in ambito comunitario: quand'è che la doppia imposizione è legittima e quand'è che è sproporzionata?*

di fiscalità diretta come la strategia maggiormente efficace per contrastare la concorrenza fiscale dannosa ancora esistente a livello comunitario.

Diversamente dall'armonizzazione, il coordinamento è apparso come la modalità più efficace per rendere i sistemi fiscali nazionali coerenti con le esigenze del mercato unico.

Concettualmente, il coordinamento non è infatti finalizzato a ravvicinare le legislazioni degli Stati attraverso la creazione di un insieme condiviso di norme che sostituiscano le legislazioni nazionali – che in materia di fiscalità diretta appare difficilmente conciliabile con le esigenze interne di politica economica –, bensì è finalizzato a rendere gli ordinamenti fiscali nazionali compatibile tra loro nonché con il Trattato CE. Esso si rivela dunque come un metodo di cooperazione multilaterale che, attuato a livello comunitario e a livello convenzionale tra i singoli Stati, può essere in grado di assicurare che i sistemi di nazionali operino parallelamente senza che tra di essi si producano frizioni incompatibili con i principi dell'ordinamento europeo.

Come messo in luce dall'importante comunicazione della Commissione 823 del 2006 sul coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno⁶¹,

un trattamento fiscale coerente con i principi che reggono il Mercato Unico necessita di un livello di coordinamento tra gli Stati membri che, facendo salve le prerogative nazionali in materia di imposizione diretta, elimini, anzitutto, tutte le discriminazioni fiscali e la doppia imposizione internazionale.

La realizzazione di tale obiettivo, come è stato acutamente evidenziato⁶², dipenderebbe da una strategia di coordinamento che opera essenzialmente su tre piani: a) sul piano nazionale, attraverso l'adozione unilaterale da parte dei singoli Stati membri di provvedimenti che siano in grado, modificando la legislazione interna, di eliminare forme di discriminazione fiscale b) sul piano internazionale, attraverso la conclusione di convenzioni bilaterali o multilaterali per evitare la doppia imposizione – o la doppia non-imposizione – c) sul piano comunitario, qualora la doppia imposizione o non-imposizione sia il risultato di evidenti discrasie tra i sistemi fiscali nazionali.

Un coordinamento così impostato apparirebbe dunque non soltanto in linea con il principio di sussidiarietà vigente nell'ordinamento comunitario, ma anche ossequioso del disposto di cui all'art. 293(ex art. 220)Trattato CE, con il quale viene sancito l'impegno degli Stati membri ad avviare, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità. A ciò si aggiunga che un coordinamento realizzato in varie fasi temporali – di breve e lungo periodo – a diversi livelli istituzionali e, sotto il profilo comunitario, secondo una strategia che alterna interventi mirati e interventi cd. *comprehensive*, rimane anche in linea con l'approccio alla fiscalità diretta più all'avanguardia che sia stato pensato dalla Commissione, ossia l'approccio *two-track*⁶³. Quest'ultima strategia si caratterizza invero per l'interazione, combinata nel tempo, tra interventi mirati e diretti ad eliminare ostacoli particolari – come ad es. le più recenti direttive del 2003 in materia di risparmio e di interessi e royalties nonché la

⁶¹ COM(2006)823 del 19 Dicembre 2006, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale europeo, *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno*.

⁶² Cfr. ZALASINSKI A., ROCCATAGLIATA F., *Un'azione comunitaria per agevolare il coordinamento tra gli ordinamenti fiscali degli Stati membri: la comunicazione della Commissione sul coordinamento dei sistemi di imposizione diretta: una nuova tappa nella strategia di cooperazione tra la Commissione Europea e gli Stati membri*, in questa Rivista, 1, 2007, pp. 203-216.

⁶³ V. supra nota 61.





“nuova” Direttiva “madre-figlia” 123 del 2003⁶⁴ – e interventi più ambiziosi e di respiro più generale – come la proposta di direttiva per una base imponibile consolidata a livello europeo (CCCTB) contenuta dapprima nella comunicazione 582 del 2001, COM(2001)582 e poi nella comunicazione 726 del 2003 –.

Detto ciò, appare pertanto plausibile che l’integrazione fiscale a livello comunitario – di assoluto rilievo per il corretto funzionamento del mercato unico – possa essere la risultante di un coordinamento realizzato attraverso un’equilibrata sinergia, che sarebbe a sua volta il risultato di una stretta cooperazione tra la Commissione Europea e gli Stati membri.

Tale cooperazione potrebbe infatti raggiungere risultati concreti proprio nel momento in cui, da un lato, i singoli Stati membri riescano ad adottare politiche fiscali in grado di rendere il proprio sistema interno compatibile con gli obiettivi dell’Unione Europea e, dall’altro, le istituzioni comunitarie riescano, dalla loro posizione sovranazionale, ad interpretare correttamente il ruolo ad esse assegnato dagli artt. 3 e 4 Trattato CE, adottando, di volta in volta, i provvedimenti all’uopo necessari per il completamento dell’integrazione europea anche in materia fiscale.

⁶⁴ Direttiva 2003/123/CE del 22 Dicembre 2003.



Italy – Italian Revenue Agency – Central Tax Provisions and Litigation Department (Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso) – Resolution n. 128 of 3 april 2005

Article 12, paragraphs 1 and 2 of Double Taxation Convention with France – Concurrent taxation – Royalties are taxed in the State in which they arise at a facilitated rate of 5%.

Article 12, paragraph 4 of Double Taxation Convention with France – Definition of royalty – The provisions of Article 12 apply only to the cases expressly referred to.

Article 23, paragraph 2, letter c) of the Italian Consolidated Act on Income taxes (TUIR) – Royalties paid to non-residents in consideration for the use of intellectual works – Taxation in Italy.

Article 25, paragraph 4 of DPR 600/1973 – Withholding tax on royalties paid to non-residents in consideration for the use of intellectual works – Standard tax rate of 30%.

Resolution No. 169 of 30 July 1997 – Distinction between the acquisition of computer software for mere personal use and the acquisition of computer software for reproduction and marketing purposes – Only payments made in consideration for the reproduction and marketing of the software are classified as royalties.

Payments made by a resident distribution company to a non-resident software production company constitute royalties where the licence to distribute computer programs involves a transfer of partial rights in the copyright.

On the basis of this principle, which is contained in Resolution No. 128 of 3 April 2008, the Italian Revenue Agency clarified that the payments in question must be subject to the tax treatment applicable to payments made as a consideration for the use of intellectual works.

Therefore, where these payments are made to non-residents, they are subject to a withholding tax at a rate of 30% on the taxable amount in accordance with Article 25, paragraph 4 of DPR No. 600/1973, except where double taxation conventions provide a more favourable treatment.

The application of withholding tax on software

Ciriaco R. Petrillo*

CONTENTS: 1. Introduction; 2. Resolution No. 128 of 3 April 2008; 3. Recent changes to the OECD Model Convention in respect of royalties; 4. Conclusions

* The views expressed reflect the opinion of the author and cannot be construed as the official position of the Agenzia delle Entrate (Italian Revenue Agency). - Translation by Claudia Calogero.

1. Introduction

It is well known that the term royalty includes, *inter alia*¹, payments made to right-holders of patents, intellectual property or information concerning industrial, commercial or scientific experience with a view to exploiting these “intangibles” for commercial purposes.

These rights are frequently transferred, fully or partially, in industry and trade. There is not a fixed rule to determine relevant payments, as such payments depend on arrangements between businesses and may be structured in a number of ways.

For the purposes of international taxation, these kinds of payments made to non-residents refer to a number of definitions ranging from the domestic one as included in Article 23, paragraph 2 of TUIR to the Community law definition contained in the Interest and Royalties Directive and to those adopted in various double taxation conventions signed by Italy.

According to the provision contained in Article 23 (*Taxation of non-residents*), paragraph 2, letter c) of TUIR, the Italian tax is applied to «payments made in consideration for the use of intellectual works, industrial patents and trade marks, as well as any formula, process or information concerning industrial, commercial or scientific experience».

It is a well-spread opinion that this provision should be read in the widest sense. Generally, it is still valid to refer to the clarifications contained in Notice No. 42 of 12 December 1981 concerning the definition of Article 19 of DPR No. 597/1973 (which is very similar to the current one)². According to such definition, «the tax in question is applied to payments made in consideration for the use of trade marks and trade names, intellectual works, industrial inventions and similar. Actually, these payments are made in consideration for the use, or the right to use, a wide range of intangibles, which the lawmaker labels under a synthetic phrase referring residually (“and similar”) to intangibles that are similar in kind to those listed in the Article, and which are able to be exploited in developed industrial systems. And this choice is well understandable if you consider that it is not necessary to list all the kinds of payments and related properties in detail, as the law provides for a single undifferentiated tax treatment under which the payments concerned are taxed in Italy».

After including these payments under letter c), Article 19 provides that in order to be taxed in Italy, they must be paid «by the State, by residents in the territory of the State or permanent establishments located in the territory of the State of non-residents». In this case, income is deemed generated in the territory of the State.

Thus, taxation is applied in Italy only where these payments are made by the State, by residents in the territory of the State or permanent establishments controlled by non-residents.

¹ On the issue concerning royalties paid in consideration for the use of “tangibles”, see: A. DELLA CARITÀ, *Alla ritenuta sui canoni corrisposti a non residenti per l'uso di attrezzature che si trovano nel territorio dello Stato: alcuni problemi di carattere interpretativo*, in “Il fisco”, no. 33 of 11 September 2006.

² Article 19, point 9), of DPR 587/1973 (*Taxation of Non-Residents*):

«For the purposes of applying taxation to non-residents, the following shall be deemed income generated in the territory of the State:

9) regardless of the conditions as laid down at points 3), 4) and 5) of this paragraph, payments paid by the State, by residents in the territory of the State or permanent establishments located in the territory of the State of non-residents in consideration for the use of any trade marks and trade names, intellectual works, industrial inventions and similar, as well as for the use of vehicles, machines and other tangibles;

In Notice No. 128/2008, the Italian tax authority dealt with payments made in consideration for the acquisition of computer programs by a resident distributor to a non-resident copyright holder and clarified that these payments must be classified as royalties.

Notice No. 128/2008 is very important as foreign software houses, which create, produce and market software, distribute their own products in Italy through Italian traders.

For tax purposes, it is necessary to clarify the terms of the contract between the parties concerned and whether the subject of the contract is the right to use intangibles or the supply of mere tangibles.³

Only after carefully analyzing the contract between the two parties, it will be possible to classify the payment received by the software house as royalty for the purposes of applying the withholding tax. Alternatively, where the contract provisions should suggest a different income classification, payments would be dealt with as business profits to be taxed only in the State of residence of the recipient (unless the recipient has a permanent establishment in the territory of the State), as laid down in Article 23, paragraph 1, letter f of TUIR).

Obviously, as residents in different States are involved, the tax analysis cannot depart from the provisions as laid down in the tax treaty between the two States concerned, whose interpretation must consider the Commentary on the OECD Model Convention.

2. Resolution No. 128 of 3 April 2008⁴

In Notice No. 128 the Italian tax authority deals with a request for a ruling referred to under Article 11 of Law No. 212 of 27 July 2000.

ALFA, a French company without a permanent establishment in Italy, concludes a contract with an Italian distributor – VAR –, for distributing software in Italy. Under this contract VAR becomes the official non-exclusive distributor of ALFA's products and commits itself solely to distribute its products without making any change.

Under the terms of the contract, ALFA has the power to control and manage sales, while VAR holds non-exclusive, non-transferable licences to commercialize and distribute ALFA's software products, to supply technical assistance to the final user, to use ALFA's software for demonstration and use relevant trade marks within the limits imposed by ALFA.

The final user (licensee) may order the licences to use ALFA's software products from the distributor under three sale options as established by ALFA.

- 1) *Base licence price*: it represents the non-refundable price for each program licence;
- 2) *Yearly licence fee*: it represents the yearly price for each licence;

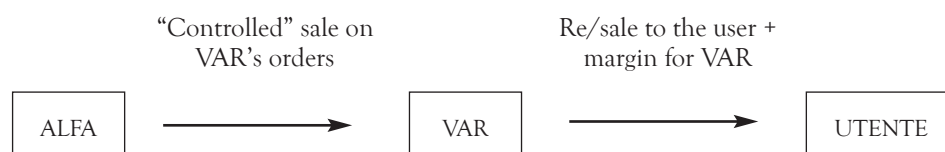
³ On the issue, it is useful to refer to Judgement No. 12507/1992 of the Italian Supreme Court, which contains some interesting clues into the limited commercial use of an intellectual work. The Court clarifies that «the author of a work has the exclusive right (a) to publish the work itself and (b) to use it commercially in any way (Article 2577 of the Italian Civil Code and Article 12, paragraphs 1 and 2 of Law No.633/1941). The first publication is treated as the first exercise of the right to use (above Article 12, paragraph 3); it is treated as use also the reproduction, namely the multiplication of copies of the work by any means, as laid down in following Article 13...

In the light of above provisions, the Court does not share the arguments contained in the judgement under appeal, according to which the reproduction of a work does not generally equate with its commercial use.»

⁴ Notice No. 128 of 3 April 2008 may be downloaded from “*Documentazione tributaria*” on the Italian Revenue agency's website www.agenziaentrate.gov.it.

3) *Yearly licence price*: it represents the price for a yearly licence that includes ongoing upgrades and technical support.

The sale scheme may be summarized as follows:



The interpretation given by the applicant

The applicant deems that the payments made by the Italian company VAR to the French company ALFA do not constitute a consideration for the right to reproduce and commercialize the software. Instead, they constitute a mere consideration for the acquisition of the ownership of the magnetic medium incorporating the software to be distributed within the Italian territory.

In the applicant’s opinion, this line of reasoning is grounded in Notice No. 169 of 30 July 1997⁵, where the tax authority clarified that payments made in consideration for the acquisition of a software for mere personal and commercial use must be classified as business profits or self-employed income – depending on the recipient – and not as royalties.

Thus, the payments made by VAR to ALFA are not classified as royalties and are not liable to withholding tax.

The ruling

The payments made by VAR to ALFA must be considered as royalties and thus are liable to the withholding tax under Article 25, paragraph 4 of DPR No. 600/73, except where the double taxation convention between France and Italy provides for a more favourable treatment.⁶

First, Notice No. 128/2008 reconstructs the legal framework governing the payments in question and points out that it includes both domestic and international provisions.

As far as domestic provisions, the ruling recalls that copyright laws (Law no. 633 of 22 April 1941) protect computer programs, thus representing literary works.

The payments made to non-residents in consideration for the use of intellectual works are liable to taxation in Italy under Article 23, paragraph 2, letter c) of TUIR. They are subject to a 30% withholding tax on the taxable amount.

With regard to the definition of royalty, Notice No. 128 analyzes Article 12, paragraph 4 of the Double Taxation Convention with France, which provides, *inter alia*, that

⁵ Notice No. 169 of 30 July 1997 may be downloaded from “*Documentazione tributaria*” on the Italian Revenue agency’s website www.agenziaentrte.gov.it.

⁶ K. CARUSO, *Acquisto software “stranieri”*. *Somme al confine fra utili e royalties* in “Fisco oggi”, Telematic Review of the Revenue Agency of 4 April 2008.



«payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work, of computer programs, ...».

With regard to the taxing rights on relevant income, the Convention provides that there is a concurrent taxation in both States, thus confirming the taxation in the source State.

However, in accordance with paragraph 2 of Article 12, if the recipient is the beneficial owner of the royalties, the tax so charged «shall not exceed 5% of the gross amount of the royalties»⁷. Furthermore, the Italian tax authority remarks that the derogation of exclusive taxation in the State of residence of the recipient, as laid down in paragraph 3, is not applicable to software as it is expressly provided for in the tax treaty⁸.

In order to interpret correctly the case in point with special regard to the character of the payments involved, the second part of Notice No. 128 examines the various aspects of the contract between ALFA and VAR.

Under the terms of this contract, the alienation of ALFA's products to VAR implies a transfer of partial rights in the copyright, which takes the form of a limited right of distribution of computer programs embodied in a magnetic medium (only the copyright holder would otherwise be entitled to this right).

According to the Italian tax authority's interpretation, this kind of alienation without a specific licence to commercialize the software would constitute an infringement to the copyright. It is mainly on the basis of this aspect of the contract that the tax authority makes a clear distinction between the alienation of mere tangibles (magnetic medium) and the alienation of tangibles on which a right in the copyright is embodied (magnetic medium incorporating a computer program). This aspect has led to classifying the payments in question as royalties (concurrent taxation under Article 12 of the Convention) and not as business profits (exclusive taxation in the State of residence under Article 7 of the Convention).

In order to support its own arguments, the tax authority refers to the interpretation in the OECD Commentary on Article 12. In particular, paragraph 13.1 clarifies that payments made for the acquisition of partial rights in the copyright (without the transferor fully alienating the copyright rights) represent a royalty where the lacking of a licence constitutes an infringement of copyright.⁹

⁷ On how to apply the withholding tax as laid down in tax treaties, see C. R. PETRILLO, *Taxation of nonresident artists*, in this Review, 2005, no. 1, p. 161.

⁸ 3. «Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2, royalties arising in a State and paid to a resident of the other State for the use of, or the right to use, a copyright of literary, artistic or scientific work (excluding royalties for computer programs, cinematograph films and other sound or visual recordings) shall be taxable only in that other State if such resident is the beneficial owner thereof.»

⁹ 13.1 «Payments made for the acquisition of partial rights in the copyright (without the transferor fully alienating the copyright rights) will represent a royalty where the consideration is for granting of rights to use the program in a manner that would, without such license, constitute an infringement of copyright. Examples of such arrangements include licenses to reproduce and distribute to the public software incorporating the copyrighted program, or to modify and publicly display the program. In these circumstances, the payments are for the right to use the copyright in the program (i.e. to exploit the rights that would otherwise be the sole prerogative of the copyright holder). It should be noted that where a software payment is properly to be regarded as a royalty there may be difficulties in applying the copyright provisions of the Article to software payments since paragraph 2 requires that software be classified as a literary, artistic or scientific work. None of these categories seems entirely apt. The copyright laws of many countries deal with this problem by specifically classifying software as a literary or scientific work. For other countries treatment as a scientific work might be the most realistic approach. Countries for which it is not possible to attach software to any of those categories might be justified in adopting in their bilateral treaties an amended version of paragraph 2 which either omits all references to the nature of the copyrights or refers specifically to software.»



The tax authority also argues that Notice No. 128 is compatible with Notice No. 169 and confirms that it is necessary to make a distinction between payments depending on whether the acquisition of computer software is for mere personal and commercial use or for reproduction and marketing purposes.

In this sense, where payments are made as a consideration for the acquisition of computer programs to be used, for example, within a firm, they must be classified as business profits and not as royalties; as a result, they should be dealt with under Article 7 (exclusive taxation) rather than under Article 12 (concurrent taxation) as laid down in relevant double taxation convention.

3. Recent changes to the oecd Model Convention in respect of royalties

The version 2008 of the Commentary on the OECD Model Tax Convention has brought some changes in the interpretation to Article 12 on royalties.

The introduction of paragraph 8.2¹⁰ reaffirms that where a payment is in consideration for the transfer of the full ownership (and not for the use) of rights over a property (which fall within the definition under paragraph 2 of Article 12), the payment cannot represent a royalty.

The aim is that the character of contract should prevail over the content of the contract itself where the transfer involves a strong commitment between the parties (transfer of the full ownership of an element of property), so that a higher number of transactions may fall within the scope of Article 7 (business profits) as compared with Article 12 (royalty).

However, the Commentary emphasizes that particular difficulties of interpretation may arise in the case of partial transfer (for a limited time or in a limited area) of rights in the copyright. In these cases, the OECD deems that relevant transactions should however fall within the scope of Article 7 rather than of Article 12.

In principle, where the ownership of rights is transferred by a sale (even for a limited time or in an area), the commercial character of the transaction prevails over the substance of the transaction itself under the new interpretation. For example, the commercial transaction involving the exclusive granting of all rights to an intellectual property for a limited period or in a limited geographical area should be classified as a sale within Article 7 and not within Article 12¹¹.

¹⁰ «8.2 Where a payment is in consideration for the transfer of the full ownership of an element of property referred to in the definition, the payment is not in consideration “for the use of, or the right to use” that property and cannot therefore represent a royalty. As noted in paragraphs 15 and 16 below as regards software, difficulties can arise in the case of a transfer of rights that could be considered to form part of an element of property referred to in the definition where these rights are transferred in a way that is presented as alienation. For example, this could involve the exclusive granting of all rights to an intellectual property for a limited period or all rights to the property in a limited geographical area in a transaction structured as a sale. Each case will depend on its particular facts and will need to be examined in the light of the national intellectual property law applicable to the relevant type of property and the national law rules as regards what constitutes an alienation but in general, if the payment is in consideration for the alienation of rights that constitute distinct and specific property (which is more likely in the case of geographically-limited than time limited rights), such payments are likely to be business profits within Article 7 or a capital gain within Article 13 rather than royalties within Article 12. That follows from the fact that where the ownership of rights has been alienated, the consideration cannot be for the use of the rights. The essential character of the transaction as an alienation cannot be altered by the form of the consideration, the payment of the consideration in instalments or, in the view of most countries, by the fact that the payments are related to a contingency».

¹¹ Interesting examples are in P. VALENTE, *Modello di convenzione OCSE: modifiche agli articoli 6-12 del modello e al commentario*, “Il fisco” no. 33 of 8 September 2008.

Also paragraphs 10.1 and 10.2 contain further changes to the treatment of royalties.

In accordance with paragraph 8.2, paragraph 10.1 clarifies that payments that are made in consideration for obtaining the exclusive distribution rights of a product in a given territory are to be classified as sales receipts, as they represent a consideration for the sale of the product, and as royalties where they are a consideration for the right to use the trade mark of the product.

Conversely, paragraph 10.2 clarifies that payments made to professionals in consideration for the development of a plan that does not already exist are to fall within the scope of Article 7 (Article 14 was deleted from the OECD Model Convention) and do not constitute royalties. On the other hand, where the plan already exists and the owner of the copyright grants someone the right to use this plan, the payment received constitutes royalties.

Paragraph 14.4 extends the interpretation in paragraph 8.2 to software, according to which the commercial character of the transaction should prevail over its content.

Arrangements between a software production company and a distribution intermediary will frequently grant the right to distribute copies of the program without the right to reproduce that program. In these transactions, the rights acquired are limited to distribute programs. Consequently, the distributors are paying only for the acquisition of the software copies and not to exploit any right in the software copyrights. In these acquisitions without the right to reproduce the software, the Commentary suggests that the transaction should be considered as a commercial transaction falling within the scope of Article 7. This would be the case regardless of how the copies are distributed (on tangible media or electronically) in the transaction or whether the software is subject to minor customisation.

To conclude on the topic, paragraphs 11 to 11.4 re-define the concept of know-how.

The Commentary makes a distinction between the supply of know-how and the provision of services concerning business information. The concept of know-how includes historical business information that has not been patented and is undivulged, namely information arising from previous business experience and formulas, which can result in higher business profits. Conversely, information supplied through the provision of services does not already exist and is obtained as a result of particular knowledge and skills.

Payments made in consideration for commercial information arising from previous experience (provision of services) and concerning business management performance should be classified as business profits (Article 7) and not as royalties (Article 12).

For example, in the Commentary, the supply of a list of potential customers is a mere provision of services, when such a list is developed specifically for the payer out of generally available information.

However, the payment for the confidential list of customers to which the payee has provided a particular product or service could constitute a payment for know-how as it relates to the commercial experience of the payee in dealing with these customers.¹² It is not always simple to make this distinction, which is to be verified on a case-by-case basis.

¹² Paragraph 11.4 of the Commentary: «Examples of payments which should therefore not be considered to be received as consideration for the provision of know-how but, rather, for the provision of services, include:

- payments obtained as consideration for after-sales service;
- payments for services rendered by a seller to the purchaser under a warranty;
- payments for pure technical assistance;

In addition to interpretation guidelines, the Commentary on Article 12 contains three “observations” (options to interpret a tax treaty article in a different way) and three “reservations” (options to negotiate alternative tax treaty provisions). The high number of above requests from Italy implies that the tax administration wanted to put specific limitations to the treatment of royalties.

In Observation 27, Italy does not adhere to the interpretation in paragraphs 8.2, 15 and 16. The Italian administration holds the view that payments in consideration for the transfer of the ownership of an element of property must fall within the scope of Article 12 and thus be subject to withholding tax, if any.

In Observation 27.1, Italy takes into consideration contracts granting exclusive distribution rights together with other rights referred to in the definition of royalties. In these cases, the Italian tax administration reserves the right not to apply the OECD rule.

Nor is the interpretation in paragraph 14.4 (income from a mere distribution of software copies falls within Article 7 as any product that is not covered by copyright) applicable to the case. In fact, according to the Italian interpretation, it is necessary to examine each case taking into account all the specific circumstances in relation to the acts of distribution (Observation 31.2).

By reservation in paragraph 37, Italy reserves the right to tax software rights in a different form. Instead, by reservation in paragraph 41, Italy is in favour to include income derived from the leasing of industrial, commercial or scientific equipment in the definition of royalties.

By the last reservation in paragraph 47, Italy reserves the right to tax royalties received where the recipient has a permanent establishment in Italy, even if these royalties are not connected with such permanent establishment.

4. Conclusions

Would it be necessary to update Resolution No. 128/2008 in the light of the changes to the OECD Model Convention? Does the interpretation given by the Italian tax authority conflict with the changes to the OECD Model Convention?

In this regard, it seems quite uncontroversial that payments made by a non-resident in consideration for the supply of a tangible (such as, a magnetic medium that does not incorporate a computer program) to an Italian resident are classified as business profits. Since there is no copyright to protect, the transaction escapes the tax treatment applicable to the use of intellectual works.

In contrast, the supply of a magnetic medium incorporating a computer program implies other considerations as referred to in Resolution No 128/2008.

In fact, in order to identify the correct tax treatment to apply to the payments in question, Resolution No. 128 clarifies that it is necessary to make a painstaking analysis of the supply contract between the copyright holder and the Italian distributor. Only

- payments for a list of potential customers, when such a list is developed specifically for the payer out of generally available information (a payment for the confidential list of customers to which the payee has provided a particular product or service would, however, constitute a payment for know-how as it would relate to the commercial experience of the payee in dealing with these customers);
- payments for an opinion given by an engineer, an advocate or an accountant, and
- payments for advice provided electronically, for electronic communications with technicians or for accessing, through computer networks, a trouble-shooting database such as a database that provides users of software with non-confidential information in response to frequently asked questions or common problems that arise frequently».

once the character of the rights referred to the marketed product is defined, it will be possible to classify it for tax purposes.

Observations in paragraphs 27.1 and 31.2 of the Commentary seem to follow this line of interpretation, where they admit that Article 12 of the OECD Model Convention may not cover these payments under certain circumstances. Essentially, such circumstances would lie just in the character of the rights related to the marketed product (rights covered by copyright laws).

Where computer programs can be marketed without complying with copyright laws, distributors act as mere intermediaries and relevant payments do not fall within the scope of withholding tax on royalties¹³.

In conclusion, it seems that the observations made by the Italian tax administration on Article 12 of the OECD Model may be considered consistent with the interpretation in Resolution 128/2008.

¹³ On the topic, see also, *Note in merito alla distribuzione del software a all'obbligo di effettuazione delle ritenute su royalties*, in "Fiscalità Internazionale", 2008, no. 5; M. STRATA - G. D'INVERNO, *Acquisto di software da soggetti non residenti privi di stabile organizzazione in Italia: trattamento ai fini delle imposte sui redditi*, "Il fisco", no. 6 of 11 February 2002; M. LAVAGNIO - P. TOGNOLO, *I contratti di distribuzione di software standardizzato: problematiche fiscali relative alla qualificazione del reddito corrisposto dal distributore residente al produttore non residente*, "Il fisco" no. 2 of 10 January 2000.





Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso – Risoluzione 3 aprile 2008, n. 128

Articolo 12, paragrafi 1 e 2 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con la Repubblica francese – Tassazione concorrente – Tassazione nel Paese di provenienza del compenso con aliquota agevolata del 5%.

Articolo 12, paragrafi 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con la Repubblica francese – Definizione di *royalty* – Applicazione dell'articolo 12 soltanto ai casi indicati.

Articolo 23, secondo comma, lettera c), del TUIR – Luogo di produzione dei compensi per l'utilizzazione delle opere dell'ingegno corrisposti a soggetti non residenti – Tassazione in Italia

Articolo 25, quarto comma, del DPR 600/1973 – Ritenuta sui compensi per l'utilizzazione delle opere dell'ingegno corrisposti a soggetti non residenti – Tassazione ordinaria del 30%

Risoluzione 30 luglio 1997, n. 169 – Distinzione tra acquisto di *software* finalizzato al puro utilizzo personale e acquisto destinato alla riproduzione e commercializzazione – Compenso qualificato di *royalty* soltanto nel caso di riproduzione e commercializzazione

I compensi corrisposti da una società di distribuzione residente a una società produttrice di software non residente costituiscono royalty nell'ipotesi in cui la licenza per la distribuzione dei programmi informatici configura un trasferimento parziale di un diritto rientrante nella disciplina del diritto d'autore.

In base a questo principio, contenuto nella risoluzione n. 128 del 3 aprile 2008, l'Agenzia delle Entrate ha chiarito che i compensi in questione devono essere sottoposti al regime fiscale previsto per i corrispettivi dovuti per l'utilizzazione delle opere dell'ingegno.

Pertanto, su tali compensi corrisposti a soggetti non residenti deve essere operata una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta nella misura del 30% sulla parte imponibile ai sensi dell'articolo 25, quarto comma del DPR n. 600 del 1973, a meno che non vi sia un trattamento convenzionale più favorevole.

Il software e l'applicazione della ritenuta alla fonte

Ciriaco R. Petrillo*

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La risoluzione n. 128 del 3 aprile 2008; 3. Nuovi sviluppi del Modello OCSE in materia di *royalty*; 4. Conclusioni

* Le opinioni espresse sono esclusivamente riferibili all'autore e non possono essere considerate per nessun motivo una posizione ufficiale dell'Ente cui appartiene.



1. Premessa

Come è noto, con il termine *royalty* (o, se si preferisce, canone) si indica, tra l'altro¹, il compenso da corrispondere al titolare di un brevetto, una proprietà intellettuale o informazioni relative ad esperienze acquisite in campo industriale, commerciale o scientifico con lo scopo di poter sfruttare tali beni "immateriali" per fini commerciali.

La cessione totale o parziale dei predetti diritti è un'operazione frequente in campo industriale e commerciale e non esiste una regola fissa per la determinazione dei compensi in quanto questi ultimi dipendano da pattuizioni contrattuali fra privati e possono assumere numerosissime forme.

Nell'ambito della fiscalità internazionale, si hanno diverse definizioni di questi tipi di compensi corrisposti a soggetti non residenti che vanno da quella fornita dall'articolo 23, comma 2, del TUIR, a quella comunitaria contenuta nella direttiva interessi e canoni a quelle utilizzate nelle varie convenzioni contro le doppie imposizioni stipulate dallo Stato italiano.

Secondo la disciplina dettata dall'articolo 23 (rubricato *Applicazione dell'imposta ai non residenti*), comma 2, lettera c), del TUIR sono tassati in Italia «i compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di marchi d'impresa nonché di processi, formule e informazioni relative ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico».

È opinione diffusa che detta disposizione debba essere letta secondo un'interpretazione estensiva. Risultano, in linea di massima, ancora validi i chiarimenti offerti, in proposito dalla circolare 12 dicembre 1981, n. 42 relativa alla definizione dell'articolo 19 del DPR 597 del 1973 (molto simile a quella attuale)², in base alla quale «i redditi cui si applica la normativa in esame sono costituiti da compensi corrisposti per l'utilizzazione di marchi di fabbrica e di commercio, di opere dell'ingegno, di invenzioni industriali e simili; trattasi, in effetti, di corrispettivi per l'uso o la concessione in uso di una vasta gamma di beni immateriali per i quali il legislatore ha usato un'espressione sintetica, con un riferimento residuale ("e simili") ai beni immateriali di natura analoga a quelli elencati, per i quali si rende possibile, nei sistemi industriali evoluti, uno sfruttamento produttivo di redditi. E tale scelta legislativa è ben comprensibile ove si consideri che la disposizione richiamata, prevedendo un unico indifferenziato trattamento fiscale che si concreta nella tassabilità in Italia dei compensi in argomento, non necessita di un'elencazione dettagliata dei diversi tipi di corrispettivi e dei beni cui tali corrispettivi si collegano».

Una volta inquadrato il compenso nella disciplina della sopraccitata lettera c), il medesimo articolo di legge stabilisce, quale unico ulteriore elemento per la tassazione in Italia, che l'erogazione del reddito debba essere effettuata «dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti». In tal caso, infatti, i redditi in questione si considerano prodotti nel territorio dello Stato.

¹ Per i canoni corrisposti per l'uso di beni "materiali", vedere: A. DELLA CARITA, *La ritenuta sui canoni corrisposti a non residenti per l'uso di attrezzature che si trovano nel territorio dello Stato: alcuni problemi di carattere interpretativo*, in "Il fisco", n. 33 dell'11 settembre 2006.

² Articolo 19, n. 9), del DPR 587/1973 (*Applicazione dell'imposta ai non residenti*):

«Si considerano prodotti nel territorio dello Stato, ai fini dell'applicazione dell'imposta nei confronti dei non residenti:

9) indipendentemente dalle condizioni di cui ai nn. 3), 4) e 5) del presente comma, i compensi corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio dello Stato di soggetti non residenti per l'utilizzazione di marchi di fabbrica e di commercio, di opere dell'ingegno, di invenzioni industriali e simili, nonché per l'uso di veicoli, macchine ed altri beni mobili».



La tassazione in Italia, pertanto, dipende dal solo fatto che quei determinati compensi vengano erogati a un soggetto non residente da parte dello Stato, di un soggetto residente nel territorio dello Stato o di una stabile organizzazione di un soggetto non residente.

Nella risoluzione n. 128 del 2008, l'Agenzia delle Entrate ha affrontato il caso di particolari compensi relativi all'acquisto di programmi informatici (*software*) corrisposti da un soggetto distributore residente ad un soggetto produttore non residente e ha chiarito che tali pagamenti devono essere inquadrati nell'ambito delle *royalty*.

La risoluzione è molto importante in quanto, sempre più spesso, le *software house* estere, la cui attività consiste nell'ideazione, la produzione e la commercializzazione di software per computer, si avvalgono di operatori italiani al fine di distribuire i propri prodotti nel territorio dello Stato.

Ai fini fiscali, è necessario chiarire quali siano i termini del rapporto tra i contraenti e se il contratto abbia ad oggetto la concessione in uso di diritti su beni immateriali ovvero la cessione di semplici beni materiali³.

Soltanto a seguito di un attento esame del contratto che lega le due parti si potrà inquadrare fiscalmente il pagamento percepito dalla *software house* come *royalty* con le relative conseguenze in termini di ritenuta alla fonte. In alternativa, laddove le clausole contrattuali dovessero suggerire una classificazione reddituale diversa, i pagamenti si troverebbero a essere considerati come componenti positive nell'ambito del reddito d'impresa, tassabili esclusivamente nello Stato di residenza del percettore (a meno che non vi sia la presenza nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione), ai sensi dell'articolo 23, comma 1, lettera f), del TUIR.

Ovviamente, trattandosi di rapporti tra soggetti residenti in due Stati diversi, l'analisi della problematica fiscale non può prescindere dalle disposizioni fissate dalla convenzione contro le doppie imposizioni stipulato tra i due Paesi coinvolti, per la cui interpretazione, come è noto, si dovrà tenere nel dovuto conto quanto chiarito dal Commentario al Modello di Convenzione.

2. La risoluzione 3 aprile 2008, n. 128⁴

La risoluzione riguarda un'istanza di interpello presentato all'Amministrazione Finanziaria ai sensi dell'articolo 11 della legge 27 luglio 2000, n. 212.

ALFA è una società di diritto francese, senza stabile organizzazione in Italia, che stipula con una società di distribuzione residente in Italia, VAR, un contratto di distribuzione di *software* per il territorio italiano. Con il contratto, la società italiana diventa distributrice ufficiale, ma non esclusiva, dei prodotti francesi e si impegna unicamente a commercializzare gli stessi prodotti ricevuti senza apportare ad essi alcuna modifica.

³ Sull'argomento, si ritiene utile richiamare la sentenza n. 12507 del 1992 della Corte di Cassazione che offre alcuni spunti importanti sui limiti dell'utilizzazione economica di un'opera. La sentenza chiarisce che «L'autore dell'opera ha il diritto esclusivo (a) di pubblicare l'opera e (b) di utilizzarla economicamente in ogni forma e modo (art. 2577 c.c. e art. 12, primo e secondo comma, della legge n. 633 del 1941). È considerata come prima pubblicazione la prima forma di esercizio del diritto di utilizzazione (art. 12, citato, terzo comma) e costituisce utilizzazione anche la riproduzione, ossia la moltiplicazione in copie dell'opera con qualsiasi mezzo, prevista dal successivo art. 13. ...

Alla stregua delle norme prima richiamate, non può condividersi l'affermazione contenuta nella sentenza impugnata, secondo cui riprodurre l'opera non equivale, in via di principio, ad utilizzarla economicamente».

⁴ La Risoluzione 3 aprile 2008, n. 128 è scaricabile dalla "Documentazione tributaria" del sito www.agenziaentrate.gov.it dell'Agenzia delle Entrate.





Il contratto prevede che ALFA conservi i poteri di controllo e di indirizzo gestionale delle vendite e che a VAR spettino le licenze, non esclusive e non trasferibili, relative alla commercializzazione e alla distribuzione dei prodotti *software*, alla fornitura del servizio di assistenza all'utente finale, all'utilizzazione del *software* per la dimostrazione del funzionamento a potenziali clienti e all'utilizzazione dei marchi nei limiti imposti dalla società francese.

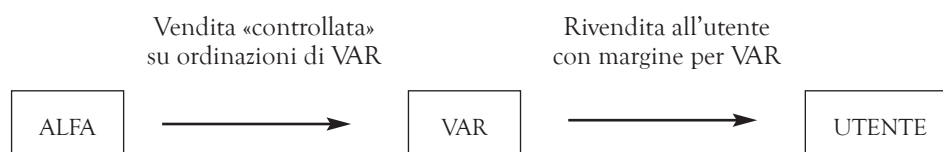
L'utente finale (licenziatario) può ordinare le licenze d'uso dei prodotti *software* dal distributore secondo tre formule di acquisto stabilite dalla società francese.

1 *Prezzo base di licenza*: rappresenta il prezzo non rimborsabile per ogni licenza di ciascun programma;

2. *Canone annuo di licenza*: rappresenta il prezzo dovuto annualmente per ogni licenza;

3. *Prezzo di licenza su base annuale*: rappresenta il prezzo di una licenza annuale per gli aggiornamenti del programma e per il servizio di assistenza tecnica.

Lo schema del sistema di vendita delle licenze può sintetizzarsi come segue.



L'interpretazione dell'istante

A parere dell'istante, i pagamenti effettuati dalla società italiana VAR alla società francese ALFA non rappresentano dei corrispettivi per lo sfruttamento del diritto di riproduzione e commercializzazione del *software*, ma rappresentano semplicemente dei corrispettivi corrisposti per l'acquisto della proprietà di supporti magnetici contenenti il *software* successivamente distribuito sul territorio italiano.

Secondo l'interpellante, tale tesi trova conforto nella risoluzione 30 luglio 1997, n. 169⁵, in base alla quale l'Amministrazione finanziaria ha chiarito che il corrispettivo pagato per l'acquisto di *software* destinato al puro utilizzo personale e commerciale deve essere configurabile come reddito d'impresa o reddito di lavoro autonomo - a seconda della natura del percipiente - e non come *royalty*.

Conseguentemente, i pagamenti effettuati da VAR ad ALFA non sono qualificabili come *royalty* e non devono essere assoggettati a ritenuta d'imposta.

La risposta dell'Agenzia delle Entrate

I pagamenti effettuati da VAR ad ALFA devono considerarsi delle *royalty* e, pertanto, devono essere assoggettati alla ritenuta alla fonte prevista dall'articolo 25, quarto comma, del DPR n. 600/73, salvo la possibilità di applicazione delle disposizioni più favorevoli stabilite da una convenzione contro le doppie imposizioni con lo stato di residenza di VAR.⁶

⁵ La Risoluzione 30 luglio 1997, n. 169 è scaricabile dalla "Documentazione tributaria" del sito www.agenziaentrate.gov.it dell'Agenzia delle Entrate.

⁶ K. CARUSO, *Acquisto software "stranieri"*. *Somme al confine fra utili e royalties* in "Fisco oggi", Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate del 4 aprile 2008.





Innanzitutto, la risoluzione ricostruisce il quadro normativo riguardante la disciplina dei compensi in esame, facendo presente che essa è oggetto sia di norme interne che di norme convenzionali.

Per quanto concerne il diritto domestico, viene ricordato che i diritti sui programmi informatici sono tutelati dalla legge sul diritto d'autore (legge 22 aprile 1941, n. 633) che li assimila alle opere letterarie.

I compensi corrisposti nei confronti di soggetti non residenti per l'utilizzazione delle opere dell'ingegno sono sottoposti a tassazione in Italia ai sensi dell'articolo 23, comma 2, lettera c) del TUIR. In merito alla modalità di tassazione, l'articolo 25, quarto comma, del DPR n. 600 del 1973 prevede che i citati compensi di cui all'articolo 23, comma 2, lettera c) devono essere sottoposti ad una ritenuta a titolo d'imposta del 30% sulla parte imponibile.

Per quanto riguarda la definizione di *royalty*, la risoluzione continua l'esame normativo citando l'articolo 12, paragrafo 4 della Convenzione contro le doppie imposizioni in vigore con la Francia che comprende, tra l'altro, «i compensi di qualsiasi natura corrisposti per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche del software, ...».

Sulla sovranità impositiva sul reddito in questione, la convenzione dispone una tassazione concorrente nei due Stati confermando, quindi, la tassazione nel Paese della fonte.

Tuttavia, secondo quanto previsto dal successivo paragrafo 2 dello stesso articolo 12, se il percettore è l'effettivo beneficiario dei compensi, l'imposta applicata alla fonte «non può eccedere il 5 % dell'ammontare lordo dei canoni»⁷. L'Agenzia fa altresì presente che la deroga della tassazione esclusiva nel Paese di residenza del percipiente di cui al successivo paragrafo 3 non è applicabile per il *software* per espressa previsione convenzionale⁸.

Al fine di interpretare correttamente il caso concreto e, in particolare, la natura dei compensi, la seconda parte della risoluzione esamina i vari aspetti del contratto tra la società francese ALFA e quella italiana VAR.

In base alle clausole del predetto accordo, ALFA cede i propri prodotti a VAR effettuando nei suoi confronti un trasferimento parziale del diritto d'autore nella forma di diritto limitato alla distribuzione di programmi informatici per mezzo di appositi supporti magnetici (diritto che altrimenti spetterebbe esclusivamente al titolare del diritto d'autore).

Secondo l'interpretazione dell'Agenzia, la citata vendita senza una specifica licenza di commercializzazione del *software* comporterebbe una violazione del diritto d'autore. E' soprattutto questo l'aspetto contrattuale in base al quale l'Agenzia ha operato una netta distinzione tra la vendita di semplici beni materiali (supporti magnetici) e la vendita di beni con un contenuto protetto dal diritto d'autore (supporti magnetici che incorporano un programma). Tale aspetto ha permesso di qualificare il compenso, oggetto dell'interpello, come *royalty* (disciplina della tassazione concorrente prevista dall'articolo 12 della convenzione) e non come ricavo conseguito nell'ambito del reddito d'impresa (di-

⁷ Per le modalità di applicazione delle ritenute convenzionali vedere C. R. PETRILLO, *La tassazione dell'artista non residente* in questa Rivista, 2005, n. 1, p. 169.

⁸ «3. Nonostante le disposizioni dei paragrafi 1 e 2 del presente articolo, i canoni provenienti da uno Stato e pagati ad un residente dell'altro Stato per l'uso o la concessione in uso di un diritto d'autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche (ad eccezione dei canoni relativi a "software" a pellicole cinematografiche ed altre registrazioni di suoni o di immagini) sono imponibili soltanto in questo altro Stato, qualora detto residente ne sia l'effettivo beneficiario.»





sciplina di tassazione esclusiva nello Stato di residenza ai sensi dell'articolo 7 della convenzione).

A sostegno della propria tesi, l'AF ha richiamato anche l'interpretazione del Commentario OCSE all'articolo 12. In particolare, il paragrafo 13.1 ha chiarito che i pagamenti effettuati per l'acquisizione di diritti parziali sul diritto d'autore (senza un trasferimento totale dello stesso diritto) rappresentano delle *royalty* qualora la mancata concessione della licenza comporti una violazione della legislazione in materia di diritti d'autore.⁹

Infine, l'Agenzia ha sostenuto la compatibilità della risoluzione n. 128 con la risoluzione n. 169 e ha confermato la distinzione tra i compensi corrisposti per l'acquisto di *software* finalizzato al puro utilizzo personale e commerciale e quelli destinati all'acquisto del *software* da destinare alla riproduzione e allo sfruttamento commerciale.

In tal senso, i corrispettivi corrisposti per l'acquisto di programmi informatici destinati, ad esempio, a essere utilizzati all'interno di un'azienda devono essere qualificati fiscalmente come *business profits* e non come *royalty* e, di conseguenza, dal punto di vista convenzionale, essere disciplinati dall'articolo 7 (tassazione esclusiva) e non dall'articolo 12 (possibile tassazione concorrente) del relativo trattato contro le doppie imposizioni.

3. Nuovi sviluppi del Modello ocse in materia di *royalty*

La versione 2008 del Commentario del Modello OCSE di convenzione contro le doppie imposizioni ha apportato delle novità per quanto riguarda l'interpretazione dell'articolo 12 concernente le *royalty*.

Con l'introduzione del paragrafo 8.2¹⁰, viene ribadito che qualora un pagamento venga effettuato in funzione del trasferimento (e non dell'utilizzazione) della proprietà piena di un diritto su un bene (rientrante tra quelli di cui alla definizione del paragrafo 2 dell'articolo 12) esso non rappresenti una *royalty*.

⁹ «13.1 Payments made for the acquisition of partial rights in the copyright (without the transferor fully alienating the copyright rights) will represent a royalty where the consideration is for granting of rights to use the program in a manner that would, without such license, constitute an infringement of copyright. Examples of such arrangements include licenses to reproduce and distribute to the public software incorporating the copyrighted program, or to modify and publicly display the program. In these circumstances, the payments are for the right to use the copyright in the program (i.e. to exploit the rights that would otherwise be the sole prerogative of the copyright holder). It should be noted that where a software payment is properly to be regarded as a royalty there may be difficulties in applying the copyright provisions of the Article to software payments since paragraph 2 requires that software be classified as a literary, artistic or scientific work. None of these categories seems entirely apt. The copyright laws of many countries deal with this problem by specifically classifying software as a literary or scientific work. For other countries treatment as a scientific work might be the most realistic approach. Countries for which it is not possible to attach software to any of those categories might be justified in adopting in their bilateral treaties an amended version of paragraph 2 which either omits all references to the nature of the copyrights or refers specifically to software».

¹⁰ «8.2 Where a payment is in consideration for the transfer of the full ownership of an element of property referred to in the definition, the payment is not in consideration "for the use of, or the right to use" that property and cannot therefore represent a royalty. As noted in paragraphs 15 and 16 below as regards software, difficulties can arise in the case of a transfer of rights that could be considered to form part of an element of property referred to in the definition where these rights are transferred in a way that is presented as an alienation. For example, this could involve the exclusive granting of all rights to an intellectual property for a limited period or all rights to the property in a limited geographical area in a transaction structured as a sale. Each case will depend on its particular facts and will need to be examined in the light of the national intellectual property law applicable to the relevant type of property and the national law rules as regards what constitutes an alienation but in general, if the payment is in consideration for the alienation of rights that constitute distinct and specific property (which is more likely in the case of geographically-limited than time limited rights), such payments are likely to be business profits within Article 7 or a capital gain within Article 13 rather than royalties within Article 12. That follows from the fact that where the ownership of rights has been alienated, the consideration cannot be for the use of the rights. The essential character of the transaction as an alienation cannot be altered by the form of the consideration, the payment of the consideration in instalments or, in the view of most countries, by the fact that the payments are related to a contingency».





La finalità è quella di dare, in occasione di un impegno forte tra le parti (trasferimento pieno di un diritto), una prevalenza alla natura del contratto rispetto all'oggetto e al contenuto del medesimo, con la conseguenza di far rientrare un maggior numero di transazioni nella disciplina dell'articolo 7 (utili d'impresa) rispetto all'articolo 12 (*royalty*).

Tuttavia, il Commentario evidenzia che particolari problemi di interpretazione possono nascere per le operazioni che implicano il trasferimento parziale (nel tempo o nello spazio) di diritti tutelati dal diritto d'autore. In questi casi, sempre secondo l'OCSE, le operazioni commerciali dovrebbero, comunque, rientrare nella disciplina dell'articolo 7 e non in quella dell'articolo 12.

In linea di principio, laddove la proprietà dei diritti diventi oggetto di vendita (anche limitato nello spazio o nel tempo), secondo la nuova interpretazione resta prevalente il carattere commerciale dell'operazione rispetto al contenuto della transazione stessa. Per esempio, l'operazione commerciale che ha per oggetto il diritto esclusivo su tutti i diritti riguardanti una proprietà intellettuale, per un limitato periodo o in una definita area geografica, dovrebbe essere qualificata come un'operazione di vendita rientrante nella disciplina dell'articolo 7 e non in quella dell'articolo 12¹¹.

Anche i paragrafi 10.1 e 10.2 rappresentano ulteriori novità in materia di *royalty*.

Coerentemente con quanto esposto nel paragrafo 8.2, il paragrafo 10.1 chiarisce che i pagamenti effettuati al fine di ottenere il diritto di distribuzione esclusiva di un prodotto in un determinato territorio devono qualificarsi come ricavi di vendita, in quanto rappresentano il corrispettivo della vendita del prodotto, e come dei canoni per la concessione in uso del marchio dei prodotti commercializzati.

Il paragrafo 10.2, invece, chiarisce che i pagamenti effettuati nei confronti di professionisti incaricati di elaborare un progetto, che ancora non esiste, rappresentano dei redditi da far rientrare nell'ambito applicativo dell'articolo 7 (l'articolo 14 del Modello OCSE è stato abrogato) e non sono delle *royalty*. Al contrario, se il progetto già esiste e il professionista concede ad altri il diritto di utilizzarlo, il compenso rappresenterà una *royalty*.

Il paragrafo 14.4 estende, anche al *software*, l'interpretazione già illustrata nel paragrafo 8.2, che attribuisce maggiore rilievo al profilo commerciale dell'operazione rispetto al contenuto.

Accordi tra imprese produttrici di *software* e società distributrici intermediarie hanno spesso per oggetto il diritto di distribuire copie di programmi informatici senza, però, che la distribuzione sia collegata al diritto di riprodurre il programma. In queste transazioni, i diritti acquistati sono limitati esclusivamente alla distribuzione dei programmi e, pertanto, il distributore paga soltanto per l'acquisto delle copie e non anche per l'eventuale sfruttamento dei diritti d'autore sul software acquistato. In questi casi di acquisto senza il diritto alla riproduzione, il Commentario suggerisce di considerare la transazione come un'operazione commerciale rientrante nella disciplina dell'articolo 7. Questa nuova interpretazione prescinde dalle modalità di consegna (materiale o elettronica) utilizzate nella transazione e dalla eventuale personalizzazione del prodotto.

Per completezza, si fa presente che nei paragrafi da 11 a 11.4, si riformula la definizione di *know-how*.

Il commentario distingue il *know-how* dalle prestazioni di servizi aventi ad oggetto informazioni aziendali. Per *know-how* si intendono le informazioni aziendali storiche non brevettate e non divulgate, ossia quelle informazioni che derivano da esperienze e formule

¹¹ Interessanti sono le illustrazioni in P. VALENTE, *Modello di convenzione OCSE: modifiche agli articoli 6-12 del modello e al commentario*, "Il fisco" n. 33 dell'8 settembre 2008.



imprenditoriali capaci di apportare maggiori profitti all'impresa. Diversamente, le informazioni fornite dalle prestazioni di servizi non sono già esistenti e vengono create sulla base di particolari capacità e conoscenze.

I pagamenti effettuati per informazioni commerciali estratte da esperienze precedenti (prestazioni di servizi) e riguardanti risultati della gestione aziendale su richiesta del pagatore, si dovrebbero qualificare come reddito d'impresa (articolo 7) e non come *royalty* (articolo 12).

Ad esempio, sempre per il commentario, la fornitura di una lista di clienti, studiata in modo specifico per il soggetto pagatore al di fuori delle informazioni abitualmente disponibili è una mera prestazione di servizi.

Tuttavia, il pagamento per una lista di clienti confidenziali ai quali il soggetto pagatore ha già fornito particolari prodotti o servizi potrebbe costituire un pagamento per *know-how* poiché si ricollega all'esperienza commerciale del pagatore con gli stessi clienti.¹² La distinzione non è sempre semplice e va verificata caso per caso.

Oltre ai chiarimenti interpretativi, il Commentario all'articolo 12 contiene tre "osservazioni" (facoltà di interpretare in maniera diversa un articolo di convenzione) e tre "riserve" (facoltà di negoziare delle disposizioni convenzionali diverse) formulate dallo Stato italiano. Il numero elevato delle predette richieste dell'Amministrazione finanziaria italiana lasciano intendere che la stessa AF abbia voluto porre dei limiti precisi sull'argomento delle *royalty*.

Nell'osservazione 27, l'Italia non aderisce all'interpretazione fornita dal Commentario ai citati paragrafi 8.2, 15 e 16. Secondo l'interpretazione della nostra Amministrazione, i pagamenti che si riferiscono al trasferimento di un diritto parziale di un elemento di un bene deve rimanere nell'ambito dell'articolo 12 e, quindi, subire l'eventuale ritenuta alla fonte.

Con l'osservazione 27.1, l'Italia prende in considerazione i contratti che concedono non soltanto diritti esclusivi di distribuzione, ma anche ulteriori diritti rientranti nella definizione di *royalty*. In questi casi, la nostra Amministrazione finanziaria si è riservata la facoltà di non applicare il principio OCSE.

Neanche l'interpretazione fornita dal paragrafo 14.4 (sottopone alle regole dell'articolo 7 il reddito derivante dalla mera distribuzione di *software* alla stregua di un qualsiasi prodotto materiale non coperto dal diritto d'autore) si considera applicabile in ogni caso. Infatti, secondo l'interpretazione italiana, occorre uno studio *case by case* al fine di esaminare le particolari circostanze che caratterizzano il contratto di distribuzione (osservazione n. 31.2).

La riserva di cui al paragrafo 37 riguarda la facoltà per l'Italia di prevedere dei regimi di tassazione diversi per il *software*, mentre, con quella formulata nel paragrafo 41, l'Italia

¹² Paragrafo 11.4 del Commentario: «Examples of payments which should therefore not be considered to be received as consideration for the provision of know-how but, rather, for the provision of services, include:

- payments obtained as consideration for after-sales service,
- payments for services rendered by a seller to the purchaser under a warranty,
- payments for pure technical assistance,
- payments for a list of potential customers, when such a list is developed specifically for the payer out of generally available information (a payment for the confidential list of customers to which the payee has provided a particular product or service would, however, constitute a payment for know-how as it would relate to the commercial experience of the payee in dealing with these customers),
- payments for an opinion given by an engineer, an advocate or an accountant, and
- payments for advice provided electronically, for electronic communications with technicians or for accessing, through computer networks, a trouble-shooting database such as a database that provides users of software with non-confidential information in response to frequently asked questions or common problems that arise frequently».



favorisce l'inclusione dei redditi da locazione finanziaria di attrezzature industriali, commerciali e scientifiche tra quelli contenuti nella definizione di *royalty*.

Con l'ultima riserva contenuta nel paragrafo 47, l'Italia fa presente che intende sottoporre a tassazione le *royalty* ricevute dal beneficiario che dispone di una stabile organizzazione in Italia anche se le stesse *royalty* non sono collegate all'attività della stessa stabile.

4. Conclusioni

Alla luce delle novità introdotte dall'OCSE, la risoluzione n. 128 del 2008 potrebbe aver bisogno di un aggiornamento? L'interpretazione dell'Agenzia delle Entrate è in contrasto con le novità apportate dall'OCSE?

Al riguardo, sembra piuttosto pacifico che la cessione, effettuata da un soggetto non residente a un residente in Italia, di un bene materiale (quale ad esempio, il supporto magnetico che non contiene un programma informatico) implica l'inquadramento del corrispettivo nell'ambito del reddito d'impresa. L'assenza di un diritto d'autore da tutelare sottrae l'operazione alla disciplina fiscale relativa all'utilizzazione di opere dell'ingegno.

La cessione di un supporto magnetico contenente un programma informatico, invece, implica le ulteriori considerazioni dettagliatamente riportate nella risoluzione 128 del 2008.

Infatti, al fine di individuare la corretta disciplina fiscale alla quale sottoporre i compensi in esame, la risoluzione n. 128 chiarisce che occorre sottoporre ad attenta analisi il contratto di cessione tra il produttore e il distributore italiano. Soltanto dopo aver correttamente definito la natura dei diritti relativi al bene commercializzato, si potrà procedere con il suo inquadramento fiscale.

In tal senso sembrano orientate anche le osservazioni contenute nei punti 27.1 e 31.2 del Commentario che ammettono la possibilità, in determinate circostanze, di non ricomprendere i compensi in esame nella disciplina dell'articolo 12 del Modello OCSE. In sostanza, le predette circostanze sembrerebbero risiedere proprio nella natura dei diritti relativi al prodotto commercializzato (diritti che richiedono il rispetto della disciplina sul diritto d'autore).

Laddove la commercializzazione del *software* non richiede il rispetto di particolari disposizioni della normativa sul diritto d'autore, il distributore agisce come mero intermediario e i corrispettivi dovuti non rientrano nell'ambito applicativo delle ritenute sulle *royalty*¹³.

In conclusione, sembrerebbe che le osservazioni presentate dall'AF italiana, relativamente all'articolo 12 del Modello OCSE, possano ritenersi compatibili con l'interpretazione fornita dalla più volte menzionata risoluzione n. 128 del 2008.

¹³ Sull'argomento vedere anche M. GABELLI, *Note in merito alla distribuzione del software a all'obbligo di effettuazione delle ritenute su royalties*, in *Fiscalità Internazionale*, 2008, n. 5; M. STRATA - G. D'INVERNO, *Acquisto di software da soggetti non residenti privi di stabile organizzazione in Italia: trattamento ai fini delle imposte sui redditi*, "Il fisco", n. 6 dell'11 febbraio 2002; M. IAVAGNILIO - P. TOGNOLO, *I contratti di distribuzione di software standardizzato: problematiche fiscali relative alla qualificazione del reddito corrisposto dal distributore residente al produttore non residente*, "Il fisco" n. 2 del 10 gennaio 2000.





Italy – Italian Revenue Agency – Central Tax Provisions and Litigation Department (Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso) – Resolution n. 128 of 3 april 2005

Articles 167 and 168 of the Italian Consolidated Text on Income Taxes *T.U.I.R.* (*D.P.R.* No. 917 of 22 December 1986) – Provisions on controlled foreign companies

Use of a trust in the chain of ownership– Not relevant for the purpose of the control test

Article 11 of Law 27 July 2000 (Taxpayers’ Bill of Rights) – Request for a CFC ruling

In replying to a request for an advance ruling, Notice No. 400 of 23 October 2008 clarifies that where a resident company controls foreign companies by the interposition of a trust and a French G.I.E., it fulfils the requirement for indirect control “by an intermediary” under Article 168 T.U.I.R. Thus, for the purposes of the CFC exemption it is not relevant that CFC income flows through the transparent trust and is allocated directly to the French G.I.E., which indirectly controls them.

The use of a trust in the C.F.Cs’ chain of ownership: observation on a recent tax authority notice

Mario del Vaglio and Giovanni Paudice*

CONTENTS: 1. Introduction; 2. The rationale in CFC rules; 3. The irrelevance of the trust interposition in the chain of ownership; 4. The interpretation of CFC exemption in recent administrative practices; 5. Negative ruling from the tax authority

1. Introduction

Notice No. 400 of 23 October 2008 is important for a number of reasons. Primarily, it deals with the applicant’s (rather peculiar) attempt to neutralize CFC rules by stretching the second exemption case under Article 167, paragraph 5 of *T.U.I.R.* (i.e.: where income is not allocated in a ‘non-white list’ country) through the interposition of a trust in the chain of ownership.

* Translation by Claudia Calogero

More in particular, in the case in point, a resident company holds a shareholding in a French G.I.E.¹ operating in the field of aircraft manufacturing. In order to commercialize such aircrafts, the G.I.E. sets up some ad hoc companies, three of which are located in territories with a preferential tax regime. These companies purchase one or more aircrafts from the G.I.E. through a bank loan amounting to the price paid to the manufacturer, and hire or supply such aircrafts to airlines for an amount that is sufficient to repay relevant debt.

As we said above, the true feature of the case in point lies with the fact that the shares held in the three companies located in tax havens are in the name of trusts, whose settlor and beneficiary is the G.I.E. itself.

Against this background, the applicant deemed that CFC rules might not be applied: as income from the three controlled foreign companies was allocated directly to the G.I.E. because of the *look-through* interposition of the three trusts, that income would be disregarded for the purposes of CFC rules (as pointed out in the applicant's request). As a consequence, in the applicant's opinion, only income received by the G.I.E. would be regarded for the purposes of taxation and particularly of CFC rules: 5% of distributed income would be thus liable to the tax treatment under Article 89 of *T.U.I.R.*

Before analyzing the foreseeable negative ruling (the tax authority deemed that the interposition of a trust in the chain of ownership is not relevant for the purposes of CFC rules), it seems appropriate to make some brief observations on the fundamentals of the provisions concerned, as well as on the peculiar kind of interposition used by the applicant.

2. The rationale of CFC rules

The Italian CFC rules were introduced in 2000 – with delay when compared with other developed countries – and then amended and interpolated. They implement a specific OECD recommendation on counteracting harmful tax competition, and particularly the setting up of companies in low-tax countries where to channel income generated in Italy so to avoid or defer relevant taxation². They deal with the so-called *off-shoring* of na-

¹ The *groupement d'intérêt économique* was introduced into the French legal system by *ordonnance* No. 821/1967. It represents the model for the EEIG - European Economic Interest Grouping - under EEC Regulation No. 2137/85 of 25 July 1985. On the point, see MONGIELLO, *G.I.E. Gruppo europeo di interesse economico* in GALGANO (edited by) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (Padova, 1994), *passim*.

² These rules were introduced into the *T.U.I.R.* under former Article 127-bis, and then transposed into Articles 167 and 168, and specifically cover the topic of controlled foreign companies (hereinafter CFC). On CFC rules, refer to BEGHIN, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. trib. n. 3/2007*, p. 983; INGRAO - LUPI - MARAFFA, *Regole C.F.C. e Stati membri della Comunità europea*, in *Dialoghi dir. trib. nn. 7 e 8/2007*, p. 1017; LA CANDIA - LUPI - MARAFFA, *Società "Black-listed" controllanti di società a regime ordinario, C.F.C. ed esenzione dei dividendi*, in *Dialoghi dir. trib. n. 11/2007*, p. 1441; LUPI e STEVANATO, *Regole C.F.C., controllo indiretto ed esimenti*, in *Dialoghi dir. trib. n. 4/2007*, p. 527; STEVANATO, *Valutazione del carico fiscale gravante sul gruppo per disapplicare la normativa C.F.C.*, in *Corr. Trib. n. 21/2007*, p. 1743; Id., *Rischi di doppia imposizione derivanti da partecipazioni a cascata in società "Black-Listed"*, in *Corr. Trib. n. 40/2007*, p. 3274; Id., *Utili di società a fiscalità ordinaria percepiti attraverso "subholding" a fiscalità privilegiata*, in *Corr. Trib. n. 37/2007*, p. 3040; VITALE, *Disapplicazione della normativa C.F.C. e localizzazione del reddito in Paesi a fiscalità privilegiata in una recente risoluzione della Agenzia delle entrate*, in *Riv. dir. trib.*, II, 2007, p. 32; PIAZZA, *La disciplina delle controlled foreign companies e il diritto comunitario*, in *il fisco*, 2006, p. 6175; FRANZE, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali"*, in *Diritto Tributario Internazionale* (Padova, 2005), p. 927; DOMINICI e LUPI, *Lo spirito della legislazione C.F.C. e i suoi intrecci con la ineducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in *Dialoghi dir. trib. n. 9/2005*, p. 1191; GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale* (Milano, 2005), p. 1371 ss.; MAISTO, *L'estensione della normativa C.F.C. alle Imprese estere collegate*, in *Riv. dir. trib.*, 2005,

tional enterprises for mere tax purposes: actually, a resident company, which sets up subsidiaries in countries with a preferential tax regime, takes advantage of the fact it may generate income without it being immediately taxed or taxed at a very low rate in the low-tax country, thus deferring relevant taxation in Italy «when it prefers».

CFC rules establish a peculiar transparency: when certain circumstances are satisfied, they *look through* the companies or entities located in the tax haven, so that their income is treated as if it were accrued by the controlling company resident in Italy, which is directly liable to relevant taxation according to its shareholding, without waiting until dividends are cashed.

In fact, Article 167 of T.U.I.R. provides that where an Italian entity controls, directly or indirectly, a company or a commercial entity that is located in countries or territories with a more advantageous tax regime, CFC income is allocated to the controlling entity according to its shareholding³.

As it was necessary to strengthen the fight against international tax avoidance schemes run through low-tax countries, Italy's taxing rights over dividends have been extended, thus making an exception to the rule according which dividends are taxed when they are cashed⁴. Taxation is actually applied to CFC income without waiting until it is distributed; on the other hand, that income is determined according to the Italian rules on business income, so that it will be different from the CFC's profit performance, which the Italian entity would be entitled to when dividends are cashed.

CFC income is then liable to a separate taxation at an average rate applied to the resident entity's total income, which is however not below 27%. Obviously, in order to avoid double taxation, controlling entities' distributed income – under any form – is not included in CFC income up to the amount of income taxed by automatic allocation.

Furthermore, considering strictly the issues related to the Notice under examination, Article 167, paragraph 1 of T.U.I.R. provides that CFC rules apply to income derived by enterprises, companies or other entities located in countries or territories with a preferential tax regime. In other words, the rule would work regardless of the activity carried out and of the category of income received, and thus also in the case of non-commercial entities or entities whose activities are not exclusively commercial (i.e. also in case of a trust), which therefore can play a significant role in the chain of ownership in respect of other enterprises located in countries with a preferential tax regime⁵. In the light of such a penalizing regime, it is particularly important to identify its rationale so to determine (in addition to its scope of application) the circumstances under which it is not to be ap-

IV, p. 241; MARINO, *La considerazione dei "paradisi fiscali" e la sua evoluzione*, in *Diritto Tributario Internazionale*, pp. 873 ss.; Id., *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali"*, in *Diritto Tributario Internazionale*, pp. 927 ss.; CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sull'introducenda disciplina delle C.F.C.*, in *Rass. trib.*, 2000, p. 1399; Id., *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di C.F.C. e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, ivi, 2000, p. 1788; LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, ivi, 2000, p. 1730; STEVANATO, *Controlled foreign companies, concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, p. 777.

³ Legislative Decree No. 344/2003 contains an innovative provision by which the rules originally applied only to controlled companies cover also the cases in which the resident entity does not control the entity located in a tax haven. In fact, Article 168 of T.U.I.R. provides that CFC provisions under Article 167 of T.U.I.R. apply also in cases where the shareholdings held by a resident entity in an entity located in a tax preferential regime are not below 20%, or 10% for listed companies.

⁴ In this sense, CORASANITI, *Le società controllate estere e le disposizioni antiabuso nel T.U.I.R.* in *Corr. Trib.*, 2008, p. 3502.

⁵ This conclusions seems to be contradicted by the fact that the exemption under Article 167, paragraph 5, letter a) of T.U.I.R. (see below) is not applicable to non-commercial entities. On the point, see MAISTO (*Il regime di imputazione*, cit. p. 927) who deems that CFC rules do not apply to non-commercial entities.

plied. As said before, CFC rules aim at preventing that activities are *off-shored* to tax havens without having any link with the territory but only in order to avoid taxation in Italy. Consequently, whenever the taxpayer demonstrates that no tax savings would accrue from the shareholding or that the subsidiary has been off-shored in order to carry on specific commercial and industrial activities, CFC rules are not applicable⁶. Accordingly, paragraph 5 of Article 167 of TUIR provides that CFC rules may be disapplied where the taxpayer's request for an advance ruling demonstrates that:

- a) the controlled foreign company is mainly and effectively engaged in an industrial or commercial activity in the State or territory where it has its registered office;
- b) the shareholding is not held for the purposes of off-shoring income in States or territories with a preferential tax regime.

Condition b) has the most significant implications in relation to the case in point.

3. The irrelevance of the trust interposition in the chain of ownership.

After this brief analysis of the rationale underlying CFC rules, it is possible to move on to the issue concerning the trust interposition, which the tax authority has dealt with in a rather insouciant way⁷. It acknowledged the fact that the beneficiary and settlor of the trust are the same entity (which was not be disregarded as income from trust is attributed to the named beneficiary on a fiscally transparent basis⁸) and considered that entity as an interposed entity *tout court* in the chain of ownership of foreign companies. And this was sufficient – along with a passing mention of previous practices⁹ – to consider that CFC rules could be applied, regardless of the fact whether the trust was fiscally opaque or transparent (thus leaving some doubts about the role played by the trustee, which issue is not addressed at all in the Notice¹⁰).

However, it is interesting to note that on the basis of the *look-through* approach (which first scholars on the matter regarded as a guarantee against tax avoidance¹¹) the tax authority considers the trust an interposed entity, like any other taxable person; as such, the trust cannot interrupt the chain of ownership. In practice, this is not the case of a distortive use of the trust as a screen for the persons concerned; in the case in point, the trust has been specifically used as a transparent entity, because it would not otherwise be possible to regard the companies located in *non-white countries* as transparent entities (unless there are other reasons that are not explained in the Notice under examination). However, according to the tax authority, that was not sufficient to disapply the CFC rules: actually, the use of a transparent trust cannot however avoid

⁶ In order to make CFC rules effective, it was introduced a legal presumption under which off-shore income is taxed in Italy, so that there is a reversal of the burden of proof on taxpayers, who are to demonstrate that tax savings are not illegally accrued.

⁷ Scholars have actually pointed out that «conferring the status of taxable person» cannot «become a pattern for taxing the trust all over the world». See MINTUOLI, in Boll. Trib. 2008, p. 1248.

⁸ According to Article 73, paragraph 2 of T.U.I.R., in the case of named beneficiaries, income arising in a trust is attributed to the beneficiaries according to their shares as indicated in the trust deed or other relevant documents, or in equal parts if there is not such an indication. For an analysis of the different kinds of trusts, see LUPOI, *Trusts* (Milano, 2001), p. 205. On relevant tax issues, see SALVATI, *Profili fiscali del trust* (Milano, 2004), *passim*.

⁹ See, Circular Letter of Agenzia delle Entrate, No. 48/E of 6 August 2007.

¹⁰ On the point, see CASTALDI, in *Ulteriori spunti sulla regolamentazione tributaria del trust: la soggettività tributaria*, in Dial. Trib., 2007, p. 349.

¹¹ See GALLO, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in Rass. Trib. 1996, p. 1043.

the tax deferral where the foreign companies decide not to distribute relevant dividends. On the other hand, even if the taxpayer had used a different type of trust (a discretionary trust, or rather a trust where the beneficiary is different from the settlor), there would have been further non-tax problems¹² and, in any case, that trust would have not been a transparent entity, so that the taxpayer could not rely on that to apply the CFC exemption.

4. The interpretation of CFC exemption in recent administrative practices

Before analyzing the reasons for giving a negative ruling, it seems useful to examine the CFC exemption invoked by the applicant in order not to apply CFC rules; actually, as an authoritative scholar said, the wording of the second CFC exemption is rather tortuous and open to a number of interpretations¹³.

However, it is helpful to refer to the historical functional and logic systematic interpretation of Article 167 of T.U.I.R. It seems to suggest that the intentions of the lawmaker were to avoid the application of CFC rule whenever the controlling of a foreign company represents a physiological kind of organization in the group structure, namely when CFC income is however taxed appropriately abroad¹⁴.

Besides, the Italian tax authority, which had a rather rigid position in the past¹⁵, has recently shown to be more open to interpret the CFC rules in a more consistent way with their rationale with a view to guaranteeing that foreign source income is taxed appropriately at least once. In this connection, it is sufficient to refer – for its subsequent importance – to recent Notice No. 63/E of 28 March 2007¹⁶: in replying to a request for exemption from CFC rules, the tax authority granted it on the basis of the fact that taxes were paid on dividends derived in the tax haven, although those dividends referred to the company interposed between the company located in the tax haven and the share-

¹² These problems are indicated in the Notice itself, where the tax authority points out that «This does not prejudice, in particular, the possibility of evaluating the facts and transactions concerned in the light of the anti-avoidance rule as laid down in Article 37-bis of D.P.R. No. 600 of 29 September 1973».

¹³ See LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rass. Trib.* 2000, p. 1730.

¹⁴ More in particular, with regard to historical interpretation, it is necessary to refer to the report issued by the Fourth Senate Commission on draft law AS 4336 (XIII Legislature), according to which «the measure concerned was meant not to cover also those groups of undertakings that demonstrate to be however taxed appropriately abroad and that locate their subsidiaries in countries or territories with a preferential tax regime for operational purposes». Furthermore, from a logic systematic point of view, this interpretation is confirmed by Article 1, paragraph 1 of the Implementing Regulation for Article 127-bis of TUIR – former Article 127-bis of T.U.I.R. up to 31 December 2003 – namely D.M. No. 429/2001. According to this Article, where a non-resident controlling entity is active in a State or territory with a preferential tax regime through a permanent establishment, CFC rules do not apply if the permanent establishment's income is taxed appropriately in the State or territory where the controlled foreign company is located. This interpretation, incidentally, would be consistent with the European Court of Justice judgement in the Cadbury Schweppes case C-196/04 on 12 September 2006, in *GT – Riv. giur. trib.* No. 1/2007, p. 17, commented by MARINO, *La Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese sulle "C.F.C." per violazione della libertà di stabilimento*; see DELLA VALLE, in *Corr.Trib.* n. 42/2006, p. 3347; Assonime, Circular Letter No. 49 of 9 November 2006.

¹⁵ See, for example, R.M No. 18/E of 29 January 2003. In this case, the tax authority did not take into consideration the taxes paid by controlled companies located in countries where regular taxation is applied to the income distributed to the CFC holding company, as the holding's income must be regarded as derived from a «source (capital) located in a country with a preferential tax regime, regardless of the fact that the holding's income is indirectly connected to the controlled company's business activity». On this point and former ministerial interpretations, see MASTROBERTI, *Interpello Cfc: recente prassi amministrativa, valentia delle esimenti e nuovi equilibri applicativi*, in *Fisc. Int.*, 2008, p. 10.

¹⁶ See VITALE, *Disapplicazione della normativa C.F.C.*, cit., p. 37.

holder resident in Italy¹⁷. More recently, Notice No. 191/E of 27 July 2007 applied this approach of *weighing up* the whole tax burden in respect of the group, thus confirming that the same treatment is applied regardless of the fact whether the CFC is at the top or at the bottom in the chain under ownership of the company liable to regular taxation¹⁸.

Thus, these latest interpretations result in a more confiding platform of rules where international groups operate through chains of ownership without any intent to circumvent CFC rules. The exemption for *offshoring* has a «new» application, which is not limited by formalism¹⁹.

5. Negative ruling from the tax authority

Although the tax authority has recently applied a more open approach to the matter, in the case in point the second exemption was not granted. As it was pointed out, the important fact is that foreign controlled companies derive their income from a source located in countries with a preferential tax regime, regardless of whether the foreign controlling entity is treated as opaque or transparent.

These conclusions can be supported, as they are consistent with the wording of the rule. In fact, with regard to countries or territories with a preferential tax regime, CFC rules postulate a very broad notion of localization covering all cases where the controlled foreign company is allowed to benefit from a preferential tax regime (as far as it is concerned, regardless of the status of the controlling foreign entity or of the tax treatment applied). As an evidence of this, CFC rules expressly cover controlled entities that are not located in the tax haven but operate therein through permanent establishments benefiting from the preferential tax regime²⁰.

Instead, the applicant's request seemed to be an attempt to devise a «new exemption», which was inevitably bound to break against the wording of the rule and its rationale. The partial transparent treatment applied to trusts allowed to tax directly the G.I.E., but it could not either prevent from deferring taxation (which was up to the foreign companies involved) or guarantee an appropriate taxation of foreign source income. In fact, it is well understandable that if, among other things, CFC rules aim to discourage practice of deferring *sine die* the distribution of profits, it is evident that the solution proposed would prevent the functioning of the rule: it would be sufficient for the three companies not to distribute above income to their relevant trusts and thus be liable only to the (low) taxation applied in the tax havens where they are located²¹.

¹⁷ More in detail, the tax authority observes that this exemption is *broad*. In this regard, according to Article 5, paragraph 3 of D.M. No. 429/2001, the tax authority grants the exemption, *in particular*, where at least 75% of CFC income is produced and taxed in countries or territories other than those with a preferential tax regime. In this regard, however, the tax authority points out that the exemption cases contained in the above decree are just examples; therefore, the exemption may be granted also on the basis of an actual evaluation of the total tax results in the group burden, so that tax avoidance must be excluded where the tax treatment is not lower than applicable in Italy.

¹⁸ To this purpose, the tax authority points out that income taxation may be taken into consideration before that income moves to a (sub)-holding located in the tax haven, according to the same criteria indicated in Notice No. 63/2008. In fact, notwithstanding, theoretically, CFC income should be regarded as produced in the CFC's country of residence – even if it is made up from profits arising in different countries –, it is possible to consider also the taxation applied to the operating company, so to verify if relevant income has been taxed appropriately as requested by the anti-avoidance rule. In this way, the tax authority has relaxed its strict position contained in Notice No. 18/E of 2003.

¹⁹ See VITALE, *Disapplicazione*, cit., p. 331.

²⁰ In this case, CFC rules work as a tool for allocating the permanent establishment's income to the controlling entity.

²¹ In this sense, MASTROBERTI, *L'interposizione fiduciaria di un trust non esime dalla "CFC rules"* in *Prat. Fisc. e Prof.*, 2008, p. 31.

Agenzia delle Entrate – Direzione Centrale Normativa e Contenzioso – Risoluzione 23 ottobre 2008, n. 400

Articoli 167 e 168 T.U.I.R. (D.P.R. 22 Dicembre 1986, n. 917) – Disposizioni in materia di imprese estere controllate e collegate.

Utilizzo di un trust nella catena di controllo – irrilevanza ai fini della realizzazione dei requisiti del controllo e del collegamento.

Articolo 11, legge 27 luglio 2000 (Statuto dei diritti del Contribuente) - Istanza di interpello finalizzata alla disapplicazione della normativa C.F.C.

Con la risoluzione 23 ottobre 2008, n. 400, risposta ad un interpello, l'amministrazione finanziaria ha precisato che le partecipazioni detenute da una società residente, per il doppio tramite di un trust e del G.I.E. di diritto francese, integrano il requisito del collegamento indiretto "per interposta persona", assunto ad elemento rilevante dall'art. 168 T.U.I.R.; risulta pertanto irrilevante, ai fini della disapplicazione della norma, la circostanza che le partecipate estere imputino direttamente, in forza della trasparenza dei trusts interposti, i propri redditi al G.I.E. che indirettamente, le controlla.

L'utilizzo del trust nella catena di controllo delle C.F.C.: note a margine ad una recente risoluzione ministeriale

di Mario del Vaglio e Giovanni Paudice

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La ratio della normativa C.F.C.; 3. L'irrilevanza dell'interposizione del trust nella catena di collegamento; 4. L'interpretazione dell'esimente della delocalizzazione nella più recente prassi ministeriale; 5. Il parere negativo dell'amministrazione.

1. Premessa.

La risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 23 ottobre 2008, n. 400, qui annotata, si segnala per il sovrapporsi di una pluralità di profili di interesse. Di questi, il più significativo risiede nel tentativo del contribuente interpellante – per quanto consta inedito – di neutralizzare la normativa C.F.C. “forzando” la seconda esimente di cui all'art. 167, comma 5, T.U.I.R. (i.e.: la mancata allocazione dei redditi in un paese *extra white list*) attraverso l'interposizione, nella catena di collegamento/controllo di un *trust*.

Il caso prospettato, più in particolare, è quello di una società residente che possiede una partecipazione in un G.I.E. di diritto francese¹ attivo nel settore della produzione di aeromobili. Il G.I.E., per facilitare la commercializzazione di tali aerei, a sua volta, ha costituito alcune società *ad hoc*, tre delle quali sono localizzate in territori a fiscalità privilegiata. Queste società acquistano dal G.I.E. uno o più aeromobili grazie ad un finanziamento bancario di importo corrispondente al prezzo pagato al produttore e provvedono alla locazione o alla cessione degli aeromobili alle compagnie aeree per un corrispettivo sufficiente a ripagarne il debito.

L'elemento, come si diceva, che più caratterizza la fattispecie prospettata risiede nel fatto che le partecipazioni delle tre società localizzate nel paradiso fiscale sono state fiduciariamente intestate ad altrettanti *trusts*, dei quali il G.I.E. è al tempo stesso disponente e beneficiario unico.

Sulla scorta di tale situazione, dunque, la società istante riteneva possibile la disapplicazione della normativa C.F.C.: essendo i redditi delle tre società estere imputati direttamente al G.I.E., in forza dell'interposizione "trasparente" dei tre *trusts*, verrebbe meno (si legge nell'interpello) la stessa sussistenza di redditi conseguiti in paesi a regime fiscale privilegiato. Pertanto, sempre secondo la contribuente istante, dal punto di vista fiscale e segnatamente ai fini della disciplina C.F.C., assumerebbe rilevanza esclusivamente la quota del reddito conseguita dal G.I.E. soggetta in fase di distribuzione al regime previsto dall'art. 89 del T.U.I.R., con conseguente tassazione limitatamente al 5% del suo ammontare.

Prima di analizzare il prevedibile parere negativo dell'amministrazione finanziaria (secondo cui l'interposizione di un *trust* nella catena partecipativa di controllo o di collegamento è irrilevante ai fini dell'applicabilità della normativa C.F.C.) sono parse opportune alcune sintetiche considerazioni sul fondamento della normativa in esame, nonché sulla peculiare forma di interposizione ipotizzata dal contribuente.

2. La *ratio* della normativa C.F.C.

Introdotta nel 2000, con ritardo rispetto ad altri paesi industrializzati, e poi successivamente modificata ed interpolata, la disciplina C.F.C. italiana risponde ad una espressa raccomandazione OCSE volta a contrastare la concorrenza fiscale dannosa ed in particolare la tendenza a costituire società in territori a bassa fiscalità verso le quali convogliare i redditi prodotti, al fine di evitarne o differirne la tassazione in Italia². Si tratta della c.d. *delocaliz-*

¹ Il *groupement d'intérêt économique*, introdotto nell'ordinamento francese con l'*ordonnance*, n. 821/1967, rappresenta il modello di ispirazione del G.E.I.E. Gruppo europeo di interesse economico di cui al Regolamento CEE 2137/85 del 25 luglio 1985. Sul punto si veda diffusamente MONGIELLO, *G.E.I.E. Gruppo europeo di interesse economico* in GALGANO (diretto da) *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, (Padova, 1994), *passim*.

² Inserito nel corpo del T.U.I.R., inizialmente con l'art. 127-bis, poi trasfuso nell'attuale art. 167 e 168 si è così introdotta una disciplina specifica riguardante il fenomeno delle cd. *controlled foreign companies* (d'ora innanzi indicate come C.F.C.). Sul regime C.F.C., è possibile rinviare a BEGHIN, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. trib.* n. 3/2007, p. 983; INGRAO - LUPI - MARAFFA, *Regole C.F.C. e Stati membri della Comunità europea*, in *Dialoghi dir. trib.* nn. 7 e 8/2007, p. 1017; LA CANDIA - LUPI - MARAFFA, *Società "Black-listed" controllanti di società a regime ordinario, C.F.C. ed esenzione dei dividendi*, in *Dialoghi dir. trib.* n. 11/2007, p. 1441; LUPI e STEVANATO, *Regole C.F.C., controllo indiretto ed esimenti*, in *Dialoghi dir. trib.* n. 4/2007, p. 527; STEVANATO, *Valutazione del carico fiscale gravante sul gruppo per disapplicare la normativa C.F.C.*, in *Corr. Trib.* n. 21/2007, p. 1743; Id., *Rischi di doppia imposizione derivanti da partecipazioni a cascata in società "Black-Listed"*, in *Corr. Trib.* n. 40/2007, p. 3274; Id., *Utili di società a fiscalità ordinaria percepiti attraverso "subholding" a fiscalità privilegiata*, in *Corr. Trib.* n. 37/2007, p. 3040; VITALE, *Disapplicazione della normativa C.F.C. e localizzazione del reddito in Paesi a fiscalità privilegiata in una recente risoluzione*

zazione all'estero delle imprese nazionali per motivazioni esclusivamente fiscali dove, in pratica, il soggetto residente tramite *subsidiaries* poste in regimi fiscali privilegiati si avvantaggia della possibilità di produrre utile senza immediata tassazione o tassazione molto attenuata nello Stato a bassa fiscalità e di rinviarne "a suo piacimento" la tassazione in Italia.

La norma, infatti, introduce una peculiare forma di trasparenza in forza della quale, al verificarsi di talune condizioni, viene disattesa la distinta soggettività della società o dell'ente localizzato nel paradiso fiscale con la conseguente tassazione dei relativi utili direttamente in capo al soggetto partecipante residente in Italia – per la quota di sua pertinenza – senza attenderne l'effettivo incasso.

L'art. 167 del T.U.I.R. dispone, infatti, che se un soggetto residente in Italia detiene direttamente o indirettamente una partecipazione di controllo in una società o ente commerciale localizzato in Stati o territori a dotati di regimi fiscali più vantaggiosi di quello italiano, i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato sono imputati al soggetto controllante in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili³.

La necessità, dunque, di rafforzare la lotta all'elusione fiscale internazionale realizzata mediante l'utilizzo di giurisdizioni a bassa fiscalità ha comportato questa estensione oltre i confini della potestà impositiva dello Stato, introducendosi una deroga alla ordinaria regola di tassazione dei dividendi al momento dell'incasso⁴. Oggetto dell'imposizione diventa, infatti, l'utile realizzato dalla C.F.C., senza attendere la sua distribuzione; utile, peraltro, rideterminato con le regole del reddito d'impresa del nostro ordinamento e quindi con tutte le variazioni che distinguono tale reddito dal risultato economico effettivo dell'attività d'impresa del soggetto estero, cui il soggetto italiano avrebbe diritto di partecipare in sede di distribuzione.

I redditi dell'impresa partecipata, così determinati, sono assoggettati a tassazione separata con aliquota media applicata al reddito complessivo del soggetto residente, non inferiore comunque al 27%. Naturalmente – per evitare fenomeni di doppia imposizione – gli utili distribuiti, in qualsiasi forma, dai soggetti partecipanti non concorrono alla formazione del reddito dei soggetti non residenti fino a concorrenza del reddito colpito da prelievo per effetto dell'imputazione automatica.

Ancora, restringendo il tema ai profili più strettamente legati alla risoluzione annotata, quanto ai soggetti partecipati, in base all'art. 167, comma 1 del T.U.I.R., la disciplina

della Agenzia delle entrate, in Riv. dir. trib., II, 2007, p. 32; PIAZZA, *La disciplina delle controlled foreign companies e il diritto comunitario*, in il fisco, 2006, p. 6175; FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali"*, in Diritto Tributario Internazionale (Padova, 2005), p. 927; DOMINICI e LUPI, *Lo spirito della legislazione C.F.C. e i suoi intrecci con la ineducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in Dialoghi dir. trib. n. 9/2005, p. 1191; GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale* (Milano, 2005), p. 1371 ss.; MAISTO, *L'estensione della normativa C.F.C. alle Imprese estere collegate*, in Riv. dir. trib., 2005, IV, p. 241; MARINO, *La considerazione dei "paradisi fiscali" e la sua evoluzione*, in Diritto Tributario Internazionale, pp. 873 ss.; Id., *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in "paradisi fiscali"*, in Diritto Tributario Internazionale, pp. 927 ss.; CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sull'introducenda disciplina delle C.F.C.*, in Rass. trib., 2000, p. 1399; Id., *La nuova definizione di "regime fiscale privilegiato" nell'ambito della disciplina in tema di C.F.C. e di componenti negative derivanti da operazioni con imprese estere*, ivi, 2000, p. 1788; LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, ivi, 2000, p. 1730; STEVANATO, *Controlled foreign companies, concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. dir. trib., 2000, I, p. 777.

³ Il D. lgs. 344/2003, come noto, ha esteso con una disposizione innovativa le regole previste in origine solo per le società controllate anche alle fattispecie in cui tra il soggetto residente e quello collocato nel regime fiscale privilegiato vi è un legame che non garantisce il controllo. Attraverso l'introduzione dell'art. 168 del T.U.I.R., il legislatore ha difatti esteso la disciplina contenuta nell'art. 167 del T.U.I.R. riguardante le C.F.C. alle imprese estere collegate (e segnatamente ai casi di partecipazione agli utili dell'impresa residente in un regime fiscale privilegiato non inferiore al 20% o al 10% nel caso di società quotate in borsa).

⁴ In senso conforme, CORASANITI, *Le società controllate estere e le disposizioni antiabuso nel T.U.I.R.* in Corr. Trib., 2008, p. 3502.

C.F.C. si applica con riferimento ai redditi prodotti da imprese, società o altro ente residente localizzato in Stati o territori con regime fiscale privilegiato. La formulazione della norma, in altri termini, opererebbe indipendentemente dall'attività svolta e dalla tipologia del reddito conseguito e pertanto anche nel caso enti non societari o che non svolgono esclusivamente attività commerciale (dunque anche un *trust*) i quali pertanto possono assumere rilievo come "anelli della catena" di controllo verso altre imprese dislocate in paesi a fiscalità privilegiata⁵. Alla luce di un regime fiscale tanto penalizzante, l'individuazione della *ratio* della disciplina in commento risulta particolarmente importante per poterne determinare (oltre che l'ambito applicativo) le circostanze che ne consentono la disapplicazione. Come detto, infatti, le C.F.C. *rules* sono tese ad evitare la "delocalizzazione" in paesi fiscalità privilegiata di quelle attività prive di qualsiasi radicamento territoriale al solo fine di sottrarre i relativi redditi a tassazione nel nostro ordinamento, di talché ogniqualvolta il contribuente dimostri che dalla partecipazione non deriva alcun risparmio d'imposta ovvero che la localizzazione della controllata risponde a precise finalità legate all'attività industriale e commerciale, la disciplina in esame non potrà che risultare inapplicabile⁶. Coerentemente, infatti, il comma 5 dell'art. 167 del TUIR prevede pertanto che la disciplina sulle CFC possa essere disapplicata qualora – in sede di interpello preventivo – l'operatore dimostri, alternativamente, che:

- a) la partecipata svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nella quale ha sede;
- b) dalla partecipazione non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono sottoposti a regimi fiscali privilegiati.

Proprio in merito alla condizione *sub b)*, discendono le più importanti implicazioni correlate alla fattispecie in rassegna.

3. L'irrilevanza dell'interposizione del *trust* nella catena di collegamento.

Sinteticamente rammentata, la *ratio* della normativa in esame, è possibile soffermarsi sul tema della interposizione del *trust*, risolto in maniera abbastanza disinvolta dall'amministrazione⁷. Quest'ultima, infatti, preso atto della coincidenza tra beneficiario e disponente del *trust* (circostanza non trascurabile dal momento che i redditi del *trust* con beneficiario determinato sono imputati per trasparenza direttamente a quest'ultimo⁸) lo

⁵ Conclusione che però sembrerebbe smentita dal fatto che l'esimente di cui alla lettera a) del comma 5 dell'art. 167 del T.U.I.R. (vedi *infra*) non si rende applicabile nei confronti dei soggetti svolgenti attività non commerciale. Sul punto si veda MAISTO (*Il regime di imputazione*, cit. p. 927) secondo cui, la normativa C.F.C. non si applicherebbe agli enti non commerciali.

⁶ Per garantire la piena efficacia della normativa CFC, il legislatore ha pertanto introdotto una disciplina che comporta una presunzione legale atta a recuperare a tassazione in Italia i redditi esterovestiti con conseguente inversione dell'onere probatorio a carico del contribuente chiamato pertanto a fornire la dimostrazione dell'assenza di qualsivoglia illegittimo risparmio di imposta.

⁷ La dottrina ha infatti evidenziato come la scelta della «soggettivazione» non «può assurgere a al rango di modello di tassazione universale» del *trust*. Così MINTUOLI, in *Boll. Trib.* 2008, p. 1248 al quale si rinvia anche per la dottrina citata.

⁸ Ai sensi dell'art. 73, comma 2, T.U.I.R. è previsto che «nei casi in cui i beneficiari del *trust* siano individuati, i redditi conseguiti dal *trust* sono imputati in ogni caso ai beneficiari in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del *trust* o in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali». Per una disamina delle tipologie dei *trusts*, LUPOLI, *Trusts* (Milano, 2001), p. 205. Sulle problematiche tributarie, SALVATI, *Profili fiscali del trust* (Milano, 2004), *passim*.

ha qualificato *tout court* come soggetto interposto nel possesso delle partecipazioni delle società estere. E tanto è stato sufficiente – con un brevissimo richiamo alla propria precedente prassi⁹ – a fare ravvisare senz'altro le condizioni applicative della normativa C.F.C., prescindendo cioè dal regime di trasparenza o opacità del *trust* (ma non senza lasciare alcuni dubbi essenzialmente riconducibili al fatto che nella risoluzione non è fatta alcuna menzione al ruolo assunto, nello specifico dal *trustee*¹⁰).

Tuttavia, è interessante notare che proprio la trasparenza (considerata già dalla dottrina, che per prima ha affrontato questo tema, come garanzia contro l'elusione di norme fiscali¹¹) rappresenta per l'amministrazione lo spunto per considerare il *trust*, al pari di qualsiasi altra persona, un soggetto interposto e come tale inidoneo – stante l'espressa previsione normativa – ad interrompere la catena del collegamento societario. In pratica, diversamente da una distortiva prassi negoziale tendente ad utilizzare il *trust* come schermo dei soggetti che tale istituto utilizzano, nel *ruling* in esame il ricorso al *trust* è espressamente avvenuto (salvo ipotizzare ulteriori ragioni non esplicitate nella risoluzione in esame) al fine di creare una trasparenza non altrimenti attribuibile alle società residenti nei paesi *extra white list*. Il che però non è stato ritenuto sufficiente dall'amministrazione al fine di disapplicare la disciplina C.F.C. proprio in quanto la trasparenza del *trust* comunque non è in grado di evitare il differimento dell'imposizione nel caso i cui le società estere avessero deciso di non distribuire i dividendi. D'altra parte, anche se fosse stato ipotizzato uno schema negoziale diverso (un *trust* discrezionale ovvero beneficiari diversi dal disponente) oltre ad esporsi ad ulteriori problematiche non soltanto di natura tributaria¹², sarebbe venuta meno quella trasparenza eletta nel *ruling* come causa per attivare l'esimente della delocalizzazione.

4. L'interpretazione dell'esimente della delocalizzazione nella più recente prassi ministeriale

Anche sulla circostanza esimente, invocata dalla società istante per beneficiare della disapplicazione del regime C.F.C., prima di analizzare le ragioni del parere negativo, sono parse utili alcune specificazioni: come è stato autorevolmente notato, infatti, la seconda esimente anche sotto il profilo letterale, è formulata in modo abbastanza «tortuoso e aperto a molteplici chiavi di lettura»¹³.

Soccorre, tuttavia, l'interpretazione storica, funzionale nonché logico-sistematica della disciplina di cui all'art. 167 del T.U.I.R., che sembrerebbe suggerire che l'intenzione del legislatore fosse quella di evitare l'applicazione della disciplina C.F.C. ogni qualvolta il controllo di una società estera rappresenti una fisiologica modalità di organizzazione della struttura di gruppo: il che avviene quando i redditi della C.F.C. hanno comunque scontato una tassazione congrua all'estero¹⁴.

⁹ Cfr. Circ. Agenzia delle Entrate, n. 48/E del 6 agosto 2007.

¹⁰ Sul punto si vedano infatti le problematiche evidenziate da CASTALDI, in *Ulteriori spunti sulla regolamentazione tributaria del trust: la soggettività tributaria*, in Dial. Trib., 2007, p. 349.

¹¹ V. GALLO, *Trusts, interposizione ed elusione fiscale*, in Rass. Trib. 1996, p. 1043.

¹² Paventate dalla stessa amministrazione a margine della risoluzione allorché ha precisato che «Resta impregiudicata, in particolare, la possibilità di valutare i fatti e le operazioni descritti alla luce della norma antielusiva di cui all'articolo 37-bis del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

¹³ Cfr. LUPU, *Principi generali in tema di C.F.C e radicamento territoriale delle imprese*, in Rass. Trib. 2000, p. 1730.

¹⁴ Più in particolare, sotto il profilo dell'interpretazione storica, infatti, occorre fare riferimento alla relazione della IV Commissione del Senato al disegno di legge AS 4336 (XIII Legislatura), secondo cui «si è inteso, in tal modo, escludere dall'ambito applicativo del provvedimento in esame anche i gruppi che dimostrino di subire, comunque,

Del resto anche l'Agenzia delle Entrate, che in passato aveva assunto posizioni alquanto rigide¹⁵, più recentemente ha manifestato aperture interpretative più aderenti alla *ratio* della norma sopra prospettata in quanto tese a garantire che i redditi prodotti all'estero siano tassati almeno una volta in misura congrua. Sul punto, infatti, è sufficiente richiamare, anche per l'importante valore interpretativo che di seguito ha assunto, la recente risoluzione n. 63/E del 28 marzo 2007¹⁶ dove, in risposta ad un interpello, l'amministrazione ha ritenuto rilevanti (nel senso di disapplicare la disciplina C.F.C.) le imposte assolute sui dividendi provenienti dal paese a fiscalità privilegiata anche se riferibili alla società che si pone in posizione intermedia nella catena partecipativa fra l'impresa localizzata nel paradiso fiscale ed il socio residente in Italia¹⁷. La prospettiva di "soppesare" il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo, più recentemente, è stata ripresa anche nella Risoluzione n. 191/E del 27 luglio 2007 che ha ulteriormente ribadito l'equiparazione del trattamento a prescindere della collocazione della C.F.C. a monte ovvero a valle della catena di controllo della società a fiscalità ordinaria¹⁸.

Alla luce del più recente quadro interpretativo si delinea, quindi, una piattaforma di regole più affidante nel caso di catene partecipative realizzate da gruppi transazionali realizzate senza un presunto disegno elusivo volto ad aggirare le norme in commento. L'esimente della "delocalizzazione" risulta avere una sua "nuova" dinamica applicativa, libera da inutili formalismi¹⁹.

una tassazione congrua all'estero e per i quali, quindi, la localizzazione di imprese in Stati o territori aventi regimi fiscali privilegiati costituisce una modalità legata al loro assetto operativo». Sul piano logico-sistematico, inoltre ulteriori conferme sono offerte dall'art. 1, comma 1, del regolamento di attuazione dell'art. 167 del T.U.I.R. - già art. 127-bis del T.U.I.R. fino al 31 dicembre 2003, vale a dire il D.M. n. 429 del 2001 contenente le disposizioni attuative della disposizione in commento. Per l'art. 1, comma 1, di tale decreto infatti se il soggetto controllato non residente opera in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata tramite una stabile organizzazione, per ottenere la risposta positiva all'interpello occorre che i redditi della stabile organizzazione siano sottoposti a tassazione ordinaria nello Stato o territorio in cui ha sede il soggetto controllato. Il che - detto incidentalmente - renderebbe l'interpretazione della norma prospettata nel testo conforme a quanto precisato dalla Corte di Giustizia nella nota sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, in GT - Riv. giur. trib. n. 1/2007, p. 17, con commento di MARINO, *La Corte di giustizia censura l'applicazione della legislazione inglese sulle "C.F.C." per violazione della libertà di stabilimento*; cfr. DELLA VALLE, in Corr.Trib. n. 42/2006, p. 3347; Assonime, circolare n. 49 del 9 novembre 2006.

¹⁵ Cfr. ad esempio la R.M. n. 18/E del 29 gennaio 2003. In tale fattispecie, l'Agenzia delle Entrate ha ritenuto di non attribuire rilevanza alle imposte assolute dalle società partecipate residenti in paesi a fiscalità ordinaria sugli utili da cui derivano i dividendi percepiti dalla holding C.F.C. in quanto i redditi della holding devono considerarsi ritratti da una «fonte produttiva (il capitale) situata in un Paese a fiscalità privilegiata, non rilevando la circostanza che essi siano indirettamente riconducibili all'attività propria della partecipata». Sul punto, nonché per una disamina di precedenti interpretazioni ministeriali, vedi MASTROBERTI, *Interpello Cfc: recente prassi amministrativa, valentia delle esimenti e nuovi equilibri applicativi*, in Fisc. Int., 2008, p. 10.

¹⁶ Sulla quale si veda diffusamente VITALE, *Disapplicazione della normativa C.F.C.*, cit., p. 37.

¹⁷ Più in particolare, l'Agenzia delle Entrate ha osservato che la formulazione dell'esimente *de qua* è «ampia». In proposito l'art. 5, comma 3, del citato D.M. n. 429 del 2001 prevede che ai fini del parere favorevole dell'Amministrazione Finanziaria rileva, in particolare, il fatto che i redditi conseguiti dal soggetto non residente sono prodotti in misura non inferiore al 75% in altri Stati o territori diversi da quelli a fiscalità privilegiata ed ivi sottoposti integralmente a tassazione. Al riguardo, tuttavia, l'Agenzia sottolinea che le ipotesi di disapplicazione formulate nel citato Decreto sono menzionate a titolo esemplificativo e non esaustivo per cui il riconoscimento dell'esimente può discendere anche da una valutazione concreta dei complessivi risultati fiscali derivanti da una determinata struttura del gruppo societario; di talché va esclusa la sussistenza di effetti elusivi allorché il regime impositivo non risulti inferiore, in termini sostanziali, a quello applicabile in Italia.

¹⁸ A tal fine, precisa l'Agenzia, può tenersi conto della tassazione subita dai redditi prima del loro transito presso una (sub)holding residente nel paese a fiscalità privilegiata, secondo criteri analoghi a quelli indicati dalla citata risoluzione n. 63/2008. Difatti, per quanto in linea di principio i redditi della C.F.C. - anche se formati con utili provenienti da paesi diversi - devono considerarsi prodotti nel paese di residenza della C.F.C., può aversi riguardo anche al prelievo già subito presso la società operativa in modo da verificare, in coerenza con la ratio antielusiva della disciplina in esame, se sia stato raggiunto un congruo livello di tassazione. In questo modo viene opportunamente ridimensionata la rigida posizione assunta nella sopra richiamata risoluzione n. 18/E del 2003.

¹⁹ Cfr. VITALE, *Disapplicazione*, op. cit., p. 331.

5. Il parere negativo dell'amministrazione.

Nonostante le precedenti aperture, nella fattispecie in esame, l'amministrazione non ha riconosciuto l'esistenza della seconda esimente: ciò che rileva – è stato precisato – è che le società partecipate estere conseguano redditi derivanti da una fonte produttiva localizzata nei paesi a fiscalità privilegiata, a prescindere dal regime di trasparenza o opacità del soggetto estero partecipante.

La conclusione è condivisibile in quanto conforme alla lettera della norma. Questo perché in ordine ai criteri di collegamento con lo Stato o territorio avente un regime fiscale privilegiato, la disciplina C.F.C. postula un concetto di localizzazione tanto ampio da ricomprendere tutte le fattispecie in cui il soggetto partecipato estero è ammesso a beneficiare, secondo la legislazione fiscale, del regime di fiscalità privilegiata (e, per quanto qui di interesse, a prescindere dallo *status* o regime fiscale del soggetto estero partecipante). Prova ne è, del resto, che tra i soggetti partecipati, suscettibili di incorrere nella disciplina in parola, sono stati compresi espressamente quelli localizzati fuori dallo Stato a fiscalità privilegiata, ma ivi operanti tramite proprie stabili organizzazioni fruenti del trattamento di favore²⁰.

Il tentativo della società istante è apparso invece come una sorta di “nuova esimente” e come tale inevitabilmente destinata ad infrangersi contro la lettera della norma e la sua logica applicativa. La trasparenza imperfetta dei *trusts*, pur consentendo l'imposizione direttamente in capo al G.I.E., non avrebbe comunque potuto evitare il differimento dell'imposizione (rimesso esclusivamente alle scelte delle società estere) né, conseguentemente, garantire la tassazione dei redditi prodotti all'estero in misura congrua. Si può ben capire, infatti, che se una delle finalità della disciplina CFC è quella di scoraggiare pratiche volte a differire *sine die* la distribuzione degli utili è evidente che, con la soluzione prospettata nel *ruling*, verrebbe ad essere disattivata la stessa potenzialità della norma in esame: alle tre società collegate sarebbe sufficiente non distribuire ai rispettivi *trusts* i predetti utili per soggiacere, di fatto, al solo (scarso) livello impositivo proprio dei rispettivi paradisi fiscali di appartenenza²¹.

²⁰ In tal caso la disciplina CFC opera come strumento di imputazione al soggetto partecipante del reddito riferibile alla stabile organizzazione.

²¹ In questi termini, MASTROBERTI, *L'interposizione fiduciaria di un trust non esime dalla “CFC rules”* in Prat. Fisc. e Prof., 2008, p. 31.





SEZIONE III

APPUNTI E RASSEGNE

Notes and surveys





Keynote speech the Congress of the International Fiscal Association (IFA) – 31 August 2008

László Kovács

Good evening Ladies and Gentlemen,

I feel honoured to have been invited to address this distinguished audience at the 62nd Congress of the International Fiscal Association. As European Commissioner responsible for taxation, it is also a special pleasure to welcome you to Brussels, the Capital of Europe.

The annual Congress of the International Fiscal Association is a unique forum for the exchange of views on international taxation. There is no other organisation in the world which brings together so many high ranking government representatives, tax practitioners, judges, academics and international civil servants. In the next 4 days you will have the opportunity to discuss a wide spectrum of important topics in international taxation. As a backdrop to this I would like to give you an overview of the main priorities of the European Commission in the tax field.

First of all I want to recall the underlying motivation of EU tax policy. The mission of the European Union is to meet the expectations of 500 million citizens, who want a better life, more security, more solidarity and sustainable development. This involves tackling global challenges not least the global competition from the United States, China, Russia, Japan, India and others. Consequently, achieving competitiveness is of paramount importance.

Against this background the 2005 Spring European Council endorsed a new start for the so-called 'Lisbon strategy', with a focus on growth, jobs and competitiveness. A major priority of the European Union is thus to improve its competitiveness while preserving its social model, based on a high level of social protection coupled with high levels of public goods. Meeting the Lisbon objectives requires that Europe is made a more attractive place in which to invest and work; promoting knowledge and innovation; and shaping policies that allow European businesses to create more and better jobs.

In particular, sound tax policies can contribute to raising the efficiency of European economies and the competitiveness of European companies. We have therefore tried to ensure, as a basic priority, that our tax policy is aimed at enhancing competitiveness by improving the functioning of the single market.

CCCTB

In the area of direct taxation we have sought to do this through a number of targeted measures which have included for example the setting up of the transfer pricing forum.

However it is clear that the major cause of compliance costs for business in Europe in the direct tax area is the existence of 27 different corporation tax systems.

Because of this we have been working intensively for some years now on the project of a common consolidated corporate tax base across the EU often referred to as 'the CCCTB project'. From the beginning we said that we aimed at a maximum of transparency while developing the CCCTB. We have kept our word: practically all the working documents of the Working Party are available on our web-site. I am pleased to note that this transparency has encouraged many academic articles and even books on the subject.

To put it in a nutshell, the CCCTB would be designed to offer companies easier access to the internal market:

(i) It would first of all provide a common tax base. This would considerably reduce compliance costs because the calculation of the tax base would be possible in the same way in all the participating Member States.

(ii) It would do away with the need to determine arms length transfer prices for intra group transactions.

(iii) It would provide a consolidation mechanism to offset profits and losses of the same company in different Member States. Companies would no longer have to pay tax on some profits, while overall they are in fact making a loss.

My services have completed a considerable amount of work and have benefited from an invaluable input from Member States' experts and other interested parties. They are now in the process of preparing a detailed impact assessment and drafting a comprehensive legislative proposal. Significant progress has been achieved but the work is not yet over.

Some of the very detailed technical areas still need further work, in particular those related to the Financial Sector. There is some expectation that a proposal will be tabled this Autumn. However I should like to take this opportunity to clarify that I would rather present a perfectly elaborated and well justified product at the appropriate time than present an incomplete one just to meet an artificial deadline.

So, I remain fully committed to this project, and when the impact assessment and the proposal are properly ready I will present these to the College. In the meantime my services will continue their work and will in particular extend their discussions and consultations with as wide an audience as possible - which given the skills and knowledge present here I am sure will include many of you.

Review of the Savings Directive

In the meanwhile another priority has emerged in the direct tax area. Recent events have clearly demonstrated the importance of improving international cooperation in the area of direct taxation, with a view to preventing fraud and evasion linked to cross-border financial investments.

The adoption in 2003 of the EU Savings Taxation Directive, together with the related agreements concluded in 2005 by the European Community with five non-EU European countries and with 10 dependent and associated territories of EU Member States were important steps in this process.

However, as the Commission's analysis and the consultations with Member States and market operators have demonstrated, the Directive can and should be improved.

This has been underlined by recent events like the Lichtenstein case and has led the ECOFIN Council to request the Commission to accelerate its work in this area. Accordingly I intend to present, at the end of September, the Commission's report on the functioning of the Directive followed shortly by legislative amendments to improve the effectiveness of the Directive and to combat tax avoidance whilst at the same time seeking to avoid increasing administrative burdens on market operators.

Finally, I would like to stress that we have to go further in extending the geographical scope of measures equivalent to the Savings Directive to some Non-European countries such as Singapore, Hong Kong and Macao. This will both ensure a level playing field for financial intermediaries throughout the world and support Member States' efforts to combat tax evasion and avoidance in the area of savings taxation.

Good Governance

Let me turn now to the promotion of the principles of "good governance" in the tax area.

The sustainable development of all economies relies on the capacity of national tax administrations to effectively exchange information. Increasing the transparency of tax systems makes them less vulnerable for use in tax evasion schemes.

To promote the application of these principles our intention is to include a specific provision on good governance in the tax area in relevant trade and other agreements to be concluded by the Community and its Member States with third countries. In this respect the Commission fully supports the efforts of the OECD's Global Forum on Taxation.

VAT

Turning now to Value Added Tax, I see that this topic does not loom large on your agenda although you will be looking at the issues raised with the indirect taxation of public bodies. However, this topic also features on the work programme of the Commission for next year.

In the area of VAT we have been concentrating our efforts on simplifying and modernising the EU common VAT system which was put in place in 1977.

Recently adopted legislation

In order to ensure that the common VAT system can deal with new business developments, particularly for services, some changes have been recently agreed. From 1 January 2010, business-to-business supplies of services will generally be taxed where the customer is situated, rather than where the supplier is located with certain exceptions such as restaurant and transport services. For business-to consumer supplies of services, the place of taxation will continue to be where the supplier is established except in the case of telecommunications, broadcasting and electronic services which will be taxable from 2015 in the country of the consumer.

We have also put in place updated procedures for reimbursement of VAT incurred by EU businesses in other Member States. A new fully electronic procedure will ensure

a quicker refund to claimants. The current paper-based procedure is slow, complicated, and costly. It also lacks legal certainty. The new procedure will better facilitate businesses and improve the functioning of the internal market. A new

feature is that businesses will be paid interest if Member States are late making refunds.

Financial services

Another area where we are trying to update our legislation is that of VAT on financial services. This is one of the great outstanding and unresolved issues of VAT. It has been on the agenda of the European Commission since the introduction of our common VAT system in the 1960s. I can't pretend that we are any nearer finding a magic solution but with our recent proposal we have three main objectives:

- Firstly, to update the existing provisions which are out of date, increasingly subject to legal challenge and where the courts are increasingly called upon to fill the legal vacuum.

- Secondly, to ensure a more consistent application of the tax and to deliver a level playing field in the internal market. Since the existing provisions are not as clear as they might be, there is a wide variation in the way in which they are applied in different Member States today.

- Thirdly, to allow businesses to manage better the impact of non-deductible VAT on their activities. This will improve competitiveness and compensate to some extent for the breach of neutrality which is inherent in exemption.

We hope to achieve all this:

- by modernising the definitions of exempt services,
- by broadening the existing option for taxation by transferring the right to opt from the Member States to the financial or insurance institution itself, and
- by introducing rules for cost-sharing relief which will allow financial and insurance businesses to pool operations and share the costs of these operations without incurring VAT.

Through this modernisation exercise we hope to improve the competitiveness of our European financial and insurance companies whilst assuring stable tax revenues for Member States.

Tax administration and VAT fraud

Now I would like to say a few words about the sensitive issue of tax fraud. Tax administrations in the EU have been particularly preoccupied by VAT fraud for the last few years. Considering the size of the phenomenon, approximately 250 billion euro yearly according to some estimates, this is not surprising.

This has led to calls in some quarters for a radical change in the common VAT system, either by the introduction of a generalised reverse charge system or the taxation of intra-community supplies. There has been much political debate on this issue, the outcome of which is that there is now a fairly general consensus that, for the time being

at least, we should concentrate on reinforcing the existing system rather than totally revamping it.

However, bearing in mind that fraud is committed only by a very limited number of operators we are convinced that efforts to reinforce controls should not place disproportionate burdens on the honest taxpayers. Otherwise we will not be succeeding in our overall objective of increasing the competitiveness of European business by reducing its administrative burdens. The use of modern information technology will be essential in achieving this delicate balance, as will the development of a relationship of trust between tax administrations and honest taxpayers.

Ecological taxation

Finally, I want to tell you how we want to use tax policy to tackle two closely linked global challenges : the security of energy supply and the climate change, the global warming.

One of the flagship-strategies of the European Union is the integrated energy and climate change policy. It was initiated by the Commission in January 2007, approved by the Spring European Council and further elaborated by the Commission recently.

Used intelligently, taxation can be a very effective instrument to influence the behaviour of all economic actors and particularly consumers. Taxing what is bad, by implementing “the polluter pays principle” will help to achieve energy and climate change policy goals. I am convinced of the potential that taxation offers to influence consumer behaviour and to support these crucial policy objectives.

One such measure was our proposal to increase the minimum rate of excise duty on commercial diesel in order to reduce price differences and consequently remove the incentive for fuel tourism which currently results in millions of extra kilometres being driven and in extra greenhouse gas emissions.

Another of our proposals is to introduce a CO₂ emission element in the base for car taxation. This would encourage customers to buy cars with lower emissions. Both proposals have been supported by the European Parliament and are currently under discussion in the Council.

Later this year I intend to present proposals to re-structure the EU Directive on Energy taxation. The objective will be to make the Energy Taxation Directive a more supportive instrument for the EU energy and climate change objectives.

Energy is currently at the top of the EU priorities since it represents a major challenge as regards security of supply, environmental sustainability and competitiveness. Energy taxation has an important role to play. It offers the potential for the EU to combine the incentive role of taxation in favour of more energy-efficient and environment-friendly energy consumption with the ability to generate revenue. We hope to do this by splitting the tax on energy, which is currently based on the energy content, into 2 parts. One would continue to depend on the energy content while the other would depend on greenhouse gas emissions, thus favouring renewable energies.

At the same time I intend to present proposals for introducing VAT reduced rates for energy saving and energy efficiency related services such as inspections, energy audits and energy performance certifications and, depending on the results of ongoing studies, for energy saving materials, energy efficient goods and appliances.

We are also considering the appropriateness of eliminating reduced rates for environmentally prejudicial products such as pesticides.



Conclusion

Please let me conclude by stressing that, in my view, it is important that the work the Commission is conducting reflects the importance of sound tax policies in an international environment – both for governments and for taxpayers. I know that your Congress will discuss many important international taxation questions in the forthcoming four days. I look forward to hearing about the outcome of your deliberations and hope that these discussions will be beneficial to all of us.

I thank you very much for your attention and I wish you a fruitful and successful Congress.





Discorso di apertura al Congresso dell'International Fiscal Association (IFA)- 31 agosto 2008

László Kovács

Buonasera Signore e Signori,

sono onorato di essere stato invitato a intervenire al 62° Congresso dell'International Fiscal Association dinanzi a tale distinto pubblico. In qualità di Commissario europeo responsabile per il settore della fiscalità, è con particolare piacere che Vi do il benvenuto a Bruxelles, capitale dell'Europa.

Il Congresso annuale dell'International Fiscal Association è uno spazio unico aperto allo scambio di vedute sulla fiscalità internazionale. Non esiste altra organizzazione al mondo che riunisca un così grande numero di rappresentanti governativi ad alto livello, professionisti del settore fiscale, giudici, accademici e funzionari pubblici internazionali. Nei prossimi quattro giorni avrete l'opportunità di discutere un'ampia gamma di tematiche importanti nell'ambito della fiscalità internazionale. Vorrei, a mò di sfondo, esporvi una sintesi delle principali priorità della Commissione europea in materia fiscale.

Innanzitutto, è necessario che richiami le ragioni alla base della politica fiscale della UE. La missione dell'Unione Europea è quella di soddisfare le aspettative di 500 milioni di cittadini che vogliono una vita migliore, maggior sicurezza, maggior solidarietà e uno sviluppo sostenibile. Ciò comporta la necessità di fronteggiare le sfide globali e, non da ultimo, la concorrenza degli Stati Uniti, della Cina, della Russia, del Giappone, dell'India e altri paesi. Di conseguenza, essere competitivi è di primaria importanza.

In tale contesto, il Consiglio europeo della primavera del 2005 approvò un rilancio della cosiddetta 'Strategia di Lisbona', focalizzandosi su crescita, occupazione e competitività. Una priorità di rilievo per l'Unione Europea è, quindi, quella di migliorare la propria competitività e preservare, nel contempo, il proprio modello sociale, basato su un elevato livello di protezione insieme a un'offerta elevata di beni pubblici. Per raggiungere gli obiettivi di Lisbona è necessario rendere l'Europa più capace di attrarre investimenti e lavoro, promuovere la conoscenza e l'innovazione, nonché elaborare politiche che consentano alle imprese europee di creare nuovi e migliori posti di lavoro.

In particolare, politiche fiscali solide possono contribuire a incrementare l'efficienza delle economie europee e la competitività delle società europee. Abbiamo quindi cercato di far sì che la nostra politica fiscale miri ad aumentare, in via prioritaria, la competitività migliorando il funzionamento del mercato unico.

CCCTB

Nell'area dell'imposizione diretta abbiamo cercato di ottenere tale risultato attraverso un certo numero di misure mirate, tra le quali la creazione del Forum per i prezzi



di trasferimento. Appare chiaro, tuttavia, che la principale causa dei costi di adempimento per le imprese europee nel settore dell'imposizione diretta sta nell'esistenza di 27 differenti sistemi d'imposizione societaria.

A causa di questa situazione, è da qualche anno oramai che stiamo lavorando intensamente sul progetto di una base imponibile societaria comune e consolidata per le società europee, a cui spesso ci si riferisce come 'progetto CCCTB'.

Sin dall'inizio abbiamo detto che puntavamo a una trasparenza massima durante lo sviluppo della CCCTB. Abbiamo mantenuto la nostra parola: praticamente tutti i documenti del Gruppo di lavoro sono disponibili sul nostro sito web. Noto con piacere che questa trasparenza ha incoraggiato molti studiosi a scrivere articoli, persino libri, su questo tema.

In estrema sintesi, la CCCTB vorrebbe essere intesa a offrire alle società un accesso più semplice al mercato interno.

(i) Innanzitutto, essa fornirebbe una base imponibile comune, che ridurrebbe i costi di adempimento poiché la base imponibile verrebbe calcolata alla stessa maniera in tutti gli Stati membri partecipanti.

(ii) Eliminerebbe l'esigenza di determinare i prezzi di trasferimento di libera concorrenza per le transazioni intra-gruppo.

(iii) Fornirebbe un meccanismo di consolidamento per compensare profitti e perdite della stessa società presente in diversi Stati membri. Le società non dovrebbero più versare le imposte sui medesimi utili quando stanno subendo delle perdite.

I Servizi della Commissione di cui sono responsabile hanno completato un lavoro di considerevole entità e hanno beneficiato degli inestimabili contributi degli esperti degli Stati membri e di altre parti interessate.

Ora, stanno preparando nei dettagli il relativo studio d'impatto e una proposta legislativa esauriente. Sono stati raggiunti progressi significativi ma il lavoro non è ancora finito. Alcuni degli aspetti tecnici più complicati ancora necessitano un certo lavoro, in particolare in relazione al settore finanziario. Esiste qualche speranza per una proposta che sarà messa sul tavolo in autunno. Tuttavia, dovrei cogliere l'occasione per chiarire che preferirei presentare un prodotto perfettamente elaborato e ben argomentato al momento opportuno, piuttosto che un lavoro incompleto solo per rispettare una scadenza artificiale.

Rimango, quindi, completamente dedicato a questo progetto e, appena pronti, presenterò al Collegio lo studio d'impatto e la relativa proposta legislativa. Nel frattempo, i Servizi continueranno il loro lavoro ed estenderanno soprattutto le loro discussioni e consultazioni a un pubblico che sia il più vasto possibile, che sono sicuro includerà molti di Voi, considerate le capacità e le conoscenze qui rappresentate.

Revisione della Direttiva Risparmio

È emersa, nel frattempo, un'altra priorità nel settore dell'imposizione diretta. Eventi recenti hanno dimostrato chiaramente l'importanza di migliorare la cooperazione internazionale in quest'area, in vista della prevenzione della frode e dell'evasione nel campo degli investimenti finanziari internazionali.

L'adozione della Direttiva UE sulla tassazione del risparmio nel 2003, insieme agli accordi collegati conclusi nel 2005 dalla Comunità Europea con cinque paesi extra-UE e con 10 territori dipendenti e associati degli Stati membri, ha rappresentato un passo importante in questo processo.

Tuttavia, come dimostrato dalle analisi effettuate dalla Commissione e dalle consultazioni condotte da questa con gli Stati membri e gli operatori di mercato, la Direttiva può e deve essere migliorata. Ciò è stato sottolineato da eventi recenti, come il caso Lichtenstein, e ha spinto il Consiglio ECOFIN a richiedere alla Commissione di accelerare i lavori in questo settore. Di conseguenza, è mia intenzione presentare alla fine di settembre il rapporto della Commissione sul funzionamento della Direttiva, che sarà seguito a breve distanza dalle modifiche legislative volte a migliorare l'effettività della Direttiva e a combattere l'elusione fiscale, cercando di evitare, nel contempo, un aggravio degli oneri amministrativi a carico degli operatori di mercato.

Infine, vorrei sottolineare che è necessario andare avanti nell'ampliamento dell'ambito territoriale di applicazione delle misure equivalenti a quelle contenute nella Direttiva Risparmio ad alcuni paesi non-europei, come Singapore, Hong Kong e Macao. Ciò assicurerà sia un contesto omogeneo per gli intermediari finanziari in tutto il mondo che un sostegno agli sforzi degli Stati membri per combattere l'evasione e l'elusione fiscale nell'area della tassazione del risparmio.

Metodi di “buon governo”

Vi illustrerò ora come intendiamo promuovere i principi di “buon governo” nel settore fiscale.

Lo sviluppo sostenibile di tutte le economie si basa sulla capacità delle amministrazioni fiscali nazionali a scambiare le informazioni in modo efficace. L'aumento della trasparenza dei sistemi fiscali li rende meno vulnerabili nei confronti dei meccanismi di evasione fiscale.

Per promuovere l'applicazione di questi principi, la nostra intenzione è quella di introdurre una norma specifica relativa ai metodi di buon governo nel settore della fiscalità negli accordi commerciali e di altro tipo che la Comunità e i suoi membri devono concludere con i paesi terzi. A tale riguardo, la Commissione appoggia incondizionatamente gli sforzi compiuti dal Global Forum sulla Fiscalità dell'OCSE.

IVA

Passando ora all'imposta sul valore aggiunto, noto che questo tema non occupa più una posizione di primo piano sulle Vostre agende, sebbene state per esaminare le questioni sorte dall'applicazione delle imposte indirette agli enti pubblici. Tuttavia, questo tema apparirà anche sul programma di lavoro della Commissione stabilito per il prossimo anno.

Nell'area dell'IVA abbiamo concentrato i nostri sforzi nel semplificare e modernizzare il sistema UE comune dell'IVA, introdotto nel 1977.

Normativa di recente adozione

Al fine di assicurare che il sistema comune dell'IVA sia in grado di gestire i nuovi sviluppi imprenditoriali, in particolare per i servizi, di recente sono stati concordati alcuni cambiamenti.

Dal 1° gennaio 2010, le prestazioni di servizi per le imprese (B2B) saranno in genere tassate nel luogo dove si trova il cliente, piuttosto che nel luogo dove si trova il fornitore, a parte qualche eccezione, come i ristoranti e i trasporti. Per le prestazioni di servizi ai clienti privati (B2C), il luogo di tassazione continuerà ad essere quello in cui è stabilito il fornitore, eccetto nel caso delle telecomunicazioni, dei servizi elettronici e di radiodiffusione, che saranno tassabili dal 2015 nel paese del consumatore.

Abbiamo introdotto, inoltre, procedure aggiornate per il rimborso dell'IVA versata dalle imprese UE in altri Stati membri. Una nuova procedura completamente elettronica assicurerà un rimborso più veloce ai richiedenti. L'attuale procedura cartacea è lenta, complicata e costosa. Manca anche di certezza giuridica. La nuova procedura faciliterà le imprese e migliorerà il funzionamento del mercato interno. Una novità sta nel fatto che alle imprese saranno versati gli interessi nel caso in cui gli Stati membri effettuino i rimborsi in ritardo.

Servizi finanziari

Un'altra area in cui stiamo cercando di aggiornare la nostra legislazione è quella dell'IVA applicata ai servizi finanziari. È una delle grosse questioni in sospeso e irrisolte in ambito IVA. È stata sull'agenda della Commissione europea sin dall'introduzione del sistema comune dell'IVA negli anni 60. Non possiamo far finta di essere vicini alla scoperta di una soluzione magica, ma con la nostra recente proposta abbiamo tre obiettivi principali.

In primo luogo, aggiornare la normativa esistente che è ormai obsoleta e sempre più soggetta a una sfida giuridica, per la quale i giudici sono chiamati in misura crescente a colmare le lacune del diritto.

In secondo luogo, assicurare un'applicazione più coerente dell'imposta e un contesto omogeneo nel mercato interno. Poiché la normativa esistente non è chiara come potrebbe essere, la relativa applicazione nei differenti Stati membri è oggi ampiamente variegata.

In terzo luogo, consentire alle imprese di gestire meglio l'impatto dell'IVA non deducibile sulle loro attività. Ciò migliorerà la competitività e compenserà in qualche misura la violazione di neutralità che è insita nell'esenzione.

Speriamo di ottenere tutto ciò

- modernizzando la definizione di servizi esenti,
- ampliando l'esistente opzione di tassazione attraverso il trasferimento del diritto d'opzione dagli Stati membri allo stesso ente finanziario o assicurativo, e
- introducendo regole precise per lo sgravio relativo alla condivisione dei costi, che consentirà alle imprese finanziarie e assicurative di raggruppare le operazioni e condividere i costi di dette operazioni senza versare l'IVA.

Speriamo, attraverso questo esercizio di modernizzazione, di migliorare la competitività delle nostre società europee finanziarie e assicurative, assicurando nel contempo delle entrate fiscali stabili per gli Stati membri.

Amministrazioni fiscali e frode all'IVA

Vorrei ora spendere qualche parola sulla sensibile questione della frode fiscale. Negli ultimi anni la frode all'IVA è stata causa di particolare preoccupazione per le ammini-

strazioni fiscali europee. Considerando la portata del fenomeno, circa 250 miliardi di EURO secondo alcune stime, non ne resto sorpreso.

Ciò ha provocato richieste in alcuni ambienti per un cambiamento radicale del sistema comune dell'IVA, attraverso l'introduzione di un meccanismo dell'inversione contabile oppure dell'applicazione dell'imposta alle forniture intra-comunitarie. Vi è stato un forte dibattito politico sulla questione che ha portato a un consenso quasi generale sul fatto che, almeno per il momento, dovremmo concentrare la nostra attenzione per rinforzare il sistema esistente piuttosto che per riorganizzarlo completamente.

Tuttavia, tenendo presente che la frode è commessa solo da un numero molto limitato di operatori, siamo convinti che gli sforzi per rinforzare i controlli non dovrebbero portare a imporre ai contribuenti onesti oneri sproporzionati. Altrimenti non riusciremo a raggiungere il nostro obiettivo generale costituito da un aumento della competitività delle imprese europee attraverso una riduzione degli oneri amministrativi. L'uso dei moderni mezzi informatici sarà essenziale per ottenere questo delicato equilibrio, come lo sarà lo sviluppo di una relazione di fiducia tra le amministrazioni fiscali e i contribuenti onesti.

Imposte ambientali

Infine, vorrei parlarvi di come intendiamo utilizzare la politica fiscale per affrontare due sfide globali strettamente connesse: la sicurezza delle forniture energetiche e i cambiamenti climatici, il surriscaldamento globale.

Una delle strategie più importanti dell'Unione Europea è costituita dalla politica energetica integrata e per il cambiamento climatico. Essa fu lanciata dalla Commissione nel gennaio 2007, approvata dal Consiglio europeo della primavera del 2005 e ulteriormente elaborata dalla Commissione in tempi recenti.

Utilizzate intelligentemente, le imposte possono essere uno strumento molto efficace per influenzare il comportamento di tutti gli attori economici, specialmente dei consumatori. Tassare ciò che è male, mettendo in pratica il principio di "chi inquina, paga", contribuirà a raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla politica energetica e per il cambiamento climatico. Sono convinto delle potenzialità che la fiscalità possiede per influenzare il comportamento dei consumatori e per sostenere questi obiettivi politici essenziali.

Una delle misure in tal senso è stata la nostra proposta di aumentare il tasso minimo delle accise applicate sul diesel per uso commerciale al fine di ridurre le differenze di prezzo e, conseguentemente, rimuovere gli incentivi al "turismo del pieno", che attualmente comporta tragitti supplementari di milioni chilometri ed emissioni extra di gas a effetto serra.

Un'altra delle nostre proposte consiste nell'introdurre un elemento basato sulle emissioni CO₂ nella base imponibile delle imposte sugli automobili. I consumatori sarebbero incoraggiati a comprare automobili a basse emissioni. Entrambe le proposte sono state appoggiate dal Parlamento Europeo e sono attualmente in discussione in seno al Consiglio.

Verso la fine di quest'anno intendo presentare delle proposte per ristrutturare la Direttiva UE sulla tassazione dei prodotti energetici. L'obiettivo sarà quello di rendere la Direttiva UE sulla tassazione dei prodotti energetici uno strumento che sostenga maggiormente gli obiettivi della politica UE in materia di prodotti energetici e cambiamento climatico.

L'energia è attualmente in cima alle priorità UE, in quanto rappresenta una sfida di rilievo rispetto alla sicurezza delle forniture, alla sostenibilità ambientale e alla competitività. La tassazione dei prodotti energetici ha un ruolo importante da svolgere. Offre la potenzialità per la UE di abbinare il compito di incentivare un maggiore consumo energetico basato sull'uso efficiente dell'energia e rispettoso dell'ambiente alla capacità di generare entrate fiscali. Speriamo di ottenere ciò dividendo l'imposta sui prodotti energetici, attualmente basata sul tenore energetico, in due parti. Una continuerebbe a dipendere dal tenore energetico, mentre l'altra dipenderebbe dalle emissioni di gas a effetto serra, favorendo in tal modo le energie rinnovabili.

Contemporaneamente, intendo presentare delle proposte per introdurre un'aliquota ridotta dell'imposta sul valore aggiunto per i servizi connessi al risparmio e all'efficienza energetica come i controlli, le diagnosi energetiche e le certificazioni di rendimento energetico, nonché, a seconda dei risultati degli studi in corso, per i materiali che consentono un risparmio energetico e altri prodotti o attrezzature basate sull'uso efficiente dell'energia. Stiamo anche considerando l'opportunità di abolire le aliquote ridotte per i prodotti nocivi all'ambiente come i pesticidi.

Conclusioni

Vorrei ora concludere sottolineando che, a mio avviso, è importante che il lavoro svolto dalla Commissione rifletta la significatività di politiche fiscali solide in un contesto internazionale – sia per i governi che per i contribuenti. So che questo Vostro Congresso affronterà molte questioni fiscali importanti nei prossimi quattro giorni. Attendo con impazienza il risultato delle Vostre discussioni, di cui, spero, potremo beneficiare tutti noi.

Vi ringrazio per la Vostra attenzione e Vi auguro un Congresso proficuo e di successo.

International Fiscal Association (IFA) – 62ème Congrès (Bruxelles – 31.08.2008 - 4.09.2008)

Jacques Malherbe*, Edoardo Traversa**, Marie Centner e Marie-Aline Peetermans***

Introduction

L'International Fiscal Association (IFA) a tenu à Bruxelles en septembre 2008 son 62e congrès annuel, sous la présidence de M. Frank Dierckx.

Deux thèmes étaient à l'ordre du jour des séances plénières, suivies, selon la tradition, de nombreux séminaires. Le discours inaugural fut prononcé par M. Marcus Desax (Suisse), président de l'association.

Les rapports généraux et nationaux sont publiés en anglais dans les *Cahiers de droit fiscal international* (volumes 93a et 93b).

Un numéro spécial du *Bulletin for International Taxation* (2008/8-9) a par ailleurs été consacré, selon la tradition, au pays organisateur, la Belgique.

Thème I: Le principe de non-discrimination au carrefour de la fiscalité internationale

Le thème de la première séance plénière, sous la présidence du professeur Kees van Raad (Pays-Bas), était le principe de non-discrimination, faisant l'objet du rapport général de MM. Luc et Philippe Hinnekens (Belgique)¹. Ce principe recouvre en fiscalité internationale des réalités variées ; il faut en effet distinguer discrimination entre personnes (nationaux et non nationaux, ou résidents et non-résidents) et la discrimination entre sources de revenus.

Ce principe de non discrimination fait l'objet d'un article dans la Convention modèle de l'OCDE (article 24). L'interprétation de cet article a été revue lors de la mise à jour 2008 de la Convention modèle et de son commentaire. Selon l'OCDE, l'article 24, par. 1 couvre seulement les hypothèses de discrimination sur la base de la nationalité et ne s'étend pas aux discriminations indirectes. Il faut également, pour qu'il y ait discrimination, que la situation factuelle de ces deux catégories de personnes soit semblable. En ce qui concerne la discrimination des établissements stables (art. 24, par. 3), des questions se posent quant au traitement fiscal des revenus imputables à ceux-ci mais acquis en dehors de l'Etat où ils sont situés, ainsi que quant à l'extension du régime de consolidation

* Professeur émérite de l'Université Catholique de Louvain ;

** Professeur à l'Université Catholique de Louvain

*** Etudiantes à l'Université Catholique de Louvain

¹ Les rapports français et belge étaient dus respectivement à M. Benoît Bohaert et à Mme Isabelle Richelle et M. Vincent Sepulchre.

à ceux-ci. Les autres paragraphes de l'article 24 Modèle OCDE concernent la déductibilité des pertes et charges (par. 4) : un problème de timing peut causer une différence de traitement lorsque le moment où la perte ou la charge est déductible varie entre l'Etat de la source et l'Etat de la résidence, et les sociétés possédées par des non nationaux (par.5), au sujet desquelles des problèmes d'application demeurent lorsqu'il s'agit de *partnerships*.

En outre, une discussion a porté sur la possibilité de se servir d'autres principes de non discrimination, pour interpréter l'article 24 du Modèle OCDE, parmi lesquels les principes nationaux de non discrimination et les principes contenus dans le Traité CE. Concernant ces derniers, il convient de remarquer qu'ils vont plus loin que l'article 24, en particulier au sujet des différences de traitement basées sur la résidence, de l'application des avantages prévus par les conventions bilatérales aux établissements stables et de la protection des situations transfrontalières *à la sortie*.

Enfin, il est apparu du débat que le principe de non discrimination de l'article 24 du Modèle OCDE pourrait faire l'objet de modifications :

- pour assurer une protection accrue aux non-résidents, par l'extension des catégories de revenus qu'il vise et par l'introduction d'une clause générale d'interdiction de la discrimination entre résidents et non-résidents,
- pour assurer une meilleure protection des revenus étrangers des résidents.

Néanmoins, l'extension de ce principe pourrait avoir comme effet de devoir prévoir des causes de justification plus étendues dans le texte du Traité, ce qui aurait un impact sur la sécurité juridique.

Thème II : Traitement fiscal des intérêts transfrontaliers entre sociétés

L'enjeu de la discussion, présidée par M. Brian J. Arnold (Canada), était la déductibilité des intérêts payés à des sociétés étrangères des revenus étrangers acquis par une société résidente. M. Pascal Hanny (Suisse) avait rédigé le rapport général². D'importants développements ont eu lieu en ce qui concerne la limitation du droit de déduction des intérêts dans le chef de l'emprunteur. Ceci modifie la répartition traditionnelle du pouvoir d'imposition du revenu entre l'Etat de résidence (du prêteur) et l'Etat de la source des intérêts (résidence de l'emprunteur), dès lors qu'en principe, une augmentation du financement par la dette a pour conséquence de déplacer des revenus imposables de l'Etat de la source vers l'Etat de résidence du prêteur.

Pour éviter ce phénomène, certains Etats ont pris ou proposé des mesures, telles que la limitation, voire l'abolition de la déductibilité des intérêts, ou au contraire la déduction d'intérêts notionnels (sur le capital), instaurée en Belgique.

Le traitement des coûts de financement étrangers représente également une donnée à prendre en compte dans ce contexte. Les coûts de financement d'un établissement stable étranger présupposent une allocation d'une partie de la dette à l'établissement stable, processus qui pourrait être rendu plus difficile par le nouveau commentaire 2008 de l'article 7 de la Convention modèle OCDE (sur lequel certains Etats ont exprimé des observations), qui semble permettre des divergences d'application entre Etat du prêteur et Etat de l'emprunteur.

² Les rapports français et belge étaient dus respectivement à M. Raphaël Com et à MM. Stéphane Martin et Patrick Smet.

Le traitement fiscal des coûts de financement d'une filiale étrangère dépend du traitement des dividendes et des plus-values relatives aux participations dans cette filiale. Ces coûts sont soit intégralement déductibles, soit non déductibles, soit déductibles dans une certaine mesure. Dans l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice a eu un impact parfois considérable sur ces normes.

Il existe également des normes visant à lutter contre la sous-capitalisation de certaines sociétés. Ces normes sont justifiées par différentes raisons, notamment par le souci de traiter le capital et la dette de manière égale, par la nécessité de prendre en compte la jurisprudence communautaire, par la volonté de diminuer le taux de l'impôt des sociétés en élargissant sa base ou par la lutte contre l'érosion de l'assiette imposable. Ces règles se basent généralement sur une proportion entre le capital et la dette. Elles ont pour effet de refuser la déductibilité des intérêts, plutôt que d'imposer leur requalification en dividendes. L'Allemagne, l'Australie et le Danemark notamment appliquent ce type de règles.

Enfin, la question du risque de la double déduction des intérêts a été posée. Ceci peut arriver lorsque les mêmes sommes empruntées donnent lieu à une déduction des intérêts dans le chef de la société mère et dans le chef de la filiale. On peut se demander si une telle double déduction est abusive ; en outre, dans ce cas, il faut également se demander quel Etat, de l'Etat de la mère ou de l'Etat de la filiale pourrait se plaindre d'avoir subi l'abus.

Outre les deux thématiques principales, plusieurs séminaires ont porté sur des sujets variés.

Séminaire A: L'impact des règles communautaires de non-discrimination sur les Etats tiers

Le Séminaire A, présidé par M. Malcom Gammie (Royaume-Uni), avait pour objet l'impact des règles communautaires en matière de non-discrimination sur les rapports avec les Etats non membres de l'Union européenne.

Quatre thématiques distinctes ont été abordées, à savoir les libertés du Traité CE et les droits des Etats tiers, les rapports entre les approches des Etats de l'UE et les Etats tiers en ce qui a trait à la non discrimination, les situations mettant en jeu des États tiers et la clause de la nation la plus favorisée et enfin les conventions signées entre l'UE et les Etats tiers.

Concernant les libertés du Traité CE et les droits des Etats tiers, le panel a souligné que l'article 56 du Traité CE consacrant la libre circulation des capitaux s'appliquait aussi aux échanges avec les Etats tiers. Ce principe est en outre doté d'effet direct, comme la reconnu la Cour de justice. Toutefois, il existe trois freins à l'application de l'article 56 CE aux relations avec les Etats tiers, à savoir le fait que les autres libertés de circulations ont priorité sur la libre circulation des capitaux (arrêts Lasertec et Holböck), les causes de justification reconnues par l'article 58, 3 CE et l'article 57 CE qui valide les restrictions à la libre circulation des capitaux existant au 31 décembre 1993. La jurisprudence de la Cour de justice dans ce domaine a contribué à augmenter l'insécurité juridique.

Au sujet des rapports entre les approches des Etats de l'UE et des Etats tiers en ce qui a trait à la non-discrimination, il a été relevé que les approches de l'UE et de l'OCDE divergent. En outre, il semble que l'administration fiscale et les juridictions américaines sont peu enclines à appliquer l'article 24 du modèle OCDE sur la non-discrimination, tout comme d'ailleurs la Suisse.

Concernant les situations mettant en jeu des États tiers et la clause de la nation la plus favorisée, on peut admettre que le droit communautaire laisse intacte la possibilité de traiter moins favorablement un ressortissant d'un Etat non Membre qu'un ressortissant d'un Etat membre (sauf application d'un texte de droit international). Toutefois, la situation inverse n'est pas claire. En Suisse et aux Etats-Unis, il existe des principes internes interdisant aux cantons et aux Etats de discriminer les résidents d'autres cantons ou Etats.

La question de la limitation des bénéficiaires (LOB) dans les traités a aussi été abordée : il a été remarqué que les Etats-Unis sont en train de renégocier tous leurs traités pour inclure ces clauses. Du point de vue du droit communautaire, la récente jurisprudence ACT doit être considérée comme moins satisfaisante que celle de l'arrêt D.

Enfin, concernant les accords signés par l'UE avec les Etats tiers, référence a été faite à l'accord conclu avec la Suisse, dans lequel on retrouve des droits et libertés semblables à ceux contenus dans le Traité CE, à l'accord de l'Espace économique européen, très similaires au Traité CE et aux accords d'associations et de partenariat conclus avec certains pays. Néanmoins, dans la pratique, l'effectivité de ces droits et libertés dans ces Etats tiers semblent poser question.

Séminaire B : La taxation indirecte des organismes publics

Dans ce séminaire, présidé par le professeur australien Rick Krever, les membres du *Panel* ont discuté les visions de leurs pays d'origine à propos de la taxation des organismes publics.

Avant d'aborder ce sujet, les membres du *Panel* ont défini le terme d'*organismes publics* comme tous les organismes gouvernementaux, ceux appartenant aux gouvernements et ceux créés par les gouvernements, tels que les gouvernements centraux et subordonnés (provinces, cantons, Etats et villes), les départements gouvernementaux et les ministères (police et armée), les entités de service public appartenant à ces gouvernements (hôpitaux et écoles), les compagnies aériennes appartenant également à ces gouvernements, etc. Ils ont ajouté que certains organismes privés régis par le droit public pouvaient aussi mener des missions de services publics et, dès lors, être soumis aux mêmes règles de TVA que les organismes publics (œuvres caritatives, fonds de pension, etc.).

Dans chaque pays où la TVA est d'application, une personne est soumise à imposition quand elle déploie une activité économique. Néanmoins, il existe deux approches afin de déterminer si un organisme public exerce une telle activité ou non.

En effet, d'un côté, l'approche TVA traditionnelle (principalement utilisée au sein de l'Union européenne) considère que les organismes publics ne peuvent pas être soumis à la TVA parce qu'ils n'exercent aucune *activité commerciale dégageant un profit* alors que, d'un autre côté, l'approche TVA moderne (suivie par exemple en Nouvelle Zélande) considère que la TVA devrait s'appliquer aux organismes publics tout simplement parce qu'ils exercent des *activités impliquant des transactions non personnelles*, même s'ils ne recherchent le profit en aucune façon. Néanmoins, selon l'approche traditionnelle, les entités publiques pourraient être imposables dans certains cas, soit lorsque leurs activités seraient mentionnées sur une liste spécifique (télécoms, etc.), soit lorsque la non-imposition de leurs activités mènerait à une *distorsion significative de la concurrence*.

Les membres du *Panel* ont ensuite abordé la question de la qualification des paiements faits par le gouvernement, tels que les subsides aux entreprises, afin de les aider à

remplir certaines obligations de services d'utilité publique. Selon la perspective des bénéficiaires, ces paiements pourraient être considérés comme des subventions ou comme des paiements pour services rendus. En ce qui concerne les subventions, l'Union européenne les considère comme taxables tant qu'elles sont directement liées au prix du service et donnent droit à une déduction d'impôt. L'approche moderne, quant à elle, tend à les imposer toutes mais chaque pays applique néanmoins sa propre politique de test telle que celle du *lien direct*. Selon le point de vue des gouvernements, la question était de savoir comment les organismes publics pourraient récupérer leur contribution à l'impôt. La Commission européenne a décidé de revoir son système car, pour le moment, selon l'approche traditionnelle, la déduction d'impôt lors d'investissements n'est pas possible, ce qui a un impact négatif sur l'économie. Le système moderne de TVA, au contraire, permet une telle déduction grâce à une procédure d'enregistrement.

Enfin, le *Panel* a discuté de la question de savoir si les paiements faits aux gouvernements tels pour les emplacements de parking ou les péages routiers devaient être considérés comme des impôts ou comme des paiements pour fournitures. Tout d'abord, les membres ont analysé le traitement des concessions de droits telles que les licences de pêche ou d'exploitation de mines ou telles que les leasings de propriété fixe de l'Etat. Selon l'approche moderne, elles sont imposables, car tous les organismes publics sont enregistrés. Selon l'approche européenne, elles ne sont imposables que si elles sont citées comme telles par la loi ou si l'organisme public agit en tant que personne imposable. Ensuite, les membres du *Panel* ont comparé les différents points de vue des pays afin de voir si les paiements d'impôts étaient ou non une contrepartie pour des fournitures imposables.

Séminaire C: La directive européenne sur la fiscalité de l'épargne (2003/48/EC)

La question de l'harmonisation européenne de la fiscalité de l'épargne a fait l'objet du Séminaire C, présidé par le professeur Frans Vanistendael (Belgique). Avec la libéralisation des marchés européens, les Etats membres ont été confrontés à une évasion fiscale grandissante de la part des contribuables particuliers ne déclarant pas leurs revenus générés à l'étranger. Pour mettre fin à cette pratique, l'Union européenne aurait pu imposer soit un même traitement aux intérêts payés indifféremment à des résidents ou non-résidents, soit un échange total d'information. Le système adopté est finalement une combinaison entre ces deux solutions.

Concernant les concepts et mécanismes de la directive, il convient de remarquer que la directive prévoit un échange automatique d'information entre les administrations fiscales de l'Etat de la source et de l'Etat de résidence. L'agent payeur (dont le critère minimum d'identification est l'adresse permanente) est obligé de transmettre à ses autorités fiscales nationales des informations concernant l'identité et le montant d'intérêts (dont la définition est inspirée de l'art. 11 convention OCDE sans toutefois inclure les organismes de placement collectif) payés au bénéficiaire personne physique, résident d'un autre Etat membre. L'information est ensuite échangée sur base annuelle par les administrations de deux pays concernés. Pendant une période transitoire, l'Autriche, la Belgique et le Luxembourg sont dispensés de transférer l'information s'ils chargent un précompte de 20% jusqu'en 2011 et 35% après.

Si les politiques suivies par l'Union et l'OCDE visent toutes deux à enrayer l'érosion de la base fiscale, maintenir l'intégrité des systèmes fiscaux et promouvoir la compétition

loyale, il y a cependant une différence majeure entre les deux approches. Non seulement, le modèle OCDE couvre un territoire beaucoup plus large, mais il est également applicable aux sociétés. De plus, l'échange d'information n'est pas automatique, mais seulement effectué sur demande (*ex post*). Le panel de discussion a d'ailleurs suggéré que la législation anti-blanchiment déjà existante était largement suffisante pour aboutir au même résultat, encore que certains panelistes pensent que l'échange d'information *ex ante* est plus efficace.

Certains problèmes pratiques découlant de l'application concrète de la directive ont été enfin abordés. En ce qui concerne les pays tiers, en vue d'éviter de reproduire ce qui se faisait à un niveau européen avant l'introduction de la directive, l'Union a pris soin de conclure des accords avec des pays tiers et territoires associés, telles que les Iles anglo-normandes, les Caraïbes, Monaco, ... mais pas Singapour, destination vers laquelle on constate une évasion fiscale importante depuis l'entrée en vigueur de la directive européenne.

Les *trusts* posent un nombre considérable de problèmes, surtout lorsqu'ils sont discrétionnaires car, dans ce cas, l'intérêt n'est pas directement versé au bénéficiaire effectif. Peu de pays disposent de règles dans leur arsenal législatif pour appréhender cette institution. Une des solutions serait de soumettre le *trust* à la directive, sauf quand le *trustee* est directement soumis à l'impôt en cette qualité.

Un autre problème réside dans l'identification de l'agent payeur. La législation européenne prévoit que l'agent payeur doit fournir un certificat de résidence. Cette exigence a été remise en cause, notamment au vu des règles en matière de blanchiment d'argent qui ne requiert la présentation aux autorités compétentes que de documents, de données ou d'informations obtenues d'une source indépendante et sûre. Il a même été suggéré que la législation anti-blanchiment serait suffisante pour atteindre le but recherché par la directive sur la fiscalité de l'épargne.

Séminaire D: Les pensions transfrontalière

Ce séminaire, présidé par le professeur Luc de Broe (Belgique), a abordé quatre grandes questions relatives au problème causé par les immenses différences existant entre les pays en ce qui concerne les dispositions régissant les prestations de retraite.

La première question abordée fut celle des contributions transfrontalières aux pensions par des particuliers travaillant à l'étranger. Le problème est qu'un travailleur contribuant dans son Etat d'accueil pourrait ne recevoir aucun avantage fiscal dans son Etat d'origine parce qu'il n'y a aucun revenu imposable. Malheureusement, il semble que l'article 18 §4 du Modèle de Convention Fiscale de l'OCDE ne fournisse qu'une solution partielle au problème pour plusieurs raisons, parmi lesquelles le fait que seule la contribution de l'employeur payée à un fonds de pension étranger peut être déduite dans l'Etat d'origine. En conséquence, l'OCDE a rédigé une clause modèle prévoyant la déduction des contributions transfrontalières et pousse les Etats signataires à l'insérer dans leurs traités fiscaux (§37 du Commentaire sur l'article 18). L'objectif de cette clause optionnelle est d'assurer un traitement équivalent des plans de pensions dans tous les pays contractants tout en limitant l'aide fiscale accordée par leurs dispositions nationales. Malgré l'existence de cette solution, l'Union européenne a préféré adopter une directive en 2003 mettant en application les dispositions sur les IRP (Institutions de Retraite Professionnelle) qui créent ainsi un fonds paneuropéen pour les contributions des employeurs multinationaux.

La seconde question était celle de la portabilité des droits de pension quand un employé change d'employeur. En effet, alors que de tels transferts peuvent se passer en l'absence totale d'imposition quand ils restent nationaux, de nombreux problèmes apparaissent lorsque l'on aborde la question au plan international. L'OCDE propose une clause optionnelle dans son §68 du Commentaire de l'article 18 mais celle-ci n'a qu'un succès très limité. L'Union européenne, quant à elle, étant donné son objectif de marché unique, peut obliger les Etats membres à autoriser de tels transferts.

La troisième question était celle de savoir comment éviter la double imposition internationale ou, au contraire, la double non-imposition des prestations de pension. En effet, de tels problèmes peuvent apparaître quand les pays n'appliquent pas les mêmes principes : EET (exemption des contributions, exemption des fonds de pension, taxation des prestations), TEE (taxation des contributions, exemption des fonds de pension, exemption des prestations), ETT (exemption des contributions, taxation des fonds de pension, taxation des prestations). Dès lors, le §15 de l'article 18 autorise les Etats membres à inclure dans leurs traités fiscaux une disposition assurant les droits d'imposition à la source.

Enfin, le quatrième enjeu souligné dans la discussion a été la possible distorsion des flux de capitaux à cause du traitement différent octroyé aux revenus des investissements des fonds de pension nationaux et étrangers. L'OCDE se réfère au §69 du Commentaire de l'article 18 qui propose une clause optionnelle afin de surmonter de telles difficultés alors que l'Union européenne, de son côté, préfère une procédure d'infraction.

Séminaire E: L'IFA et l'OCDE – Missions à court terme

Dans ce traditionnel séminaire d'échanges de vues entre des membres de l'OCDE, d'une part, et de l'IFA de l'autre, deux thèmes ont été abordés.

Dans un premier temps, le *Panel*, présidé par M. John F. Avery Jones (Royaume-Uni), a décrit les récents développements du travail fiscal de l'OCDE parmi lesquels la version mise à jour 2008 du Modèle de Convention Fiscale et de son Commentaire (disponible sur le site www.oecd.org), la rédaction de traités fiscaux et le travail réalisé concernant la matière des prix de transfert.

Dans un second temps, le *Panel* s'est concentré sur le sujet principal du séminaire, à savoir les missions à court terme réalisées par les employés. En effet, notre monde se trouve en pleine mondialisation et est confronté à une mobilité grandissante des travailleurs. Les employés travaillant pour des entreprises internationales peuvent se voir assigner des tâches à accomplir dans un autre pays pour une durée limitée.

Le §2 de l'article 15 du Modèle de Convention Fiscale de l'OCDE envisage une exception au principe de la taxation dans l'Etat d'emploi pour les missions à court terme. L'OCDE a essayé de clarifier cette exception au travers de deux avant-projets, ayant donné lieu à discussions animées en 2004 et en 2007. Le problème est que les pays ne parviennent pas à trouver une position commune sur la requalification d'une *relation d'emploi formelle*, requalification qui pourrait entraîner un certain droit d'imposition à l'Etat d'accueil (si la relation entre le travailleur détaché et le tiers, situé dans l'Etat d'accueil, à la disposition duquel ce travailleur est mis, est requalifiée en contrat de travail). De ce fait, ces changements ne furent finalement pas inclus dans le Modèle de Convention Fiscale mis à jour en 2008.

Afin de comprendre comment les différents pays interpréteraient le traité fiscal et réagiraient dans des situations de missions à court terme, le *Panel* a alors examiné différents cas de figure. Pour ce faire, il s'est basé sur les exemples inclus dans l'avant-projet. Parmi ceux-ci, figurent entre autres le cas du contrat de formation, celui de l'employé de l'entreprise mère, celui de l'employé d'hôtel ou encore celui de l'employé de l'agence de travail intérimaire. L'avant-projet reconnaît que, parfois, la requalification n'est pas envisageable et que, dans les autres cas, elle l'est, soit au travers d'une interprétation de droit interne, soit au travers d'une interprétation autonome via le traité. Dès lors, il accepte l'ensemble des positions des différents pays, ce qui pourrait mener à des problèmes tels que la double taxation ou des obligations plus importantes de conformité.

En conclusion, bien que la sécurité juridique soit nécessaire afin de savoir à l'avance si l'Etat d'accueil pourrait imposer les revenus d'un employé en cas de mission à court terme, le Modèle de Convention Fiscale 2008 n'a pas pris en compte les changements proposés, notamment parce que les Etats ne pouvaient s'accorder sur les critères encadrant la possibilité de requalification de la relation de travail par l'Etat d'accueil.

Séminaire F: Utilisation des jugements des tribunaux étrangers aux fins de l'interprétation des traités

Le séminaire F, sous la direction du Professeur Richard Vann (Australie), traitait de l'utilisation des jugements des cours et tribunaux étrangers par les juridictions nationales aux fins de l'interprétation des traités en matière fiscale. De manière générale, en particulier en Allemagne et aux Pays-Bas, on assiste à une augmentation du nombre de décisions sur les traités fiscaux internationaux. Il est de plus en plus fréquemment fait appel aux décisions des juridictions étrangères en matière fiscale lorsqu'il s'agit d'interpréter un traité. Cette tendance est d'autant plus marquée dans les pays de *Common law*, particulièrement en Inde, mais beaucoup moins au Canada et dans les pays d'Europe continentale. Ce phénomène croissant est probablement dû aux progrès en matière de communication. Cela ne va pas sans poser un certain nombre de questions dont les intervenants ont tenté de donner un aperçu.

Les panelistes semblent unanimes, à l'exception du représentant de l'Inde, pour dire que les traités fiscaux sont d'une nature différente de celle des autres traités. Les arguments invoqués à l'appui de cette thèse sont le plus souvent la nécessité, en droit fiscal plus qu'ailleurs, d'obtenir une interprétation cohérente pour permettre une certaine réciprocité de l'impôt tout en évitant les doubles impositions. Par ailleurs, outre les deux Etats contractants, les tiers, à savoir les contribuables, sont également concernés par la conclusion d'une convention.

Toutefois, le recours à des décisions étrangères et leur utilisation sont également conditionnés par l'accès à ces décisions. Il existe, à ce jour, au moins deux services internationaux de retranscription intégrale et de compilation des décisions, tous pays confondus, portant sur les traités fiscaux : l'IBFD database et les rapports TNS. La barrière linguistique jouerait également un rôle important.

La tendance générale est qu'il est plus facile d'invoquer les décisions étrangères devant une juridiction de *Common law*. Devant une juridiction appliquant le *droit civil* (continental), ces décisions devront généralement être corroborées par des auteurs de doctrine, encore que certains panelistes doutent de l'utilité du soutien doctrinal. Néanmoins, non seulement la convention de Vienne ne mentionne pas les jugements étrangers comme

aide à l'interprétation des traités, mais en outre, il n'a pas vraiment été possible parmi les intervenants de dégager une hiérarchie commune des sources utilisées pour la comparaison (commentaires OCDE et des Nations Unies, doctrine et jurisprudence), chaque pays ayant sa propre organisation. Le bon sens commande que certaines décisions puissent toutefois être utilisées lorsqu'une série de facteurs sont réunis, tels le fait que la décision émane d'une juridiction supérieure fiscale et faisant autorité dans son pays. Néanmoins, on a eu l'occasion de constater que l'OCDE a modifié son commentaire de manière à refléter son désaccord avec l'interprétation qui en est donnée par les cours nationales. Il en va de même de la mise à jour du modèle de convention. En revanche, l'article 25 encourage la publication des sentences arbitrales, alors qu'elles n'ont même pas de force contraignante!

Séminaire G : Gestion des risques fiscaux

Ce *Panel*, présidé par M. Hervé Le Hérissel (France), a décrit la nouvelle pratique de la Gestion des risques fiscaux (*Tax Risk Management*, en anglais : TRM) comme une technique visant à minimiser les coûts fiscaux totaux (y compris les *compliance costs*) et à maximiser le respect des règles prescrites par les autorités ainsi que les revenus d'imposition pour ces dernières. La Gestion des risques fiscaux inclut l'évaluation des risques ainsi qu'un classement des tâches par ordre de priorité, la mise en œuvre des actions de déduction de risque et des contrôles mais aussi l'allocation de plans (*risk mapping*) et de stratégies de risques d'impôts.

Ce sont trois facteurs principaux qui ont donné naissance à ce nouveau procédé. Tout d'abord, le développement de nouvelles techniques de gestion opérationnelle des risques. Deuxièmement, les exigences de transparence des autorités de régulation et des législateurs incluant l'obligation pour les gérants de sociétés de produire un certain nombre de documents, de règlements et de politiques sur leur façon de gérer le risque dans leurs entreprises et spécialement le risque d'impôts. Enfin, la troisième impulsion est venue du nouveau sentiment général, particulièrement au sein des administrations fiscales, en défaveur des planifications financières agressives.

Ensuite, le *Panel* a abordé la question de savoir si la Gestion des risques fiscaux créerait une réelle plus-value pour les entreprises ou si elle ne se résumerait qu'à de nouveaux coûts pour celles-ci dans le but de les mettre en conformité avec les exigences ainsi formulées. Afin de répondre à cette question, les membres du *Panel* ont analysé les deux types de risques existants : risques liés aux obligations de mise en conformité et risques fiscaux opérationnels. Parmi les obligations de mise en conformité, trois éléments doivent être prises en considération : les étapes (nombre de paiements), le temps (nombre d'heures passées afin de répondre aux obligations) et le coût (taux d'imposition fiscal total). Parmi les risques opérationnels d'impôts, certains sont dus à des événements internes et la société concernée peut donc les prendre en main, mais d'autres sont dus à des événements externes, ce qui rend toute réaction de la société très difficile. En tant qu'événements internes, on pensera par exemple au recrutement et à la formation des employés ou à la mise en œuvre d'une structure de rapport interne effective; et en tant qu'événements externes, on notera l'attitude changeante des autorités concernant les règles d'interprétation.

Une autre question est de savoir si les autorités de régulation et les législateurs ont imposé des exigences trop strictes. En effet, celles-ci ont eu pour conséquence que les ad-

ministrations fiscales ont étendu leurs activités et partagent désormais leurs informations bien plus facilement que par le passé. De plus, ces mêmes exigences imposent à la société de révéler son *risk mapping* de façon plus proactive qu'elle n'avait coutume de le faire jusque là, soit au travers de rapports, soit directement au travers de ses propres règles de publication de l'information. Enfin, les sociétés doivent maintenant utiliser une approche plus quantitative et basée sur le risque lors de leurs audits. Le *Panel* a, pour clôturer ce sujet, examiné les situations dans plusieurs pays afin de comparer les divergences entre leurs attitudes.

Enfin, le *Panel* a discuté de la façon de gérer correctement le risque en faisant clairement la différence entre le bon risque (inévitables dans la gestion courante des affaires) et le mauvais risque (qui devrait être évité par une entreprise *bien gouvernée*). Les membres du *Panel* ont alors fait la distinction entre le risque technique qui est celui du point de vue des organes de gestion et le risque de réputation qui est celui du point de vue des citoyens.

En conclusion, le *Panel* a reconnu l'évidente plus-value qui peut être apportée à une société par la Gestion des risques d'impôts : économies de coûts via des pratiques de travail plus efficaces, solidification de la tarification des produits où les coûts d'impôts sont facturés dans la tarification et plus d'opportunités d'économies d'impôts grâce à l'amélioration de l'interaction du département fiscal et du département business. Mais il a néanmoins souligné un évident besoin de réforme afin de réduire les coûts de mise en conformité et que cela pouvait être réalisé par une réduction des taux d'imposition fiscale.

Séminaire H: Développements récents en taxation internationale

Ce séminaire, organisé par M. Nick Pantaleo (Canada), s'est déroulé en trois parties distinctes : les conventions préventives de la double imposition en matière de revenu face aux entités hybrides, l'analyse d'une transaction internationale (l'acquisition de Reuters par Thomson) et la jurisprudence récente en la matière.

Au sujet de l'application des conventions préventives de la double imposition aux entités hybrides, la panel a tout d'abord défini cette dernière notion. Les entités hybrides, dont l'usage s'est intensifié suite à la législation américaine *check the box*, désignent soit des entités qui, d'un point de vue strictement fiscal, sont traitées différemment par les Etats qui sont impliqués dans l'opération d'optimisation fiscale (c'est-à-dire l'Etat de la source, l'Etat où l'entité est organisée et/ou l'Etat de résidence des participants à cette structure), soit des entités unipersonnelles fiscalement inexistantes (c'est-à-dire. transparentes, où le revenu est taxé dans le chef des actionnaires). Elles posent nombre de problèmes fiscaux, notamment au sujet des lacunes des traités fiscaux à leur égard, tels la détermination du contribuable, et par conséquent, de la personne tenue de remplir le formulaire américain pour la retenue à la source et la possibilité de créer un *double dip* (double avantage résultant d'une mauvaise coordination des législations nationales).

Quatre exemples ont fait l'objet d'une explication particulière, avec, pour chacun des cas, le détail du traitement qui leur serait appliqué respectivement en Italie, aux Pays-Bas et aux Etats-Unis. Ces exemples étaient les paiements effectués à une entité fiscale transparente dans l'Etat de la source mais détenue par des résidents étrangers, les paiements effectués à une entité fiscale transparente dans l'Etat de la source et détenue par des résidents nationaux, les paiements effectués à une entité fiscale localisée dans un

pays tiers où elle est transparente, mais qui n'est pas considérée comme transparente dans l'Etat de la source et enfin les paiements effectués par l'entité située dans l'Etat de la source non fiscalement transparente dans ce pays mais bien dans l'Etat dont sont résidents les propriétaires de la structure. Le *Panel* a conclu que les réponses à ces situations dépendent en grande partie de l'application des dispositions des conventions concernant la résidence, la transparence fiscale, les limitations de bénéfice et le concept de *beneficial ownership*.

Un autre point abordé par le panel a concerné, parmi les transactions internationales récentes, le cas d'acquisition de Reuters par Thomson. L'acquisition de Reuter par Thomson ce 17 avril 2008 s'est réalisée par la création de sociétés siamoises. Ce type de structure a pour but d'assurer une fusion effective des deux entités immatriculées respectivement au Canada et au Royaume-Uni *in casu*, tout en leur permettant de conserver leur organisation interne et leur actionnariat. Les droits de vote dans l'autre société s'exercent par le biais d'un *trustee* nommé spécialement à cet effet, mais sans transfert des participations. La question fiscale qui se pose est de connaître le lieu de résidence de la société pour savoir où les dividendes seront taxés. A défaut d'une règle départageant les deux Etats en concurrence, c'est aux législations nationales qu'il faut faire appel. D'après le droit canadien, l'ex-Reuter et l'ex-Thomson restent respectivement résidentes du Canada et d'Angleterre. Cependant, dès lors que le conseil d'administration de l'ex-Reuter se réunirait au moins une fois par an en Angleterre, les règles CFC (controlled foreign companies) s'appliqueraient. Il faut donc remédier à ce problème de contrôle ou faire en sorte que la société canadienne soit gérée sans organiser jamais de réunion au Royaume-Uni, alors que ses administrateurs sont les mêmes que ceux de la société anglaise.

Enfin, le séminaire s'est clôturé par une revue de jurisprudence récente. Le cas *Smallwood Trustees v Revenue and Customs Commissioners* concerne l'interprétation à donner à la notion de résidence d'un *trust* dans le traité entre le Royaume-Uni et l'Ile Maurice. La Cour a estimé que le commentaire du modèle de convention n'apportait rien à l'interprétation de ce traité et que dès lors c'est au sens courant du mot qu'il fallait se référer : le lieu de gestion effective et réelle. Dans un cas tranché par un tribunal fiscal allemand sur l'attribution de prêts à une partnership allemande par ses commanditaires résidents américains, le Tribunal a décidé que les intérêts reçus par les commanditaires américains n'étaient taxables qu'aux Etats-Unis en vertu de l'article 11 du traité conclu entre ces deux états. Dans l'affaire *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*, la CJCE a fortement limité la possibilité de reporter les pertes d'un établissement stable, si bien que cette décision, favorable à la souveraineté des Etats, occasionne pour le contribuable un problème en matière de cash-flow. Enfin, la décision *SET satellite (Singapore) Pte Ltd*, portant sur la taxation de l'attribution de profits générés à Singapour à un établissement stable indien, a fait application de l'arrêt *Morgan Stanley* afin de déterminer le pouvoir de taxation dans le chef de l'Inde, qui, en l'occurrence, a été confirmé.

Séminaire I: IFA/Union européenne – Base d'impôt consolidée

Dans le cadre du séminaire conjoint IFA/Union européenne, dirigé par le Professeur Wolfgang Schön (Allemagne), le thème abordé a été l'harmonisation de la base imposable à l'impôt des sociétés. En 2001, les Etats membres de l'Union européenne ont réalisé que le fait d'harmoniser l'impôt des sociétés dans certains domaines pourrait s'avé-

rer bénéfique. Ils discutèrent tout d'abord d'une série de concepts tels que l'imposition par l'Etat d'origine, l'impôt uniforme sur les sociétés dans l'Union européenne, etc., pour finalement décider de créer ensemble une base commune consolidée d'impôt des sociétés (*Common Consolidated Corporate Tax Base* : CCCTB). Toutes les sociétés des Etats membres devraient se baser sur cette CCCTB afin d'établir des règles communes qui réduiraient les obstacles à leurs opérations au sein de l'Union européenne. Ce système assurerait la prise en compte automatique d'un profit transfrontalier et une compensation de leurs pertes.

Afin de créer une telle CCCTB, un groupe de travail composé de membres des administrations fiscales nationales des Etats membres fut mis en place et développa quelques aspects de la CCCTB tels que la mesure du profit, les formules de répartition, les relations avec les pays tiers et les exigences administratives. Afin d'aller plus loin dans ce travail, une proposition de directive devrait être adoptée à la fin 2008, mais, en ce qui concerne la base légale, plusieurs possibilités sont discutées. Néanmoins, pour certains membres du *Panel*, la CCCTB devrait seulement rester un système optionnel car une base commune obligatoire serait trop stricte.

Les 27 Etats membres doivent néanmoins trouver un consensus sur la forme et le contenu d'une telle base d'imposition commune. Il semblerait que la Commission préfère un nouvel ensemble de règles plutôt que l'utilisation des normes comptables internationales ou une référence au droit national de la société mère. Les vingt-sept Etats ont déjà trouvé un accord sur le fait que toutes les sociétés d'un même groupe devraient participer, que 100% de la base d'imposition devraient être inclus et que les transactions, les dividendes et les plus-values intra-groupes ne devraient pas être pris en considération. Selon la Commission, les actifs intangibles ne devraient pas non plus être pris en compte. L'avantage serait d'éviter la double imposition et les problèmes de prix de transfert grâce à une formule de répartition basée sur trois éléments : la force de travail, le capital et les ventes.

Les membres du *Panel* ont ensuite discuté de plusieurs autres sujets tels que le besoin d'une politique commune de traités et de dispositions anti-abus dans le champ des investissements *inbound* et *outbound* ou que le besoin d'une politique commune envers les pays tiers. Il a enfin été souligné que, si la CCCTB était adoptée à terme, les Etats membres de l'Union européenne devraient mettre en place une procédure commune de résolution des conflits qui permettrait de contrôler le calcul de la base d'imposition et de la répartition et qu'ils devraient créer un organe commun ou désigner la juridiction nationale du principal contribuable afin de prendre cette tâche en charge.

Séminaire J: De la confrontation à la coopération ; le contribuable et l'administration fiscale

Les relations entre le contribuable et l'administration fiscale était le thème du séminaire J, sous la présidence de M. Jérôme B. Libin (USA), ancien président de l'IFA. En effet, le rapport de Cape Town commandé par l'OCDE a permis de confirmer que les mauvaises pratiques en matière fiscale étaient occasionnées par les demandes d'optimisation fiscales des clients des conseillers fiscaux, c.à.d. principalement les grandes multinationales. C'est la raison pour laquelle le forum OCDE sur l'administration fiscale a élaboré le concept de *relation améliorée* (*enhanced relationship*).

Cette relation améliorée doit impliquer l'administration fiscale, les conseillers fiscaux et leurs clients, les contribuables. Le but est de favoriser la collaboration à la confron-

tation sur base d'une confiance mutuelle plutôt que par l'obligation de se conformer à la loi. C'est ce que semblent déjà faire les autorités fiscales des Pays-Bas. Ceci étant, il a été rappelé que la planification fiscale ne comportait rien d'illégal en soi dès lors que le conseiller reste honnête, transparent et s'astreint aux standards éthiques en la matière, notamment la divulgation des documents. Ces obligations ne devraient d'ailleurs pas être confinées à la planification fiscale. Reste qu'il n'y a pas de consensus sur ce qui constitue une pratique inacceptable et agressive.

Le séminaire s'est ensuite attaché à considérer l'état d'implémentation de ce concept dans différents pays. Parmi les pays d'Amérique latine, il est important de noter l'initiative du Chili. Il s'agit d'un programme pilote visant à récompenser les *bons* redevables en les soumettant à moins d'audit. Au Japon, aucune avancée particulière n'est constatée en cette matière. La relation entre les autorités fiscales et les contribuables est principalement informelle. Les Pays-Bas mettent l'accent sur une relation horizontale plutôt que verticale au moyen d'une collaboration importante entre les autorités et les grandes sociétés. L'exemple suisse a fait l'objet d'une discussion particulière. Après une brève description du système, l'intervenant a relevé le fait qu'il existait un réel désir d'atteindre cette collaboration mutuelle sur base de l'engagement volontaire des contribuables. A titre d'exemple, la Suisse s'est dotée d'un code de conduite des contribuables et conseillers fiscaux.

Plusieurs dispositifs sont envisageables pour mettre sur pieds le concept de relation améliorée :

- un programme de révision avant classement : ce programme est destiné à fournir des réponses appropriées aux questions concernant le reporting de certaines transactions.

- une vérification rapide : ce programme est conçu de telle sorte à fournir une information ponctuelle aux contribuables (pour les transactions dépassant un certain montant), pour autant qu'ils se donnent la peine de fournir l'intégralité des documents nécessaires à la vérification.

- demande d'analyse fiscale des documents de travail : l'administration fiscale pourrait demander les documents préparatoires à la déclaration, à un audit, ou simplement utilisés pour un usage interne à la société.

- le refus par les conseillers fiscaux de mettre en place une planification fiscale agressive présentant des risques évidents.

En conclusion, si l'implantation du concept de relation améliorée peut s'apparenter à une utopie, en tout cas à court terme, les panelistes se sont mis d'accord pour dire que des efforts importants devaient être réalisés en matière d'impartialité, de proportionnalité, de transparence et de responsabilité. Les autorités fiscales devraient en outre faire montre d'une plus grande compréhension des enjeux économiques (*commercial awareness*).

L'Assemblée générale a confirmé l'élection de M. Manuel Tron (Mexique) en tant que nouveau président de l'IFA.

Prochain Congrès

Le prochain congrès de l'Association aura lieu à Vancouver du 30 août au 4 septembre 2009. Les deux sujets principaux traités seront, d'une part, l'existence d'un établissement stable et, d'autre part, les questions liées aux opérations de change dans la fiscalité internationale.



International Fiscal Association (IFA) – 62ème Congrès (Bruxelles – 31.08.2008 - 4.09.2008)

Jacques Malherbe*, Edoardo Traversa**, Marie Centner e Marie-Aline Peetermans***

Introduzione

L'*International Fiscal Association (IFA)* ha tenuto a Bruxelles, nel settembre del 2008, il suo sessantaduesimo congresso annuale, sotto la presidenza del Sig. Frank Dierckx.

Due temi erano all'ordine del giorno delle sedute plenarie, seguite, secondo tradizione, da numerosi seminari. Il discorso inaugurale è stato pronunciato dal Sig. Marcus Desax (Svizzera), presidente dell'associazione.

I rapporti generali e nazionali sono pubblicati in inglese nei *Cahiers de droit fiscal international* (volumi 93a e 93b).

Peraltro, un numero speciale del *Bulletin for International Taxation* (2008/8-9) è stato dedicato, secondo tradizione, al Paese organizzatore, il Belgio.

Tema I: Il principio di non discriminazione nella fiscalità internazionale

Il tema della prima seduta plenaria, sotto la presidenza del Prof. Kees van Raad (Paesi Bassi), era il principio di non discriminazione, costituendo l'oggetto del rapporto generale dei Sig.ri Luc et Philippe Hinnekens (Belgio)¹. Questo principio si riferisce, nell'ambito della fiscalità internazionale, a realtà diverse; bisogna in effetti distinguere la discriminazione tra persone (nazionali e non nazionali, o residenti e non residenti) e la discriminazione tra fonti di reddito.

Questo principio di non discriminazione è oggetto di un articolo del Modello di Convenzione dell'OCDE (articolo 24). L'interpretazione di tale articolo è stata rivista al momento dell'aggiornamento del 2008 del Modello di Convenzione e del suo Commentario. Secondo l'OCDE, l'articolo 24, par. 1, riguarda solamente le ipotesi di discriminazione sulla base della nazionalità e non si estende alle discriminazioni indirette. Bisogna anche, perché ci sia discriminazione, che la situazione fattuale di queste due categorie di persone sia simile. Per ciò che riguarda la discriminazione delle stabili organizzazioni (art. 24, par. 3), delle problematiche si pongono in relazione al trattamento fiscale dei redditi ad esse imputabili ma acquisiti fuori dello Stato ove le stesse sono situate, come pure in

* Professore emerito dell'Università Cattolica di Lovanio;

** Professore all'Università Cattolica di Lovanio;

*** Studentesse all'Università Cattolica di Lovanio.

**** Traduzione italiana di Roberto Antonio Capostagno

¹ I rapporti francese e belga erano dovuti rispettivamente al Sig. Benoit Bohaert et alla Sig.ra Isabelle Richelle e al Sig. Vincent Sepulchre.

relazione alla possibilità di estensione ad esse del regime di consolidamento. Gli altri paragrafi dell'art. 24 del Modello OCDE riguardano la deducibilità di perdite ed oneri (par. 4): un problema di pianificazione temporale può causare una differenza di trattamento quando il momento in cui la perdita o l'onere risulta deducibile varia tra lo Stato della fonte e lo Stato della residenza, e le società possedute da soggetti non nazionali (par.5), con riferimento a quelle i cui problemi di applicazione permangono quando si tratta di *partnerships*.

Inoltre, un dibattito si è aperto in merito alla possibilità di servirsi di altri principi di non discriminazione, per interpretare l'articolo 24 del Modello OCDE, tra i quali i principi nazionali di non discriminazione e i principi contenuti nel Trattato CE. Con riferimento a questi ultimi, è opportuno sottolineare che gli stessi rivestono una portata più ampia rispetto all'articolo 24, con particolare riferimento alle differenze di trattamento basate sulla residenza, sull'applicazione dei benefici previsti dalle convenzioni bilaterali per le stabili organizzazioni e sulla protezione delle situazioni transfrontaliere "in uscita".

Infine, è emerso dal dibattito che il principio di non discriminazione dell'articolo 24 del Modello OCDE potrebbe essere oggetto di modifiche:

- per assicurare una protezione maggiore ai non residenti, attraverso l'estensione delle categorie di redditi in esso ricomprese ed attraverso l'introduzione d'una clausola generale d'esclusione della discriminazione tra residenti e non residenti,
- per assicurare una migliore protezione dei redditi stranieri dei residenti.

Nondimeno, l'estensione di questo principio potrebbe avere come effetto di dover prevedere delle cause di giustificazione più estese nel testo del Trattato, ciò che avrebbe un impatto sulla certezza del diritto.

Tema II: Trattamento fiscale degli interessi transfrontalieri tra società

Il tema centrale della discussione, presieduta dal Sig. Brian J. Arnold (Canada), era la deducibilità di interessi pagati a delle società straniere, di redditi stranieri acquisiti da una società residente. Il Sig. Pascal Hanny (Svizzera) aveva redatto la relazione generale². Importanti sviluppi hanno avuto luogo relativamente alla limitazione del diritto di deducibilità degli interessi passivi in capo al mutuatario. Ciò modifica la ripartizione tradizionale del potere d'imposizione del reddito tra lo Stato di residenza (del mutuante) e lo Stato della fonte degli interessi (residenza del mutuatario), di modo che in via di principio un incremento di mezzi finanziari attraverso l'indebitamento ha per conseguenza di spostare redditi imponibili dallo Stato della fonte verso lo Stato di residenza del mutuante.

Per evitare questo fenomeno, certi Stati hanno assunto o proposto delle misure, come la limitazione, se non addirittura l'abolizione, della deducibilità degli interessi, oppure, all'opposto, la deduzione degli interessi nozionali (sul capitale), adottata in Belgio.

Il trattamento dei costi di finanziamento stranieri rappresenta ugualmente un dato da considerare in questo contesto. I costi di finanziamento d'una stabile organizzazione straniera presuppongono una allocazione di una parte del debito alla stabile organizzazione, processo che potrebbe essere reso più difficile dal nuovo Commentario 2008 dell'art. 7 del Modello di Convenzione dell'OCDE (sul quale alcuni Stati hanno espresso

² Le relazioni francese e belga erano dovute, rispettivamente al Sig. Raphaël Com e ai Sig.ri Stéphane Martin e Patrick Smet.

delle osservazioni), che sembra permettere delle differenze d'applicazione tra lo Stato del mutuante e lo Stato del mutuatario.

Il trattamento fiscale dei costi di finanziamento d'una filiale straniera dipende dal trattamento dei dividendi e delle plusvalenze relative alle partecipazioni in questa filiale. Questi costi sono sia integralmente deducibili, sia non deducibili, sia deducibili in una certa misura. Nell'Unione Europea la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto un impatto talvolta considerevole su queste norme.

Esistono anche delle norme destinate a contrastare la sottocapitalizzazione di certe società. Queste norme sono giustificate da diverse ragioni, in particolare dall'esigenza di trattare il capitale proprio e il capitale di debito in modo uguale, dalla necessità di tenere in considerazione la giurisprudenza comunitaria, dalla volontà di abbassare l'aliquota dell'imposta sulle società ampliandone la base imponibile o per la lotta contro l'erosione dell'attivo imponibile. Queste regole si basano generalmente su di una proporzione tra il capitale proprio e quello di debito. L'effetto di tali regole è quello di impedire la deducibilità degli interessi, piuttosto che imporne la riqualificazione in dividendi. La Germania, l'Australia e la Danimarca in particolare applicano questo tipo di regole.

Infine, è stata posta la questione del rischio della doppia deduzione degli interessi. Ciò può verificarsi nel caso in cui le somme mutate danno luogo ad una deduzione degli interessi sia in capo alla società madre che in capo alla filiale. Ci si può domandare se una tale doppia deduzione sia abusiva; inoltre, in questo caso, bisogna parimenti domandarsi quale Stato, tra quello della madre o quello della filiale, potrà lamentarsi d'aver subito l'abuso.

Oltre alle due tematiche principali, si sono anche svolti parecchi seminari su diversi argomenti.

Seminario A: L'impatto delle regole comunitarie di non-discriminazione sugli Stati terzi

Il Seminario A, presieduto dal Sig. Malcom Gammie (Regno Unito), aveva per oggetto l'impatto delle regole comunitarie in materia di non-discriminazione sui rapporti con gli Stati non membri dell'Unione Europea.

Quattro tematiche distinte sono state affrontate, e cioè le libertà del Trattato CE e i diritti degli Stati terzi, i rapporti tra gli approcci degli Stati dell'Unione e gli Stati terzi per ciò che riguarda la non discriminazione, le situazioni che coinvolgono degli Stati terzi e la clausola della nazione più favorita e infine le convenzioni stipulate tra l'UE e gli Stati terzi.

Con riguardo alla tematica delle libertà del Trattato CE e i diritti degli Stati terzi, il gruppo di esperti ha sottolineato che l'articolo 56 del Trattato CE garantendo la libera circolazione dei capitali si applicava anche agli scambi con gli Stati terzi. Questo principio è anche dotato di effetto diretto, come riconosciuto dalla Corte di giustizia. Tuttavia, esistono tre freni all'applicazione dell'articolo 56 CE alle relazioni con gli Stati terzi, cioè il fatto che le altre libertà di circolazione hanno priorità sulla libera circolazione dei capitali (decisione *Lasertec e Holböck*), le cause di giustificazione riconosciute dall'articolo 58, 3 CE e l'articolo 57 CE che riconosce legittime le restrizioni alla libera circolazione dei capitali esistenti al 31 dicembre 1993. La giurisprudenza della Corte di giustizia nel suo ambito ha contribuito ad aumentare l'incertezza del diritto.

In relazione alla tematica dei rapporti tra gli approcci degli Stati dell'UE e degli Stati terzi per ciò che riguarda la non-discriminazione, è stato rilevato che gli approcci dell'UE

e dell' OCDE divergono. Inoltre, risulta che l'amministrazione fiscale e le giurisdizioni americane siano poco inclini ad applicare l'art. 24 del modello OCDE sulla non-discriminazione, come, del resto, anche la Svizzera.

In relazione alle situazioni che coinvolgono degli Stati terzi e la clausola della nazione più favorita, si può ammettere che il diritto comunitario lascia intatta la possibilità di trattare meno favorevolmente un cittadino d'uno Stato non membro che un cittadino d'uno Stato membro (fatta salva l'applicazione di una norma di diritto internazionale). Tuttavia, la situazione inversa non è chiara. In Svizzera e negli Stati Uniti, ci sono dei principi interni che impediscono, rispettivamente, ai cantoni e agli Stati, di discriminare i residenti d'altri cantoni o Stati.

Anche l'argomento della limitazione dei benefici (*LOB*) nei trattati è stato affrontato: è stato sottolineato che gli Stati Uniti stanno rinegoziando tutti i loro trattati per includere queste clausole. Dal punto di vista del diritto comunitario, la recente giurisprudenza *ACT* deve essere considerata come meno soddisfacente di quella della sentenza *D*.

Infine, relativamente agli accordi stipulati dall'UE con gli Stati terzi, si è relazionato sull'accordo concluso con la Svizzera, nel quale si ritrovano dei diritti e delle libertà assimilabili a quelle contenute nel Trattato CE, sull'accordo dello Spazio Economico Europeo, molto simile al Trattato CE e agli accordi d'associazione e di partenariato conclusi con alcuni Paesi.

Nondimeno, in pratica, l'effettività di questi diritti e di queste libertà in tali Stati terzi sembrano in discussione.

Seminario B : La tassazione indiretta degli organismi pubblici

In questo seminario, presieduto dal Prof. australiano Rick Krever, i membri del *Panel* hanno discusso gli orientamenti dei loro Paesi d'origine a proposito della tassazione degli organismi pubblici.

Prima di affrontare questo argomento, i membri del *Panel* hanno definito l'espressione *organismi pubblici* come tutti gli organismi governativi, quelli facenti parte dei governi e quelli creati dai governi, come i governi centrali e subordinati (province, cantoni, Stati e comuni, i dipartimenti governativi e i ministeri (polizia ed esercito), gli enti di servizio pubblico appartenenti a questi governi (ospedali e scuole), le compagnie aeree appartenenti ugualmente a questi governi, ecc. Essi hanno aggiunto che certi organismi privati regolati dal diritto pubblico potevano anche perseguire obiettivi di servizio pubblico e, pertanto, essere sottoposti allo stesso regime in materia di IVA degli organismi pubblici (opere di carità, fondi pensione, ecc.).

In ciascun Paese nel quale si applica l'IVA, un soggetto è sottoposto ad imposizione quando lo stesso svolge una attività economica. Nondimeno, ci sono due metodi per stabilire se un organismo pubblico esercita o no una tale attività.

In effetti, da un lato, il metodo IVA tradizionale (principalmente utilizzato nell'ambito dell'Unione Europea) considera che gli organismi pubblici non possono essere sottoposti all'IVA perché non esercitano alcuna *attività commerciale da cui trarre un profitto* mentre, dall'altro, il metodo IVA moderno (ad esempio, seguito in Nuova Zelanda) considera che l'IVA dovrebbe applicarsi agli organismi pubblici per il solo fatto che gli stessi esercitano delle *attività che implicano transazioni non personali*, anche se gli stessi non perseguono il profitto in alcun senso. Nondimeno, secondo l'approccio tradizionale, gli enti pubblici potrebbero essere assoggettati all'imposta in casi determinati, sia

nel caso le loro attività siano menzionate su una lista specifica (Telecom, ecc.), sia nel caso in cui la non imposizione delle loro attività porterebbe ad una *distorsione significativa della concorrenza*.

I membri del *Panel* hanno successivamente affrontato la questione della qualificazione dei pagamenti fatti dal governo, come i sussidi alle imprese, per aiutarle ad assolvere alcuni compiti di servizi di pubblica utilità. Secondo la prospettiva dei beneficiari, questi pagamenti potrebbero essere considerati come delle sovvenzioni oppure come dei pagamenti per servizi resi. In riferimento alle sovvenzioni, l'Unione Europea le considera come tassabili nella misura in cui le stesse risultano direttamente legate ai prezzi di servizio e danno diritto ad una deduzione d'imposta. L'approccio moderno, in proposito, tende a considerarle comunque assoggettabili a tassazione sebbene poi ciascun Paese applica una politica sperimentale sua propria, quale quella del "vincolo diretto". Secondo il punto di vista dei governi, il problema era di sapere come gli organismi pubblici potrebbero recuperare a tassazione il loro contributo. La Commissione europea, per il momento, ha deciso di rivedere il suo sistema perché, secondo l'approccio tradizionale, la deduzione d'imposta al di fuori degli investimenti non è possibile, ciò che ha un impatto negativo sull'economia. Il sistema moderno dell'IVA, al contrario, permette una tale deduzione grazie ad una procedura di registrazione.

Infine, il Gruppo di esperti ha discusso la questione di sapere se i pagamenti fatti ai governi per le aree di parcheggio o i pedaggi stradali dovevano essere considerati come delle imposte o come dei pagamenti per forniture. Dapprincipio, i membri hanno analizzato il trattamento delle concessioni di diritti come le licenze di pesca o di sfruttamento di miniere o come le locazioni finanziarie della proprietà fissa dello Stato. Secondo l'approccio moderno tali fattispecie sono imponibili perché tutti gli organismi pubblici sono registrati. Secondo l'approccio europeo, le stesse non sono imponibili se non sono indicate come tali dalla legge o solo se l'organismo pubblico agisce come soggetto imponibile. Successivamente, i membri del *Panel* hanno comparato i differenti punti di vista dei Paesi per vedere se i pagamenti d'imposta potevano considerarsi o meno un corrispettivo di forniture imponibili.

Seminario C: La direttiva europea sulla fiscalità del risparmio (2003/48/EC)

Il tema dell'armonizzazione europea della fiscalità del risparmio è stato oggetto del Seminario C, presieduto dal Prof. Frans Vanistendael (Belgio). Con la liberalizzazione dei mercati europei, gli Stati membri hanno dovuto confrontarsi con una evasione fiscale crescente in particolare da parte di quei contribuenti che non dichiarano i loro redditi generati all'estero. Per interrompere tale pratica, l'Unione europea avrebbe potuto imporre sia uno stesso trattamento degli interessi pagati indifferentemente a dei residenti o ai non residenti, sia uno scambio totale d'informazione. Il sistema adottato è in definitiva una combinazione tra queste due soluzioni.

Per quanto riguarda i concetti e i meccanismi della direttiva, occorre sottolineare che la direttiva prevede uno scambio automatico d'informazioni tra le amministrazioni fiscali dello Stato della fonte e quello della residenza. Il soggetto pagatore (il cui criterio minimo d'identificazione è l'indirizzo permanente) è obbligato a trasmettere alle sue autorità fiscali nazionali delle informazioni relative l'identità ed il montante degli interessi (la cui definizione è ispirata dall'art. 11 della Convenzione OCDE senza tuttavia includere gli organismi di investimento collettivo) pagati al beneficiario persona fisica, residente di

un altro Stato membro. L'informazione è in seguito scambiata su base annuale dalle amministrazioni dei due Paesi interessati. In una fase transitoria, l'Austria, il Belgio ed il Lussemburgo sono dispensati dallo scambio d'informazioni ove applichino una ritenuta del 20% fino al 2011 e del 35%, successivamente.

Se le politiche seguite dall'Unione e dall'OCDE mirano entrambe a contenere l'erosione della base fiscale, mantenere l'integrità dei sistemi fiscali e promuovere una competizione leale, tuttavia c'è una rilevante differenza tra i due approcci. Non soltanto il modello OCDE copre un territorio molto più ampio, ma esso è anche applicabile alle società.

Inoltre, lo scambio d'informazioni non è automatico, bensì effettuato solamente su domanda (*ex post*). La tavola rotonda di esperti ha peraltro suggerito che la legislazione anti riciclaggio già esistente era largamente sufficiente per raggiungere lo stesso risultato, anche se certi partecipanti al seminario ritengono che lo scambio d'informazioni *ex ante* sia più efficace.

Infine, sono stati affrontati alcuni problemi pratici conseguenti l'applicazione concreta della direttiva. Per quanto riguarda i Paesi terzi, nella prospettiva di scongiurare ciò che accadeva a livello europeo prima dell'introduzione della direttiva, l'Unione ha deciso di concludere degli accordi con alcuni Paesi terzi e territori associati, quali le Isole anglo-normanne, i Carabi, Monaco, ma non Singapore, destinazione verso la quale si riscontra una evasione fiscale rilevante dopo l'entrata in vigore della direttiva europea.

I trusts pongono un numero considerevole di problemi, soprattutto allorquando essi sono discrezionali, perché, in tali casi, l'interesse non è versato direttamente al beneficiario effettivo. Pochi Paesi dispongono di regole nel loro ordinamento giuridico per recepire questo istituto.

Una delle soluzioni potrebbe essere di assoggettare il *trust* alla direttiva, salvo il caso in cui il *trustee* sia direttamente sottoposto all'imposta in tale qualità.

Un altro problema consiste nell'identificazione dell'agente pagatore. La legislazione europea prevede che l'agente pagatore debba fornire un certificato di residenza. Questa esigenza è stata rimessa in discussione, soprattutto in relazione alla normativa di riferimento in materia di riciclaggio di denaro che non richiede se non la presentazione alle autorità competenti che di documenti e di fornire delle informazioni ottenute da una fonte indipendente e sicura. E' stato anche suggerito che la legislazione anti-riciclaggio sarebbe sufficiente per raggiungere lo scopo perseguito dalla direttiva sulla fiscalità del risparmio.

Seminario D: Le pensioni transfrontaliere

Questo seminario, presieduto dal prof. Luc de Broe (Belgio), ha affrontato quattro grandi questioni relative ai problemi causati dalle immense differenze esistenti tra i Paesi in relazione alle disposizioni relative alle prestazioni pensionistiche.

La prima questione affrontata è stata quella dei contributi pensionistici transfrontalieri da parte di particolari lavoratori all'estero. Il problema è che un lavoratore, contribuendo nel suo Stato d'accoglienza, potrebbe non ricevere alcun vantaggio fiscale nel suo Stato d'origine perché non risulta alcun reddito imponibile. Malauguratamente, sembra che l'art. 18, §4 del Modello di Convenzione Fiscale dell'OCDE non offra che una soluzione parziale al problema per una serie di ragioni, tra le quali il fatto che solamente la contribuzione del lavoratore pagata ad un fondo pensione straniero può essere dedotta

nello Stato d'origine. Conseguentemente, l'OCDE ha predisposto un modello di clausola che prevede la deducibilità dei contributi transfrontalieri e spinge gli Stati firmatari ad inserirla nei loro trattati fiscali (§37 del Commentario all'art. 18). L'obiettivo di questa clausola opzionale è di assicurare un trattamento equivalente dei piani pensionistici in tutti i paesi stipulanti limitando l'aiuto fiscale accordato dalle loro disposizioni nazionali. Malgrado l'esistenza di questa soluzione, l'Unione europea ha preferito adottare una direttiva nel 2003, applicando le disposizioni sulle IRP (*Institutions de Retraite Professionnelle*) che creano anche un fondo paneuropeo per i contributi dei lavoratori multinazionali.

La seconda questione era quella della portabilità dei diritti pensionistici quando un prestatore d'opera cambia datore di lavoro. Infatti, se tali trasferimenti possono verificarsi in assenza totale d'imposizione ove restino circoscritti all'ambito nazionale, possono creare numerosi problemi nel caso si affronti la questione in ambito internazionale. L'OCDE propone una clausola opzionale nel suo §68 del Commentario all'art. 18, la quale, tuttavia, risulta avere un successo molto limitato. Quanto all'Unione europea, avendo stabilito il proprio obiettivo di mercato unico, può obbligare gli Stati membri ad autorizzare i trasferimenti in parola.

La terza problematica era quella di sapere come evitare la doppia imposizione internazionale o, al contrario, la doppia non-imposizione delle prestazioni pensionistiche. Infatti, problemi di tal natura possono verificarsi quando i Paesi non applicano gli stessi principi: *EET* (esenzione dei contributi, esenzione dei fondi pensione, tassazione delle prestazioni), *TEE* (tassazione dei contributi, esenzione dei fondi pensione, esenzione delle prestazioni), *ETT* (esenzione dei contributi, tassazione dei fondi pensione, tassazione delle prestazioni). Peraltro, il §15 dell'articolo 18 autorizza gli Stati membri ad includere nei loro trattati fiscali una disposizione che garantisca i diritti d'imposizione alla fonte.

Infine, la quarta problematica sottolineata nella discussione è stata quella della possibile distorsione dei flussi dei capitali a causa del trattamento differente riservato ai redditi degli investimenti dei fondi pensione nazionali e stranieri. L'OCDE si riporta al §69 del Commentario all'art. 18 che propone una clausola opzionale allo scopo di superare tali difficoltà, mentre l'Unione europea, dal canto suo, preferisce una procedura d'infrazione.

Seminario E: L'ifa et l'ocde – Le missioni di lavoro a breve termine

In questo tradizionale seminario di scambi di vedute tra alcuni membri dell'OCDE, da una parte, e dell'IFA dall'altra, due temi sono stati affrontati.

In un primo momento, il *Panel*, presieduto dal Sig. John F. Avery Jones (Regno Unito), ha descritto i recenti sviluppi dell'attività fiscale dell'OCDE, tra i quali la versione aggiornata al 2008 del Modello di Convenzione Fiscale e del suo Commentario (disponibile sul sito www.oecd.org), la redazione di trattati fiscali e il lavoro realizzato in materia di prezzi di trasferimento.

In un secondo momento, il *Panel* si è concentrato sul tema principale del seminario, e cioè le missioni a breve termine effettuate dai prestatori d'opera. Infatti, il nostro mondo si trova in piena globalizzazione e si confronta con una mobilità crescente dei lavoratori. I prestatori d'opera che lavorano per delle imprese internazionali possono vedersi assegnare delle mansioni da svolgere in un altro Paese per una durata limitata.

Il §2 dell'art. 15 del Modello di Convenzione Fiscale dell'OCDE individua una eccezione al principio della tassazione nello Stato dell'impiego per le missioni a breve ter-

mine. L'OCDE ha provato a chiarire questa eccezione attraverso due piani preliminari, che hanno dato luogo a discussioni animate nel 2004 e nel 2007. Il problema è che i Paesi non sono riusciti a trovare una posizione comune sulla qualificazione di "rapporto formale d'impiego", qualificazione che potrebbe comportare un certo diritto d'imposizione a favore dello Stato d'accoglienza (se il rapporto tra il lavoratore distaccato e il terzo, situato nello Stato d'accoglienza, alle dipendenze del quale questo lavoratore si trova, è qualificabile come contratto di lavoro). Pertanto, alla fine, questi cambiamenti non furono inclusi nel Modello di Convenzione Fiscale aggiornato nel 2008.

Allo scopo di comprendere come i differenti Paesi potrebbero interpretare il trattato fiscale e potrebbero reagire nelle situazioni di missioni a breve termine, il *Panel* ha dunque esaminato differenti casistiche relative a tale fattispecie. Per fare questo, il gruppo di lavoro si è basato sugli esempi inclusi nel piano preliminare. Tra questi, figurano tra gli altri i casi del contratto di formazione, quello del dipendente di impresa partecipante, quello del dipendente d'hôtel o anche quello del dipendente d'agenzia di lavoro interinale.

Il piano preliminare riconosce che, talvolta, la qualificazione non è configurabile e che, negli altri casi, essa lo è sia grazie ad una interpretazione di diritto interno, sia grazie ad una interpretazione autonoma del trattato. Perciò, esso accetta l'insieme delle posizioni dei differenti Paesi, ciò che potrebbe condurre a dei problemi quali la doppia tassazione o degli obblighi di conformità più stringenti.

In conclusione, sebbene la certezza del diritto sia necessaria al fine di conoscere in anticipo se lo Stato d'accoglienza potrebbe sottoporre a tassazione i redditi d'un lavoratore nel caso di missione a breve termine, il Modello di Convenzione Fiscale 2008 non ha considerato le modifiche proposte, soprattutto perché gli Stati non potevano accordarsi sui criteri relativi alla possibilità di qualificazione del rapporto di lavoro da parte dello Stato d'accoglienza.

Seminario F: Utilizzazione dei giudizi dei tribunali stranieri ai fini dell'interpretazione dei trattati

Il seminario F, sotto la direzione del Prof. Richard Vann (Australia), trattava dell'utilizzo dei giudizi delle corti e dei tribunali stranieri da parte delle giurisdizioni nazionali ai fini dell'interpretazione dei trattati in materia fiscale. In termini generali, in particolare in Germania e nei Paesi-Bassi, si assiste ad un aumento del numero di decisioni sui trattati fiscali internazionali. Sempre più frequentemente viene proposto appello avverso le decisioni delle giurisdizioni straniere in materia fiscale quando si tratta d'interpretare un trattato. Questa tendenza è tanto più marcata nei Paesi di *Common law*, particolarmente in India, ma molto meno in Canada e nei Paesi dell'Europa continentale. Questo fenomeno crescente è probabilmente dovuto ai progressi in materia di comunicazione. Tale circostanza non si verifica senza porre un certo numero di problemi di cui i partecipanti hanno tentato di dare un saggio.

I componenti il gruppo di esperti sembrano unanimi, con la sola eccezione del rappresentante dell'India, nel dire che i trattati fiscali hanno una natura differente da quella degli altri trattati. Tra gli argomenti invocati a supporto di questa tesi il più frequente è la necessità, nel diritto fiscale più che altrove, d'ottenere una interpretazione coerente per permettere una certa reciprocità dell'imposta evitando contemporaneamente le doppie imposizioni. Peraltro, oltre i due Stati contraenti, i terzi, cioè i contribuenti, sono ugualmente coinvolti dalla conclusione d'una convenzione.

Tuttavia, il ricorso alle decisioni straniere e la loro utilizzazione sono ugualmente condizionate dall'accesso alle decisioni stesse. Ci sono, al momento, almeno due servizi internazionali di trascrizione integrale e di compilazione delle decisioni, presenti in tutti i Paesi, relativi ai trattati fiscali: il data base dell'IBFD e i rapporti TNS. La barriera linguistica giocherebbe ugualmente un ruolo importante.

La tendenza generale è quella per cui risulta più facile invocare le decisioni straniere davanti una giurisdizione di *Common law*. Davanti una giurisdizione che applica il "diritto civile" (continentale) queste decisioni dovranno generalmente essere corroborate da autori di dottrina, anche se certi membri del gruppo di esperti dubitano dell'utilità del sostegno dottrinario. Nondimeno, non soltanto la convenzione di Vienna non menziona i giudizi stranieri come aiuto all'interpretazione dei trattati, ma inoltre, non è stato veramente possibile tra gli intervenuti di sviluppare una gerarchia comune delle fonti utilizzate per la comparazione (Commentario dell'OECD e delle Nazioni Unite, dottrina e giurisprudenza) poiché ciascun Paese ha la sua propria organizzazione. Tuttavia, il buon senso impone che certe decisioni possano essere utilizzate solo al ricorrere di una serie di fattori, come la circostanza che la decisione provenga da una giurisdizione fiscale superiore e costituisca un precedente autorevole nel proprio Paese. Nondimeno, si è avuta l'occasione di constatare che l'OCDE ha modificato il suo Commentario in modo da dimostrare il proprio disaccordo con l'interpretazione che ne è stata data dalle corti nazionali. Ciò vale anche per l'aggiornamento del modello di Convenzione. In compenso, l'articolo 25 incoraggia la pubblicazione delle sentenze arbitrali, anche quando le stesse non hanno forza vincolante!

Seminario G : Gestione dei rischi fiscali

Questo *Panel*, presieduto dal Sig. Hervé Le Hérisse (Francia), ha descritto la nuova pratica della gestione dei rischi fiscali (*Tax Risk Management*, in inglese: *TRM*) come una tecnica destinata a minimizzare i costi fiscali totali (ivi compresi i c.d. *compliance costs*) e a massimizzare il rispetto delle regole prescritte dalle autorità così come i redditi d'imposta per queste ultime. La gestione dei rischi fiscali comprende la valutazione dei rischi così come una classificazione dei compiti per ordine di priorità, la messa in opera di azioni di diminuzione del rischio e dei controlli ma anche l'implementazione di piani (*risk mapping*) e di strategie dei rischi d'imposta.

Questi sono i tre fattori principali che hanno dato luogo a tale nuovo procedimento. Dapprima, lo sviluppo di nuove tecniche della gestione operativa dei rischi. In secondo luogo, le esigenze di trasparenza delle autorità di regolazione e dei legislatori che comprendono l'obbligo per gli amministratori di società di produrre un certo numero di documenti, di regolamenti e di politiche sul loro modo di gestire il rischio nelle loro imprese e in particolare il rischio connesso alle imposte. Infine, il terzo impulso è venuto dal nuovo sentimento generale, in particolare in seno alle amministrazioni fiscali, in disfavore di pianificazioni finanziarie aggressive.

Ancora, il *Panel* ha affrontato la questione di sapere se la Gestione dei rischi fiscali potrebbe creare un reale plus-valore per le imprese o se non si riassumerebbe che in nuovi costi per le stesse con lo scopo di metterle in conformità con le esigenze così formulate. Al fine di rispondere a tale domanda, i membri del *Panel* hanno analizzato i due tipi di rischi esistenti: rischi legati alle obbligazioni di messa in conformità e rischi fiscali operativi. Tra le obbligazioni di messa in conformità, devono essere presi in considerazione tre elementi: le tappe (numero di pagamenti), i tempi (numero di ore necessarie per ri-

spondere alle obbligazioni) e il costo (tasso d'imposizione fiscale totale). Tra i rischi operativi d'imposta, alcuni sono dovuti a degli avvenimenti interni e la società interessata può dunque gestirli direttamente, ma altri sono dovuti a degli avvenimenti esterni, ciò che rende ogni reazione della società molto difficile. In quanto avvenimenti interni, si penserà per esempio al reclutamento e alla formazione degli impiegati o alla messa in opera di una struttura di rapporto interna effettiva; e in quanto avvenimenti esterni, si noterà l'atteggiamento mutevole delle autorità in merito alle regole di interpretazione.

Un'altra questione è sapere se le autorità di regolamentazione e i legislatori hanno imposto delle esigenze troppo rigide. In effetti, quelle hanno avuto come conseguenza che le amministrazioni fiscali abbiano esteso la loro attività e condividono oramai le proprie informazioni molto più facilmente che nel passato. Inoltre, queste stesse esigenze impongono alla società di rivelare il proprio *risk mapping* in modo più proattivo di quanto non fosse abituata a fare fino ad allora, sia attraverso dei rapporti, sia direttamente per mezzo delle proprie regole di pubblicazione delle informazioni. Infine, le società devono ora utilizzare un approccio più quantitativo e basato sul rischio al momento dei loro controlli. Il *Panel* ha, per concludere questo argomento, esaminato le situazioni in più Paesi al fine di comparare le divergenze tra i loro comportamenti.

Infine, il *Panel* ha discusso del modo di gestire correttamente il rischio operando chiaramente la differenza tra il rischio buono (inevitabile nella gestione corrente degli affari) e il rischio cattivo (che dovrebbe essere evitato da un'impresa "ben governata"). I membri del *Panel* hanno così fatto la distinzione tra il rischio tecnico che è quello dal punto di vista degli organi di gestione e il rischio di reputazione che è quello dal punto di vista dei cittadini.

In conclusione, il *Panel* ha riconosciuto l'evidente plus-valore che può essere apportato ad una società dalla gestione dei rischi d'imposta: economie di costi attraverso delle pratiche di lavoro più efficaci, consolidamento della tariffazione dei prodotti in cui i costi d'imposta sono fatturati nella tariffazione e più opportunità di economie di imposta grazie al miglioramento dell'interazione del dipartimento fiscale e del dipartimento commerciale. Ma, nondimeno, lo stesso ha sottolineato un evidente bisogno di riforma teso a ridurre i costi di messa in conformità e che ciò potrebbe essere realizzato attraverso una riduzione dei tassi d'imposizione fiscale.

Seminario H: Sviluppi recenti nella tassazione internazionale

Questo seminario, organizzato dal Sig. Nick Pantaleo (Canada), si è sviluppato in tre parti distinte: le convenzioni preventive della doppia imposizione in materia di redditi rispetto alle entità ibride, l'analisi di una transazione internazionale (l'acquisizione di *Reuters* da parte di *Thomson*) e la giurisprudenza recente in materia.

Riguardo l'applicazione delle convenzioni preventive della doppia imposizione agli enti ibridi, il *Panel* ha dapprima definito questa ultima nozione. Gli enti ibridi, la cui utilizzazione si è intensificata in seguito alla legislazione americana "*check the box*", designano sia enti che, da un punto di vista strettamente fiscale, sono trattati differentemente dagli Stati che sono implicati nell'operazione di ottimizzazione fiscale (cioè lo Stato della fonte, lo Stato dove l'ente ha la sua organizzazione, e/o lo Stato di residenza dei partecipanti a tale struttura), sia degli enti unipersonali fiscalmente inesistenti (cioè trasparenti, il cui il reddito è tassato in capo degli azionisti). Essi pongono numerosi problemi fiscali soprattutto in relazione alle lacune dei trattati fiscali a tal proposito, quali la determinazione del contribuente, e di conseguenza, della persona tenuta a riempire il formulario ameri-

cano per la ritenuta alla fonte e la possibilità di creare un “*double dip*” (doppio vantaggio risultante da un cattivo coordinamento delle legislazioni nazionali).

Quattro esempi sono stati oggetto di una spiegazione particolare, con, per ciascun caso, le specifiche del trattamento che sarebbe loro applicato rispettivamente in Italia, Paesi Bassi e Stati Uniti. Questi esempi erano i pagamenti effettuati a una ente fiscale trasparente nello Stato d’origine ma detenuto da residenti stranieri, i pagamenti effettuati a un ente fiscale trasparente nello Stato d’origine ma detenuto da residenti nazionali, i pagamenti effettuati a un ente localizzato in un paese terzo dove esso è trasparente, ma che non è considerato come trasparente nello Stato d’origine e infine i pagamenti effettuati dall’ente situato nello Stato d’origine non fiscalmente trasparente in tale Paese bensì nello Stato in cui sono residenti i proprietari della struttura. Il *Panel* ha concluso che le risposte a queste situazioni dipendono in gran parte dall’applicazione delle disposizioni delle convenzioni che riguardano la residenza, la trasparenza fiscale, le limitazioni di benefici e il concetto di “*beneficial ownership*”.

Un altro punto affrontato dal *Panel* ha riguardato, tra le transazioni internazionali recenti, il caso dell’acquisizione di *Reuters* da parte di *Thomson*. L’acquisizione di *Reuter* da parte di *Thomson* questo 17 aprile 2008 si è realizzata attraverso la creazione di società siamesi. Questo tipo di struttura ha per scopo di assicurare una fusione effettiva delle due entità, registrate rispettivamente in Canada e nel Regno Unito *in casu*, permettendo loro di conservare la propria organizzazione interna e il proprio azionariato. I diritti di voto nell’altra società si esercitano per mezzo di un *trustee* nominato appositamente a tale scopo, ma senza trasferimento di partecipazioni. La questione fiscale che si pone è di conoscere il luogo di residenza della società per sapere dove i dividendi saranno tassati. In mancanza di una regola dirimente tra i due Stati in concorrenza, è alle legislazioni nazionali che occorre fare riferimento. Secondo il diritto canadese, l’ex-*Reuter* e l’ex-*Thomson* restano rispettivamente residenti del Canada e dell’Inghilterra. Tuttavia, posto che il consiglio d’amministrazione dell’ex-*Reuter* si riunirebbe almeno una volta all’anno in Inghilterra, si applicherebbero le regole *CFC* (*Controlled Foreign Companies*). Occorre pertanto rimediare a questo problema di controllo o fare in modo che la società canadese sia gestita senza mai organizzare delle riunioni nel Regno Unito, dal momento che i suoi amministratori sono gli stessi di quelli della società inglese. .

Infine, il seminario si è chiuso con una rivisitazione della giurisprudenza recente. Il caso *Smallwood Trustees v. Revenue and Customs Commissioners* riguarda l’interpretazione da dare alla nozione di residenza di un *trust* nel trattato tra Regno Unito e Isola Maurizio. La Corte ha ritenuto che il commentario del Modello di Convenzione non aggiungerebbe nulla all’interpretazione di questo trattato e che, quindi, è al significato corrente della parola che bisogna fare riferimento: il luogo di gestione effettiva e reale. In un caso risolto da un tribunale fiscale tedesco sull’attribuzione di prestiti ad una partnership tedesca da parte dei suoi accomandanti residenti americani, il Tribunale ha deciso che gli interessi percepiti dagli accomandanti americani erano tassabili solo negli Stati Uniti in virtù dell’art. 11 del trattato concluso tra questi due Stati. Nel caso *Lidl Belgium GmbH & Co. KG*, la Corte Europea di Giustizia ha fortemente limitato la possibilità di riportare le perdite di una stabile organizzazione, benché tale decisione, favorevole alla sovranità degli Stati, comporta per il contribuente un problema in termini di *cash-flow*. Infine, la decisione *SET satellite (Singapore) Pte Ltd*, riguardante la tassazione dell’attribuzione dei profitti generati a Singapore ad una stabile organizzazione indiana, ha applicato il principio della decisione *Morgan Stanley* al fine di determinare il potere di tassazione in capo all’India, che, nel caso specifico, è stato confermato.

Seminario I: ifa /Unione europea – Base d'imposta consolidata

Nel quadro del seminario congiunto IFA /Unione Europea, diretto dal Prof. Wolfgang Schön (Germania), il tema trattato è stato l'armonizzazione della base imponibile dell'imposta sulle società. Nel 2001, gli Stati membri dell'Unione Europea hanno compreso che il fatto di armonizzare l'imposta sulle società in certi settori potrebbe rivelarsi benefico. Essi hanno discusso dapprima di una serie di cocetti quali l'imposizione da parte dello Stato d'origine, l'imposta uniforme sulle società nell'Unione Europea, ecc., per decidere alla fine di creare insieme una base comune consolidata di imposta sulle società (*Common Consolidated Corporate Tax Base* : CCCTB). Tutte le società degli Stati Membri dovrebbero basarsi su questa CCCTB al fine di stabilire delle regole comuni che ridurrebbero gli ostacoli alle loro operazioni in seno all'Unione Europea. Questo sistema assicurerebbe la presa in considerazione automatica di un profitto transfrontaliero e una compensazione delle perdite.

Al fine di creare una tale CCCTB, un gruppo di lavoro composto da membri delle amministrazioni fiscali nazionali degli Stati Membri fu creato e sviluppò qualche aspetto della CCCTB quale la misura del profitto, le formule di ripartizione, le relazioni con i paesi terzi e le esigenze amministrative. Al fine di andare più lontano in questo lavoro, una proposta di direttiva dovrebbe essere adottata alla fine del 2008, ma, per quanto concerne il fondamento giuridico, svariate possibilità risultano oggetto di discussione. Non-dimeno, per alcuni membri del *Panel*, la CCCTB dovrebbe solamente restare un sistema opzionale perchè una base comune obbligatoria sarebbe troppo rigida.

I 27 Stati membri devono tuttavia trovare un accordo sulla forma e sul contenuto di una siffatta base di imposizione comune. Sembrerebbe che la Commissione preferisca un nuovo insieme di regole piuttosto che l'utilizzazione di norme contabili internazionali o un riferimento al diritto nazionale della società madre. I ventisette Stati membri hanno già trovato un accordo sul fatto che tutte le società di uno stesso gruppo dovrebbero partecipare, che il 100% della base d'imposizione dovrebbe essere incluso e che le transazioni, i dividendi e i plus-valori intra-gruppo non dovrebbero essere presi in considerazione. Secondo la Commissione, neppure gli attivi immateriali dovrebbero essere presi in considerazione. Il vantaggio sarebbe di evitare la doppia imposizione e i problemi di prezzo di trasferimento grazie a una formula di ripartizione basata su tre elementi: la forza lavoro, il capitale e le vendite.

I membri del *Panel* hanno, in seguito, discusso di parecchi altri argomenti quali il bisogno di una politica comune dei trattati e di disposizioni anti-abuso nel campo degli investimenti *inbound* e *outbound* o il bisogno di una politica comune verso i Paesi terzi. E', infine, stato sottolineato che, se la CCCTB fosse adottata nei termini previsti, gli Stati membri dell'Unione Europea dovrebbero mettere in piedi una procedura comune di risoluzione dei conflitti, che permetterebbe di controllare il calcolo della base imponibile e della ripartizione, e dovrebbero creare un organo comune o designare la giurisdizione nazionale del principale contribuente per assolvere tale compito.

Seminario J: Dal confronto alla cooperazione; il contribuente e l'amministrazione fiscale

Le relazioni tra il contribuente e l'amministrazione fiscale erano il tema del seminario J, sotto la presidenza del Sig. Jérôme B. Libin (USA), ex- presidente dell'IFA. In effetti,

il rapporto di Cape Town commissionato dall' OCDE ha permesso di confermare che le cattive pratiche in materia fiscale erano determinate dalle domande di ottimizzazione fiscale dei clienti dei consiglieri fiscali, vale a dire principalmente, le grandi multinazionali. È il motivo per il quale il forum OCDE sull'amministrazione fiscale ha elaborato il concetto di "relazione migliorata" (*enhanced relationship*).

Questa relazione migliorata deve coinvolgere l'amministrazione fiscale, i consiglieri fiscali e i loro clienti, i contribuenti. Lo scopo è di favorire la collaborazione al confronto sulla base di una mutua fiducia piuttosto che sull'obbligo di conformarsi alla legge. È ciò che sembrano già fare le autorità fiscali dei Paesi Bassi. Così stando le cose, è stato ricordato che la pianificazione fiscale non comporta nulla di illegale in sé nel momento in cui il consigliere resta onesto, trasparente e si attiene agli standard etici in materia, con particolare riguardo alla divulgazione dei documenti. D'altronde, questi obblighi non dovrebbero essere confinati alla pianificazione fiscale. Rimane il fatto che non vi è consenso su ciò che costituisca una pratica inaccettabile e aggressiva.

Il seminario si è in seguito apprestato a considerare lo stato di attuazione di questo concetto nei differenti Paesi. Fra gli Stati dell'America Latina, è importante notare l'iniziativa del Cile. Si tratta di un programma pilota teso a ricompensare i "buoni" debitori sottoponendoli ad un minor controllo. In Giappone, non si apprezza nessun avanzamento particolare in questo ambito. La relazione fra le autorità fiscali e i contribuenti è principalmente informale. I Paesi Bassi mettono l'accento su una relazione orizzontale piuttosto che verticale per mezzo di una collaborazione importante fra le autorità e le grandi società. L'esempio svizzero è stato oggetto di una discussione particolare. Dopo una breve descrizione del sistema, l'interveniente ha sottolineato il fatto che esista un reale desiderio di raggiungere questa collaborazione reciproca sulla base dell'impegno volontario dei contribuenti. A titolo d'esempio, la Svizzera si è dotata di un codice di condotta dei contribuenti e consiglieri fiscali.

Parecchi dispositivi sono ipotizzabili per mettere in piedi il concetto di relazione migliorata:

- un programma di revisione prima della classificazione: questo programma è destinato a fornire delle risposte appropriate alle questioni riguardanti il *reporting* di certe transazioni;
- una verifica rapida: questo programma è concepito in modo da fornire una informazione puntuale ai contribuenti (per le transazioni che oltrepassano un certo importo), in funzione di quanto questi si diano la pena di fornire l'integralità dei documenti necessari alla verifica;
- domanda di analisi fiscale dei documenti di lavoro: l'amministrazione fiscale potrebbe richiedere i documenti preparatori per una dichiarazione, per un controllo, o semplicemente utilizzati per un uso interno della società;
- il rifiuto da parte dei consiglieri fiscali di porre in essere una pianificazione fiscale aggressiva che presenti dei rischi evidenti;

In conclusione, se l'introduzione del concetto di relazione migliorata può apparire un'utopia, in ogni caso a breve termine, i partecipanti al *Panel* si sono messi d'accordo per dire che sforzi importanti debbono essere compiuti in materia di imparzialità, di proporzionalità, di trasparenza e di responsabilità. Le autorità fiscali dovrebbero inoltre fare mostra di una maggiore comprensione dei rischi commerciali ("*commercial awareness*").

L'Assemblea generale ha confermato l'elezione del Sig. Manuel Tron (Messico) quale nuovo presidente dell'IFA.



Prossimo Congresso

Il prossimo congresso dell'Associazione avrà luogo a Vancouver dal 30 agosto al 4 settembre 2009. I due argomenti principali trattati saranno, da una parte, l'esistenza di un'organizzazione stabile e, dall'altra le questioni legate alle operazioni di cambio nella fiscalità internazionale.



Institut Latino-Américain de droit fiscal (ILADT) – Congrès d'Octobre 2008

Jacques Malherbe, Agostino Ennio La Scala

Les 24èmes journées de l'Institut latino-américain de droit fiscal ont eu lieu à Isla Margarita (Venezuela) du 20 au 24 octobre 2008, sous la présidence de Jesus Sol Gil, Président de l'Institut, et d'Elvira Dupouy Mendoza, Présidente de l'Association vénézuélienne de droit fiscal.

L'institut fêtait ses cinquante ans.

Le premier congrès s'était tenu à Mexico en 1958, sous la présidence de Ramon Valdes Costa (Uruguay), l'un des pionniers du droit fiscal en Amérique latine.

Comme le rappelait à l'ouverture du congrès José Oswaldo Casas, représentant argentin, l'institut a contribué à ce que la relation de l'Etat et du contribuable soit considérée comme une relation de droit et non de pouvoir. En 1967, il a produit un modèle de code de droit fiscal pour l'Amérique latine comprenant 196 articles et basé sur 3 principes : légalité, égalité et protection juridictionnelle. Une déclaration en ce sens fut adoptée au Congrès de Punta del Este en 1970.

Le 30^{ème} anniversaire de l'association fut célébré en 1986 à Montevideo et, à cette occasion, se tint un séminaire sur le principe de légalité.

L'Italie, l'Espagne et le Portugal se sont ajoutés au nombre des pays membres et ont ainsi permis l'établissement de ponts entre Amérique latine et Europe.

Le discours de circonstance fut prononcé par le Professeur Juan Cristobal Carmona Borjas (Venezuela) sur le thème : « Evolution ou révolution fiscale : défi du 21^{ème} siècle ». Il insista sur la responsabilité sociale des entreprises, se plaçant dans la suite du discours de Kofi Annan, ancien secrétaire général des Nations-Unies. Si, pour Milton Friedman et l'Ecole de Chicago, le seul devoir de l'entreprise était de générer des profits en faveur de ses propriétaires, l'évolution récente a montré l'intérêt commercial que peut avoir une entreprise à être socialement responsable. Conformément à l'article 135 de la Constitution vénézuélienne, la législation de ce pays prévoit une contribution de l'entreprise au financement de projets d'intérêt public.

I. Le premier thème du congrès était la prévention de l'évasion fiscale (*elusión fiscal* s'opposant en espagnol à *evasión fiscal* qui est la fraude fiscale). Le rapporteur général était le professeur Cesar Garcia Novoa de l'Université de Santiago de Compostela. Pour lui, il s'agit d'abord de définir l'évasion fiscale, ensuite de distinguer l'évasion interne et l'évasion internationale et enfin de proposer des mesures adaptées à cette problématique.

Quant à la définition, elle est essentiellement négative : l'évasion se définit par rapport à l'économie d'option et à la fraude. Elle se définit également par son résultat qui est l'économie d'impôt.

L'évasion se distingue de la fraude par le fait que la conduite qui est à sa base n'est pas illicite. Elle évite la réalisation du fait imposable et ne s'identifie donc pas à la violation d'une norme. Il s'agit plutôt de la violation de l'esprit de la loi.

L'évasion fiscale se caractérise par son anti-juridicité et par la présence d'une tromperie.

Si l'on aborde la définition de l'évasion fiscale par son résultat, il est évident qu'elle implique une absence de paiement de l'impôt. La question sera de savoir dans quelle condition cette absence de paiement prend le caractère d'une évasion et se différencie donc de l'économie d'option (ou choix de la voie la moins imposée).

L'évasion commence là où se termine l'économie d'option, y compris l'économie d'option implicite dans laquelle l'ordre juridique offre la possibilité de choix entre deux formes différentes que peut revêtir une opération.

Pour s'opposer à la réglementation de l'évasion fiscale, on a invoqué le droit à la planification fiscale, la liberté économique et l'autonomie de la volonté ainsi que l'impossibilité de faire un procès d'intention c'est-à-dire de vérifier l'existence de motifs purement fiscaux chez le contribuable.

En faveur de la réglementation, on a avancé la possibilité de vérifier dans l'ordre fiscal quand un comportement est inacceptable. Il se caractérise en premier lieu par les anomalies de l'opération réalisée ou, si l'on importe en droit fiscal un concept de droit civil, par son absence de cause.

L'évasion se rapproche, sans s'y identifier, de la simulation, qui peut être absolue quand il y a absence totale d'opération ou relative quand une opération est déguisée sous les apparences d'une autre.

Les concepts utilisés sont soit l'abus de droit, l'abus de la norme par les formes ou la fraude à la loi en tant que catégorie générale du droit.

Dans l'ordre juridique anglo-saxon, on insiste davantage sur l'absence de relevance économique de l'opération et l'absence de but d'affaire, concepts qui ne sont pas éloignés de l'absence de cause.

Il faut distinguer l'évasion internationale de l'évasion nationale. Il est plus facile d'en donner une définition interne qu'une définition qui s'applique quand la norme qui est objet d'abus est une norme de droit international comme dans l'abus de convention.

On peut se demander si les mesures anti-*treaty shopping* constituent des normes anti-abus. Il en est de même du recours à la notion de bénéficiaire effectif ou de l'utilisation de paradis fiscaux.

La décision de la Cour de Justice européenne en cause Cadbury Schweppes a limité cette possibilité aux hypothèses d'artificialité.

Enfin, quelles sont les mesures envisagées pour combattre l'évasion fiscale ? Certains ont avancé que ces mesures compromettaient la sécurité juridique ou s'écartaient de la juste mesure de la capacité contributive.

Certaines administrations font application de leur pouvoir de qualification ou d'interprétation ou encore appliquent la théorie de la substitution de la substance à la forme. L'Argentine, par exemple, applique la loi selon les effets économiques et non juridiques de la transaction.

L'application des normes internationales de comptabilité peut conduire au même résultat. On se rapproche alors de l'interprétation de la loi fiscale par analogie, souvent critiquée.

La discussion porte également sur l'adoption de clauses générales anti-abus ou uniquement de clauses spéciales s'appliquant à des situations déterminées. Il s'agira alors souvent de présomptions ou de fictions.

Les rapporteurs péruviens ont signalé que la norme 8 du titre préliminaire du Code fiscal péruvien, adopté en 1996, prévoyait une interprétation économique des opérations soumises à la loi fiscale. Cette interprétation a été éliminée comme affectant les principes de légalité et de liberté contractuelle qui sont constitutionnels ainsi que la sécurité juridique. Il ne reste, comme en Belgique, que la possibilité de qualifier le fait imposable, ce qui ne permet pas de faire abstraction de la forme juridique et de recourir à une interprétation analogique.

II. Le second thème des Journées concernait, sur le rapport général du professeur Pasquale Pistone (Université de Sciences Economiques de Vienne), l'application des principes fiscaux aux nouvelles formes d'imposition du revenu.

Le rapporteur rappelle que les impôts sur le revenu, nés de la nécessité de financer des guerres et en particulier les guerres contre Napoléon, ont été conçus comme des impôts extraordinaires sans fonction de redistribution. Ils ont été modifiés une première fois pour assurer cette fonction. Il convient maintenant de les modifier pour tenir compte de la globalisation et des relations entre les économies nationales. La conception de l'impôt ne peut se limiter au cadre national d'un Etat.

De nombreuses propositions de réformes ont été formulées. En 1966, la Commission Carter proposait l'intégration de l'impôt sur les sociétés et de l'impôt sur les revenus. En 1979, le professeur Meade proposait un impôt sur le *cash flow*. Les administrations Thatcher et Reagan, comme le rapport Ruding, ont encouragé des réductions de taux d'impôt au point qu'en Europe, certains taux atteignent 15 % contre 40 % précédemment en ce qui concerne l'impôt des sociétés. La Bulgarie avec 10 % et l'Irlande avec 12, 5 % sont à remarquer.

L'imposition duale, née dans les pays nordiques, a été introduite dans plusieurs pays. Elle consiste à grever de façon progressive les facteurs non mobiles comme le travail et les immeubles et de façon proportionnelle, à un taux moindre, les facteurs mobiles. Une justification intellectuelle consiste dans la nécessité de financer, par l'impôt sur les revenus du travail, les pensions futures.

Le concept de revenu a évolué, du revenu « produit » au revenu « rentré ». De nouveaux impôts sont nés, tous justifiés par une idée de simplification. La *Tobin Tax*, impôt sur les transactions financières, a été adoptée en Bolivie, en Colombie, au Pérou et au Vénézuéla. La flat tax a été adoptée notamment en Estonie et en Lituanie. L'impôt dual a été introduit en Espagne, aux Pays-Bas, au Pérou et en Uruguay. L'impôt sur les revenus excédentaires (*windfall profits tax*) a été introduit en Bolivie.

La *flat tax* revêt un élément de progressivité dans la mesure où le minimum vital est exonéré.

D'autres pays ont donné une dimension nouvelle aux impôts anciens en retournant à un dispositif cédulaire pour certains impôts.

Enfin, il existe d'autres impôts que les impôts sur le revenu. Des impôts sur les activités économiques sont perçus en Allemagne, en Espagne, en France et dans de nombreux pays latino-américains. Il en est de même d'impôts environnementaux.

Quant à la double imposition internationale, un progrès manifeste résulte des travaux de l'OCDE selon lesquels un conflit de qualification doit se résoudre en faveur de l'application des règles du pays de la source.

Chacun des rapports généraux est complété par des rapports nationaux qui forment, en deux épais volumes contenant les travaux du Congrès, une source actualisée de droit comparé sur les deux thèmes traités¹.

III. Les deux dernières journées du Congrès furent consacrées respectivement à un séminaire international au cours duquel fut abordée la préparation d'un traité modèle latino-américain et au traitement des taxes para-fiscales.

Le prochain congrès de l'Institut aura lieu en 2010 à Cartagena de India (Colombie).

¹ Memorias de las XXIV jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Isla de Margarita, Venezuela, Octubre 2008, Tema I : La elusión fiscal y los medios para evitarla, 971 p. ; Tema II : Los principios tributarios ante las nuevas formas de imposición a la renta, 1390 p., Asociación venezolana de Derecho Tributario, Caracas 2008.

Instituto latino-americano di diritto tributario (ILADT) – Conferenza dell'ottobre 2008

Jacques Malherbe, Agostino Ennio La Scala

Le ventiquattresime giornate organizzate dall'Istituto Latino – Americano di Diritto Tributario hanno avuto luogo presso l'isola Margherita (Venezuela) dal 20 al 24 ottobre 2008, presiedute da Jesus Sol Gil, Presidente dell'Istituto, e di Elvira Dupouy Mendoza, Presidente dell'Associazione venezuelana di diritto tributario.

L'istituto festeggiava i suoi cinquant'anni.

La prima conferenza si era svolta in Messico nel 1958, sotto la presidenza di Ramon Valdes Costa (Uruguay), uno dei pionieri del diritto tributario in America latina.

Come ricordava all'apertura della conferenza José Oswaldo Casas, rappresentante argentino, l'istituto ha contribuito a chiarire che il rapporto che si instaura tra lo Stato e il contribuente sia considerato alla stregua di una relazione di diritto e non di potere. Nel 1967, l'istituto ha realizzato un modello di codice di diritto tributario per l'America latina comprensivo di 196 articoli e fondato su tre principi: legalità, eguaglianza e tutela giurisdizionale. Una dichiarazione in tal senso è stata adottata durante il Congresso di Punta del Este nel 1970.

Il trentesimo anniversario dell'associazione è stato celebrato nel 1986 a Montevideo e, in tale occasione, si è tenuto un seminario sul principio di legalità.

L'Italia, la Spagna e il Portogallo si sono aggiunti al novero dei paesi membri e hanno permesso in tal modo la creazione di un ponte tra America latina e Europa.

Il discorso inaugurale è pronunciato dal professor Juan Cristobal Carmona Borjas (Venezuela) sul tema: "Evoluzione o rivoluzione fiscale: sfida del ventunesimo secolo". Questi ha insistito sulla responsabilità sociale delle imprese, evocando il pensiero di Kofi Annan, vecchio segretario generale delle Nazioni Unite. Se, secondo l'opinione di Milton Friedman e della Scuola di Chicago, l'unico dovere dell'impresa era quello di generare profitti a favore dei suoi proprietari, la recente evoluzione ha mostrato l'interesse commerciale che può avere un'impresa ad adottare comportamenti socialmente responsabili. In conformità con l'art. 135 della Costituzione venezuelana, la legislazione del Paese prevede che l'impresa contribuisca al finanziamento dei progetti di interesse pubblico.

I. Il primo tema della conferenza ha riguardato la prevenzione dell'elusione fiscale (il termine *elusión fiscal* in spagnolo si oppone a quello di *evasión fiscal* che è la frode fiscale).

Il relatore generale è stato il professor Cesar Garcia Novoa dell'Università di Santiago de Compostela. Secondo la sua opinione, occorre definire *in primis*, il concetto di evasione fiscale, in seguito distinguere l'evasione interna e quella internazionale e finalmente proporre misure adeguate a fronteggiare le problematiche rilevate. Per quanto riguarda la definizione, questa è sostanzialmente negativa: l'evasione è definita in relazione

alla facoltà di scelta economica e alla frode. Essa può essere anche definita sulla base del risultato conseguito in termini di risparmio d'imposta.

L'elusione si distingue dalla frode in quanto la condotta del contribuente non è illecita. Adottando un comportamento elusivo il soggetto evita la realizzazione del presupposto d'imposta, senza violare direttamente la norma giuridica. Si tratta, piuttosto, della violazione dello spirito della legge.

Il concetto di elusione fiscale è caratterizzato dalla sua anti-giuridicità e dalla presenza di un inganno.

Se si studia la definizione di elusione dalla prospettiva del risultato conseguito, è evidente che essa implica la mancanza del pagamento dell'imposta. La questione riguarda la distinzione tra una condotta elusiva *contra legem* e un legittimo esercizio di volontà negoziale assunta dal contribuente che sceglie la soluzione meno onerosa dal punto di vista tributario.

L'elusione comincia laddove termina la sfera di facoltà e di opzioni che l'ordinamento giuridico attribuisce al contribuente, comprese quelle sulla scelta delle forme che può rivestire una determinata operazione.

Per contestare la legittimità delle misure adottate avverso il fenomeno dell'elusione, è stato invocato il diritto alla pianificazione fiscale, le libertà economiche e l'autonomia negoziale nonché l'impossibilità di intentare una sorta di processo alle intenzioni, in altri termini, di verificare l'esistenza di motivi puramente fiscali alla base delle scelte operate dal contribuente.

A favore della regolamentazione del fenomeno elusivo, è possibile rilevare che l'ordinamento giuridico giudichi determinati comportamenti inaccettabili. Ciò si verifica principalmente in caso di presenza di anomalie dell'operazione realizzata o, estendendo all'ambito fiscale concetti aventi natura civilistica, nell'ipotesi di assenza della causa negoziale.

L'elusione si avvicina, ma senza identificarsi con essa, nella simulazione, che può essere assoluta quando non vi è alcuna operazione o relativa quando un'operazione è dissimulata sotto le apparenze di un'altra.

Viene utilizzato il concetto di abuso del diritto. All'interno dell'ordinamento giuridico anglosassone, rileva la mancanza di rilevanza economica dell'operazione e l'assenza di un fine economico, concetti che non si distaccano molto dall'assenza di causa.

Occorre distinguere l'elusione internazionale da quella nazionale. E' più agevole fornire una definizione interna rispetto a quella destinata ad applicarsi quando la norma che è oggetto di abuso è una norma del diritto internazionale come si verifica in caso di abuso di una convenzione.

È lecito domandarsi se le misure avverso il fenomeno del *treaty - shopping* costituiscano norme antiabuso. Lo stesso interrogativo può estendersi anche con riguardo al concetto di beneficiario effettivo o dell'uso dei paradisi fiscali.

La pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea in occasione del caso Cadbury Schweppes ha limitato questa possibilità alle sole ipotesi di condotta artificiosa.

Infine, quali sono le misure di lotta contro l'elusione fiscale? Taluni hanno sostenuto che tali misure rischiano di compromettere il valore giuridico della certezza del diritto o possono pregiudicare l'esatta applicazione del principio di capacità contributiva.

Alcune amministrazioni finanziarie esercitano il loro potere di qualificazione giuridica o applicano la teoria della prevalenza della sostanza sulla forma. L'Argentina, per esempio, applica la legge secondo gli effetti economici del negozio e non quelli giuridici.

L'applicazione delle norme di contabilità internazionale può condurre allo stesso risultato. Ci si avvicina alla interpretazione della norma tributaria per analogia, spesso critica.

L'analisi riguarda anche l'adozione di clausole generali anti-abuso o unicamente di clausole speciali che si applicano solo a situazioni particolari. Vengono introdotte spesso presunzioni.

I relatori Peruviani hanno rilevato che la norma contenuta nell'articolo 8 delle disposizioni preliminari al codice tributario peruviano, adottato nel 1996, prevede un'interpretazione economica delle operazioni soggette alla legge tributaria. Tale interpretazione è venuta meno in quanto lesiva dei principi di legalità e di libertà contrattuale che sono costituzionalmente garantiti, nonché della certezza del diritto. Non resta, come in Belgio, che la possibilità di riqualificare il fatto imponibile, non essendo consentita l'interpretazione analogica.

II. Il secondo tema delle Giornate ha riguardato, sulla base della relazione generale del professore Pasquale Pistone (Università degli Studi delle Scienze Economiche di Vienna), l'applicazione dei principi fiscali alle nuove forme di tassazione dei redditi.

Il relatore ha ricordato che le imposte sul reddito, sono nate dalla necessità di finanziare le guerre e, in particolare, le guerre contro Napoleone, sono state ideate come imposte straordinarie non aventi funzione redistributiva. Esse hanno subito una profonda rivisitazione per assumere l'odierna funzione. Adesso dovrebbero essere modificate ancora una volta per tener conto della globalizzazione e delle relazioni esistenti tra le economie nazionali. La concezione dell'imposta non può essere limitata al quadro nazionale di uno Stato.

Numerose proposte di riforma sono state formulate. Nel 1966, la Commissione Carter ha proposto l'integrazione dell'imposta sulle società e dell'imposta sui redditi. Nel 1979, il professor Meade ha proposto un'imposta sul *cash flow*. Le amministrazioni Thatcher e Reagan, come il rapporto Ruding, hanno incoraggiato riduzioni delle aliquote fiscali, fino al punto che in Europa, in alcuni casi le aliquote hanno raggiunto il 15% contro il 40% stabilito in precedenza per quanto riguarda l'imposta sulle società. La Bulgaria con il 10% e l'Irlanda con il 12,5% costituiscono esempi emblematici.

Il modello di imposizione duale, nata nei paesi nordici, è stata introdotta in diversi paesi. Esso consiste nell'assoggettare in modo progressivo i fattori non mobili come il lavoro e gli immobili e proporzionale, ad un livello inferiore, i fattori mobili. La giustificazione consiste nella necessità di finanziare, attraverso le imposte sul reddito di lavoro, le pensioni future.

Il concetto di reddito ha subito un'evoluzione: dal reddito "prodotto" al reddito "entrata". Nuove forme impositive sono nate, tutte giustificate da un'idea di semplificazione. La *Tobin tax*, imposta sulle transazioni finanziarie è stata adottata in Bolivia, Colombia, Perù e Venezuela. La *flat tax* è stata adottata in Estonia e in Lituania. L'imposizione duale è stata introdotta in Spagna, nei Paesi Bassi, in Perù e in Uruguay. L'imposta sulle eccedenze fiscali (c.d. *windfall profits tax*) è stata introdotta in Bolivia.

La *flat tax* presenta elementi di progressività nella misura in cui si tiene conto del minimo vitale.

Altri paesi hanno dato una nuova dimensione a imposte tradizionali, ritornando all'adozione di modelli di tipo cedolare per alcune imposte.

Infine, vi sono altre imposte diverse da quelle sul reddito. Imposte sulle attività economiche si riscontrano nel sistema fiscale tedesco, spagnolo e francese, e in numerosi paesi latino-americani. Lo stesso vale per i tributi ambientali.

Per quanto riguarda la doppia imposizione internazionale, un evidente progresso risulta dai lavori dell'OCSE secondo cui un conflitto di qualificazione deve essere risolto a favore dell'applicazione delle norme del paese di origine.

Ciascuna relazione generale è integrata dalle relazioni nazionali che formano, in due volumi contenenti i lavori del Congresso, una versione aggiornata del diritto comparato sulle due tematiche trattate¹.

III. Gli ultimi due giorni del Congresso sono stati dedicati ad un seminario internazionale nel corso del quale è stata discussa la preparazione di un modello di trattato latino-americano.

Il prossimo congresso dell'Istituto avrà luogo nel 2010 Cartagena de Indias (Colombia).

¹ *Memorias de las XXIV jornadas latinoamericanas de derecho tributario, Isla de Margarita, Venezuela, Octubre 2008, Tema I: La elusión fiscal y los medios para evitarla, 971 p.; Tema II: Los principios tributarios ante las nuevas formas de imposición a la renta, (Caracas 2008).*

Il ruolo della Corte di Giustizia ue in una fase di crisi del modello sovranazionale (“Colloquio Altiero Spinelli” con Antonio Tizzano. Roma, Sede ANSA, 28 novembre 2008)*

Massimo Dafano

Abstract: Antonio Tizzano is the Italian judge of the European Court of Justice and he is also one of the most important Italian expert of EU law. This article concerns his meeting with the members of the National Committee “Altiero Spinelli”.

The subject of this meeting has been the role of ECJ during this period of crisis of the European Union.

Tizzano strongly supported the idea that the ECJ is an active player within the European integration process. The jurisprudence of the Court established an organic and comprehensive legal order. According to the Italian judge, there aren't disputes between European and national constitutional principles. There is really no reason to be afraid of a dispute between legal orders. But this is, perhaps, an optimistic opinion: the jurisprudences of national Supreme Courts in many Countries suggested the possibility of disputes. Fiscal matters could be one of the possible battlefields.

Another subject of this meeting regarded the effects of the European Union's enlargement on ECJ's work. According to Antonio Tizzano, it is necessary to decrease the number of judges from 27 to 15 because, currently, there is the possibility that small countries have a judge on every chamber as well as an Advocate General. But it is unlikely that small countries may have so many “great-value” judges.

ECJ's role in a period of difficulties of multi-lateral international relationships

Massimo Dafano

1. Introduzione: i “Colloqui Altiero Spinelli”

Nel 2007 Altiero Spinelli avrebbe compiuto cent'anni. Per celebrare la ricorrenza il Ministero dei Beni Culturali, su iniziativa della Sapienza Università di Roma e sotto l'alto

* Un servizio giornalistico televisivo sull'incontro, intitolato *Corte di Giustizia UE, superlavoro nell'Unione a 27* è disponibile all'indirizzo: <http://www.ansa.it/euoparlament/europachevorrei.html>. Lo stesso Tizzano ha pubblicato il 10 dicembre 2008 un articolo sul sito “affari internazionali”, all'indirizzo <http://www.affarinternazionali.it/articolo.asp?ID=1021>, intitolato come il colloquio Spinelli di cui è stato ospite, in cui riporta sostanzialmente le considerazioni offerte nel discorso d'apertura da lui pronunciato all'ANSA.

patronato del Presidente della Repubblica, ha istituito il Comitato Nazionale per le celebrazioni del centenario della nascita di Altiero Spinelli¹. Il Comitato ha organizzato eventi a carattere eminentemente culturale dedicati al ricordo dell'Ulisse di Ventotene e alle principali questioni dell'attualità legate all'integrazione europea e concluderà le sue attività nel maggio del 2009.

Fra i molteplici eventi organizzati, spicca il progetto di comunicazione europea, promosso insieme all'agenzia giornalistica ANSA, dei "Colloqui Altiero Spinelli", che prevede incontri periodici tra i principali protagonisti della vita politica ed economica, i membri del Comitato e i giornalisti dell'Agenzia per discutere di temi d'attualità e del ruolo giocato dall'Unione Europea.

Gli incontri sono coordinati dal direttore dell'Agenzia Giampiero Gramaglia e dal Segretario del Comitato Francesco Gui².

Di particolare interesse per i lettori di questa Rivista è il colloquio tenutosi il 28 novembre 2008 a cui ha partecipato Antonio Tizzano, giudice della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, e alcuni membri del Comitato, tra cui Carlo Curti Gialdino³, che ha definito il giurista nella sua introduzione «senza dubbio il migliore studioso di diritto comunitario italiano», Vincenzo Guizzi⁴, Pietro Calamia⁵, Franca Gusmaroli⁶, Pietro Selicato⁷, alcuni giornalisti dell'agenzia e un gruppo di giovani universitari della Sapienza, membri dell'associazione studentesca EuroSapiens, nata su iniziativa di un gruppo di studenti e laureati della Facoltà di scienze politiche di Sapienza Università di Roma con il fine sociale di accrescere la conoscenza e la sensibilità alle tematiche di respiro europeo dei suoi soci e dell'università tutta mediante l'organizzazione di seminari, convegni, attività di ricerca⁸.

Nel corso del colloquio è stato esaminato il ruolo della Corte di Giustizia nell'odierna fase di crisi del modello sovranazionale europeo, caratterizzata da una recrudescenza dell'unilateralismo nelle relazioni tra gli Stati membri e dalle difficoltà incontrate dai tentativi di rinnovamento istituzionale dell'Unione Europea.

2. La Corte di Giustizia da guardiano dei Trattati ad attore dell'integrazione

Negli ultimi anni il processo di integrazione ha vissuto un momento di difficoltà caratterizzato da un'azione deficitaria degli Stati fondatori dell'Unione e dalle numerose riserve dei nuovi Stati aggregatesi nel 2004. Soprattutto preoccupano le manifestazioni di euroscetticismo dei popoli europei che hanno immancabilmente cassato ogni trattato di riforma laddove era previsto un referendum. Secondo Tizzano la Corte di Giustizia ha affrontato queste difficoltà con un'azione decisa e determinante a favore dell'integrazione comunitaria e della diffusa applicazione dei principi cardine, sanciti dai trattati, che sovrintendono al processo d'integrazione. Proprio l'applicazione estensiva di quei principi

¹ Sulla natura e le attività del Comitato, cfr: www.altierospinelli.it e <http://www.comitatinazionali.librari.beniculturali.it>

² Ordinario di Storia Contemporanea, Sapienza Università di Roma.

³ Associato di Diritto dell'Unione Europea, Sapienza Università di Roma.

⁴ Ordinario di Diritto dell'Unione Europea; Consigliere della Corte dei Conti.

⁵ Ambasciatore, già Rappresentante Permanente dell'Italia presso l'Unione Europea.

⁶ Movimento Federalista Europeo.

⁷ Associato di Diritto Tributario, Sapienza Università di Roma, e Coordinatore della redazione della Rivista di Diritto Tributario internazionale.

⁸ Il sito, www.eurosapiens.net, è in costruzione. Momentaneamente è consultabile un blog, all'indirizzo: <http://eurosapiens.blogspot.com/>

ha permesso di strutturare un ordinamento comunitario coerente, completo, organico e ordinato. Il giurista italiano, giudice presso la Corte di Lussemburgo dal 2006 dopo esserne stato avvocato generale dal 2000, ha quindi definito strutturale il ruolo della Corte di Giustizia «perché ha fatto del diritto un fattore decisivo ed anzi "costitutivo" del processo d'integrazione europea ed influito così sullo stesso modo di essere di tale processo»⁹.

Infatti, la Corte di Giustizia, ha proseguito Tizzano, non solo ha saputo costituzionalizzare i trattati affermando il principio della supremazia del diritto comunitario, ma è riuscita a favorire il processo di integrazione difendendo i principi sanciti dai trattati istitutivi con una determinazione e coerenza tali da supplire alla deficienza dell'azione del Consiglio in ambiti fondamentali per l'integrazione economica.

Per questo motivo la Corte è stata accusata talvolta di essere preda di un attivismo ingiustificabile che ha costruito un ordinamento prevalentemente di carattere pretorio eccedendo i compiti assegnateli dai trattati di garante del processo di integrazione e non di attore. A questo proposito il prof. Tizzano ha ribattuto che «la Corte non è un osservatore esterno a quel processo, ma opera all'interno di esso e del sistema giuridico-istituzionale che lo sorregge»¹⁰. È il riflesso di quell'approccio monista da sempre rivendicato dai giudici del Lussemburgo e più volte fonte di polemiche indirette con le giurisdizioni nazionali, sia supreme che ordinarie (lo stesso Tizzano ha avuto modo di definire questo sotterraneo contrasto dottrinario «duplice monologo giurisprudenziale»¹¹). Il giudice italiano ha minimizzato la valenza di queste divergenze e ha invece sottolineato come sia stato essenziale per il consolidamento dell'ordinamento comunitario la proficua collaborazione con le giurisdizioni nazionali d'ogni ordine e grado. Sintomatico di questa collaborazione è, da un lato, il sempre crescente utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale, dall'altro, l'applicazione diretta del diritto comunitario secondo l'interpretazione giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo. Esemplicativi dell'alto grado di collaborazione con le giurisdizioni nazionali sono gli ottimi rapporti che la Corte di Giustizia può oggi vantare con tutte le corti supremi nazionali, comprese quelle che in più occasioni avevano ribadito la possibilità di sindacare il diritto comunitario alla luce dei principi costituzionali nazionali fondamentali. Lo testimonia il primo rinvio pregiudiziale della Corte Costituzionale italiana¹², operato nell'aprile scorso, ma anche il rapporto creato con il Consiglio Costituzionale francese, in precedenza giunto addirittura ad affermare, nel parere sulla ratifica del c.d. trattato costituzionale, che non solo i principi fondamentali ma ogni disposizione contraria alla Costituzione francese poteva essere oggetto di un giudizio di legittimità costituzionale da parte della suprema giurisdizione nazionale¹³. A riprova della normalizzazione dei rapporti tra le due Corti, Tizzano ha citato un incontro previsto prossimamente a Parigi fra esponenti dei due consessi.

Non si tratta di osservazioni nuove per il Giudice italiano. Antonio Tizzano, ritenendo inadeguate le tradizionali teorie moniste e dualiste dell'integrazione, aveva infatti efficacemente in più occasioni definito la sua idea dell'integrazione come circolare¹⁴.

⁹ A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia UE in una fase di crisi del modello sovranazionale*, in <http://www.affariinternazionali.it/articolo.asp?ID=1021>.

¹⁰ A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia UE in una fase di crisi del modello sovranazionale*, op. cit.

¹¹ A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione Europea* 4/2005, p. 843

¹² Corte Cost., ord. 103-2008, in G. U. 16/04/2008

¹³ Cfr. F. DURANTI, *Il Conseil constitutionnel e la nuova Costituzione europea*, in www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=content&task=view&id=132 (6 dicembre 2004).

¹⁴ Cfr. A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e cosiddetti controlimiti costituzionali*, in AA.VV. *Diritto comunitario e diritto interno*. Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007 (Milano 2008).

La teoria monista presuppone che la superiorità del diritto comunitario derivi dal riconoscimento di una sovraordinazione gerarchica delle norme comunitarie su quelle interne; la teoria dualista, fondandosi sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, riconosce un coordinamento tra ordinamenti giuridici originari e distinti in virtù di una obbligazione autonomamente assunta dallo Stato esercitabile nei limiti della delegazione di sovranità. L'idea di un rapporto circolare tra le Corti consentirebbe, invece, di superare le sterili speculazioni giuridiche sulla sovranità e l'originarietà di un ordinamento piuttosto che di un altro, fornendo l'indicazione di un metodo pratico di risoluzione delle controversie fondato sulla presunzione della razionalità di fondo del sistema e sull'ipotesi del comportamento razionale degli operatori di quel sistema, senza indulgere in alcuna gerarchizzazione. È la stessa motivazione proposta nell'intervista all'agenzia ANSA¹⁵, seguita al Colloquio Spinelli, che spinge Tizzano a respingere l'ipotesi della costituzione di una nuova Corte incaricata di dirimere i conflitti di competenza tra le Corti dell'integrazione europea e le corti nazionali, destinati a crescere di pari passo con l'integrazione¹⁶, o l'ipotesi di una gerarchizzazione delle Corti esistenti.

L'idea è affascinante e risponde all'esigenza di rappresentare gli effetti concreti prodotti dallo strisciante contrasto tra giurisdizione comunitaria e nazionale sulla teorizzazione dei rapporti tra ordinamenti. Ad oggi né la Corte costituzionale italiana, né le altre Corti nazionali che hanno agitato la bandiera dei controlimiti, hanno di fatto disconosciuto la supremazia del diritto comunitario¹⁷. La differenziazione si è avuta nelle definizioni giuridiche - la Corte di Giustizia sostiene l'invalidità degli atti normativi nazionali contrastanti con le normative comunitarie mentre le Corti nazionali propendono per la disapplicazione - ma gli effetti sono stati, e sono, gli stessi. La stessa Corte Costituzionale italiana ha fatto recentemente dei passi verso quel rapporto di prudente ma fiduciosa collaborazione con la Corte di Giustizia auspicato dal prof. Tizzano, operando il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo e rinunciando così a una tradizione, risalente al 1960¹⁸, che vuole la Corte costituzionale non ritenersi un organo giurisdizionale. L'occasione è stata offerta riesaminando *a contrario* le peculiarità dell'ordinamento comunitario come argomento di confronto e differenziazione in due giudizi vertenti sull'applicazione diretta delle norme contenute nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (CEDU). Ma a ben guardare il rinvio pregiudiziale è stato sollevato nel corso di un giudizio in via principale proposto dallo Stato contro le cosiddette "tasse sul lusso" introdotte con una legge della Regione Sardegna, e la Consulta ha ammesso di svolgere funzioni giurisdizionali perché in virtù del nuovo art. 117 della Costituzione è l'unico organo competente a giudicare sul contrasto delle legislazioni regionali (o nazionali) agli obblighi comunitari, e quindi ha il dovere di cooperare con la Corte di Giustizia per garantire l'uniformità di interpretazione e di applicazione del diritto comunitario. Come a dire che solo in quel caso la Corte riconosce di operare come giurisdizione. Non sembra possibile, pertanto, sostenere che la Consulta, con la pronun-

¹⁵ Si veda, in proposito, A. TIZZANO, *Corte di Giustizia UE, superlavoro nell'Unione* a 27, in <http://www.ansa.it/eu-roparliament/europachevorrei.html>

¹⁶ U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione Europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea del diritto nell'esperienza della Corte Costituzionale italiana* (Napoli, 2006), p. 281

¹⁷ Unica eccezione è costituita dalla Corte costituzionale federale della Germania. Cfr. sul punto F. PALERMO, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sul mandato d'arresto europeo*, in www.forumcostituzionale.it/site/index3.php?option=com_content&task=view&id=110&Itemid=82.

¹⁸ Corte Cost., Sent. 13/1960 in <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>

cia in questione, abbia riconosciuto la legittimità del solo Giudice europeo ad enucleare i requisiti necessari perché si possa parlare di "giurisdizione nazionale".

Rispetto alle sentenze 348 e 349 del 2007, va rilevato che la Corte, subordinando l'applicazione diretta di norme esterne all'ordinamento nazionale all'esistenza di un ordinamento sovranazionale rinvenibile, «caso per caso, sulla base di una complessiva valutazione delle strutture e dei fini dell'ente»¹⁹, ha riconosciuto che l'Italia «è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità»²⁰.

Si è parlato così di incorporazione del diritto nazionale nel diritto comunitario, desumendone quale corollario la delegittimazione della Consulta nazionale ad esprimere un giudizio di costituzionalità sulle norme comunitarie basato sui principi nazionali (anche se limitato ai principi costituzionali fondamentali) e manifestando il favore per un giudizio della Corte di Giustizia basato (anche) su quei principi. Secondo queste tesi, resterebbe solo la possibilità per la Corte nazionale di «accertare macroscopiche violazioni che disciplinano l'esercizio di competenze da parte della Comunità»²¹ quando queste non vengono codificate in espliciti atti di trasferimento di sovranità. Ma, nella sentenza richiamata, la Corte ha tenuto a specificare che il limite del rispetto dei diritti fondamentali nazionali resta fermo ed ha articolato il suo ragionamento basandosi apertamente sulla sua precedente giurisprudenza.

Parrebbe, quindi, che l'ipotesi della circolarità dei rapporti tra le Corti, nel momento in cui sembra superata l'*impasse* del processo di integrazione seguita al fallimento del cosiddetto trattato costituzionale, continui a mietere successi sul campo. Tuttavia questo approccio ottimistico, pur se confortato dalla storia, rischia di far covare la brace sotto le ceneri.

La considerazione che le riserve di molti tribunali costituzionali siano solamente sintomo di una «vigile e rassicurante attenzione» piuttosto che «un'autentica minaccia di passi estremi»²² rischia di sottovalutare la possibilità che quell'attenzione diventi lo stimolo ad azioni più forti. E non è realistico ritenere immotivata la preoccupazione che questo momento possa arrivare, considerando che la storia dell'integrazione europea è spesso proceduta "a strappi". Entrando nel merito della principale questione sollevata dai partecipanti al colloquio, quella dei controlimiti, si comprende come la riflessione sulla teoria dell'integrazione tra ordinamenti sia fondamentale.

3. Riflessioni sulla teoria dei controlimiti

Nel dibattito seguente il suo intervento, il Prof. Tizzano ha escluso in modo categorico la fondatezza della teoria dei controlimiti. Si tratta, come è noto, della possibilità, per il Giudice nazionale competente ad esprimersi sul sindacato di costituzionalità, di vagliare la diretta applicabilità delle norme comunitarie alla luce dei principi costituzionali nazionali di carattere fondamentale.

Tizzano ha sostenuto che il sistema garantisce a monte il rispetto delle prerogative e delle tradizioni costituzionali nazionali, dato che il trattato CE le ritiene vigenti anche

¹⁹ M.E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte Costituzionale sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento italiano?*, in *Il diritto dell'Unione Europea* n. 3/08, p. 522.

²⁰ Punto 3.3 delle considerazioni in diritto.

²¹ M.E. BARTOLONI, *Un nuovo orientamento della Corte Costituzionale...*, op. cit., p. 530.

²² A. TIZZANO, *La Corte di Giustizia delle Comunità europee e i diritti nazionali*, op.cit., p. 847.

per le istituzioni comunitarie, sia in sede legislativa che giurisdizionale, e impegna la Corte a rispettarle *in toto*. Un impegno fatto proprio dalla Corte che in più di cinquant'anni di attività ha sempre cercato di rispettare le tradizioni costituzionali degli Stati membri, contribuendo a realizzare un'armonizzazione ermeneutica in luogo della assente armonizzazione legislativa. L'opera della Corte ha consentito, infatti, di comparare i diversi diritti costituzionali nazionali evidenziandone gli elementi comuni. Pur se nei primi anni questa interpretazione è stata guidata dall'obiettivo dell'integrazione economica e quindi è stata funzionale alla realizzazione del mercato unico, in tempi recenti la Corte ha iniziato ad assumersi l'onere della salvaguardia anche dei diritti fondamentali²³. Non è lecito quindi sostenere, secondo Tizzano che la Corte abbia operato in contrasto con le tradizioni costituzionali comuni, semmai è vero il contrario: ovvero che alcuni Corti nazionali e alcuni giuristi sono portati a dimenticare che i valori prodotti dall'UE in cinquant'anni devono essere anch'essi considerati parte dell'identità di tutti gli Stati membri e godono della stessa legittimità dei principi sanciti dalle costituzioni nazionali.

Tizzano ha quindi sostenuto che il contrasto non ha ragione d'esistere perché l'Unione Europea ha l'obbligo di rispettare le costituzioni nazionali e lo stesso *corpus* giuridico comunitario va interpretato in armonia con quelle tradizioni. Tuttavia questa posizione può suonare come una rassicurante consolazione ma non come una risposta sul come si potrebbero risolvere eventuali contrasti, atteso che il prevedere un obbligo per un organo non costituisce di per sé l'assicurazione del suo assolvimento. In altre parole: quali diritti applicherebbe la Corte in caso di contrasto tra diritti nazionali e comunitari? Non è forse la giurisdizione costituzionale una giurisdizione di confine che verte sul contemporaneo dei diritti fondamentali piuttosto che sulla risoluzione di casi concreti²⁴? Quali sarebbero i criteri di risoluzione delle antinomie tra principi costituzionali divergenti?

La materia fiscale può rappresentare un esempio emblematico di terreno sui cui potrebbero confliggere gli orientamenti comunitari e le tradizioni costituzionali. Una parte significativa della dottrina italiana²⁵, tra cui Franco Gallo²⁶, oggi giudice costituzionale nel nostro Paese, ha sottolineato il contrasto latente tra la concezione economicistica del diritto propria dell'ordinamento comunitario e la tradizione italiana – ma non solo – della regolamentazione del mercato a fini di uguaglianza sostanziale e solidarietà. Ritenere che il tema possa rappresentare un possibile terreno di scontro non deve essere considerato un atteggiamento pessimistico, considerato che la sovranità fiscale degli Stati, incisa dai trattati comunitari solo per quanto riguarda l'imposizione indiretta, può essere a ragione ritenuto uno degli elementi che mancano all'Unione per dirsi Stato federale ed è strenuamente difesa anche oggi dagli Stati nazionali, ancora sostenitori del legame imposizione-territorio pur in presenza di un suo continuo sfaldamento²⁷. Prevedere l'evolu-

²³ E a sostenere che la cittadinanza dell'Unione abbia segnato un processo di emancipazione dei diritti comunitari dal loro paradigma economico, cfr. CGCE, 15 marzo 2005, C-209/03, *Bidar*, in Racc. 2005, I-2119.

²⁴ V. ONIDA, *Una nuova frontiera per la Corte Costituzionale: istituzione "di confine" fra diritto nazionale e sovranazionalità*, in P. FERRARI (a cura di), *Corti nazionali e Corti europee* (Napoli 2006), p. 533.

²⁵ Cfr. V. UCKMAR, *Il ruolo della Corte Costituzionale in materia tributaria nell'era della Corte di Giustizia europea*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, (Napoli 2006); C. SACCHETTO, *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Cost...*, op. cit.; L. FERLAZZO NATOLI, *Il rapporto tra ordinamento comunitario ed interno nel diritto tributario. Dalla teoria dualista a quella monista?*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Cost...*, op. cit.; cfr. anche, in questa rivista, P. SELICATO, *La CCCTB tra esigenze di integrazione e compatibilità con gli ordinamenti nazionali*.

²⁶ Cfr. F. GALLO, *Ordinamento comunitario e principi costituzionali tributari*, *Rassegna tributaria*, 2006, p. 420; F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, (Bologna 2007).

²⁷ La letteratura sul tema è vasta. Si segnala: R. BRACCINI, *Mutamenti nelle basi del diritto tributario: la crisi dell'idea di sistema* in *Giurisprudenza italiana*, IV, 1997, pp. 313-326; U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione*, (Roma 1999); C. SACCHETTO, *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Cost...*, op. cit.

zione del processo di integrazione è impresa ardua, ma di una cosa si può esser certi: non si potrà avere reale integrazione se non si affronterà il nodo dell'integrazione fiscale.

Queste riflessioni rappresentano anche lo spunto per un breve commento sul processo di integrazione comunitaria.

Sulla natura istituzionale dell'Unione esiste un dibattito agguerrito e plurale. La definizione minima proposta può essere quella indicata in un recente volume di scienza politica di sistema politico comune²⁸. Sicuramente in assenza di una reale spinta democratico-federalista che sovvertisse il sistema europeo di Stati nazionali per costruire un'Europa federale, l'integrazione è proceduta da un lato secondo i tempi lenti delle diplomazie nazionali, dall'altro con uno *spill over* delle competenze realizzato dagli attori istituzionali delle Comunità meno legati alle leadership politiche nazionali. Commissione e Corte di Giustizia hanno realizzato, secondo le proprie peculiarità, quelle che Draetta ha chiamato formule di «federalismo strisciante» ovvero «introduzione di elementi di federalismo sostanziale»²⁹. Focalizzando l'attenzione sull'operato della Corte di Giustizia, c'è da chiedersi se l'interventismo della Corte non rischi, nel rendere palese le debolezze istituzionali dell'UE, di complicare l'integrazione di culture giuridiche differenti, procedendo a colpi di sentenze a discapito di un'azione razionalizzante di ampio respiro. È noto come in proposito si sia parlato in campo fiscale di disintegrazione³⁰ operata dalla Corte piuttosto che integrazione, proprio per la difficoltà di avvicinare le disposizioni nazionali facendo leva sull'integrazione negativa, date le peculiari caratteristiche di ogni singolo Stato e la particolare struttura del diritto tributario, un diritto che opera avendo come base disposizioni del diritto civile e commerciale, necessitando, quindi, quasi un'opera di contemporanea doppia armonizzazione. La pratica diffusa della ricezione in sede di giudizio o di amministrazione finanziaria della *soft law* della Commissione può rappresentare un ulteriore elemento di sottrazione della sovranità fiscale dello Stato, ancor più grave perché solo lontanamente legittimata dalla volontà popolare.

Il rischio è che la genuina simpatia per l'integrazione europea e la fiducia nel futuro, pur se confortata dai notevoli risultati conseguiti dall'integrazione europea, conduca a sottostimare i pericoli insiti in un processo che non può ancora dirsi compiutamente federale e che per esserlo avrebbe bisogno del preventivo assenso dei popoli europei, pena la diffusione di quella percezione di una sottrazione delle proprie prerogative da parte delle istituzioni europee, manifestatasi nei voti popolari che hanno definitivamente bocciato il cosiddetto trattato costituzionale e complicato il cammino del trattato di Lisbona.

4. La Corte di Giustizia nell'UE a ventisette

La centralità del rapporto con le giurisdizioni nazionali è stata al centro dell'intervento del professore anche quando è stato affrontato il nodo dei «profondi, e per taluni aspetti addirittura radicali, cambiamenti»³¹. che hanno caratterizzato gli ultimi venti anni del processo di integrazione: riforme istituzionali, nuove competenze dell'Unione e della giurisdizione della Corte, processo di allargamento. Secondo Tizzano «nessuna misura di riorganizzazione dell'attività della Corte potrà portare i suoi frutti se da parte comu-

²⁸ F. ATTINÀ - G. NATALICCHI, *L'Unione europea : governo, istituzioni, politiche* (Bologna 2007)

²⁹ U. DRAETTA, *Diritto dell'Unione Europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano: un contrasto non più solo teorico*, in L. DANIELE (a cura di), *La dimensione internazionale ed europea ...*, op. cit., p. 315

³⁰ M. WATHELET, *Direct taxation and EU law: integration or disintegration?*, *Ec Tax Review*, 2004, p. 2.

³¹ A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di Giustizia UE ...*, op. cit.

nitaria non si fa pienamente leva sulla collaborazione con le giurisdizioni nazionali e se, a loro volta, queste ultime non assolvono attivamente al loro compito di filtro naturale nell'applicazione del diritto comunitario».

Misure di riorganizzazione che, tuttavia, ci sono state: il nuovo Statuto della Corte di Giustizia delle Comunità europee ha previsto, grazie alle opportunità offerte dal trattato di Nizza, sia la possibilità di creare camere giurisdizionali incaricate di pronunciarsi in primo grado su alcuni ricorsi in materie specifiche (di cui la prima, il Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea è operativa dal 2006) che l'istituzione della Grande Sezione composta da tredici giudici. La Grande Sezione affianca quelle a tre e cinque giudici (la plenaria viene adita in casi specifici previsti dallo Statuto della Corte) e opera su richiesta di uno Stato membro o di una istituzione delle Comunità che è parte in causa.

Tizzano ha peraltro manifestato la propria preoccupazione per lo sviluppo "esponenziale" del lavoro della Corte. Le nuove competenze maturate persino in materia penale e le lungaggini indotte dall'utilizzo di tante lingue diverse, a garanzia del cittadino, hanno ulteriormente allungato la durata dei processi. La durata media di un procedimento presso la Corte è infatti calcolata in due anni, prima di giungere alla sentenza (ma, almeno per taluni aspetti dei procedimenti penali, una procedura recentemente adottata consente di non superare i due mesi).

L'allargamento a ventisette nazionalità dell'Unione Europea, definita da Tizzano "Unione di seconda generazione", può costituire un rischio in riferimento alla qualità professionale dei giudici designati, data la possibilità che un piccolo Paese abbia contemporaneamente un giudice nella Corte, uno nel Tribunale di primo grado, uno nel Tribunale della funzione pubblica dell'Unione europea ed infine un avvocato generale. Sembra difficile che si possano rinvenire così tante professionalità di valore in piccoli Stati. Considerando queste motivazioni sia procedurali che sostanziali, Tizzano ha proposto una modifica della composizione della Corte che riduca il numero dei giudici da ventisette a quindici, favorendo così anche una simbolica riconoscibilità della sovranazionalità della Corte. L'aumento delle nazionalità che compongono l'Unione non rappresenta, invece, secondo il giudice italiano, una minaccia al corretto assolvimento delle funzioni giurisdizionali proprie della Corte dal punto di vista di un possibile *favor* dei giudici verso il proprio Paese o comunque della formazione di intese fra giudici di aree giuridicamente e politicamente vicine o affini, perché impegnati a svolgere le loro funzioni nell'esclusivo interesse della Comunità-Unione. Inoltre lo Statuto della Corte non richiede più la presenza né del giudice nazionale, né dell'avvocato generale connazionale della parte in causa.

Quanto alle difficoltà pratiche incontrate dall'allargamento, si è cercato di farvi fronte garantendo la presenza di una maggioranza di vecchi membri nelle sezioni per consentire un più proficuo adattamento dei nuovi membri alle modalità d'esercizio delle proprie funzioni nella Corte e una maggiore conoscenza e padronanza dell'*acquis* comunitario.

Opinion Statement of the Confédération Fiscale Européenne (CFE) Fiscal Committee on the European Commission's proposal of directive and action plan to better combat VAT fraud*

The CFE observes that the VAT system developed initially by France and later the EC has now been adopted by most of the countries of the World. It seems unlikely that this system faces major conceptual weaknesses. Only Europe seems to face substantial fraud called “missing traders” or “carousel”, while in other parts of the world, this seems to be limited to exports of goods. This kind of fraud has been observed since the introduction of VAT in Europe in cases concerning the acquisition of tax free goods from other member states or third countries, VAT free scraps¹, building contractors and VAT free exports¹. Before 1993, this kind of fraud was very common in trade between Belgium, The Netherlands and Luxembourg which had at that time abolished any physical controls at their borders (Benelux 50 procedures).

The CFE points out that the VAT is more strictly monitored than other taxes. As mentioned in the opinion statement about electronic invoicing and archiving (October 3, 2008), the CFE observes that, unlike most of the other existing taxes, the VAT system contains extremely detailed and frequent periodical reporting obligations to the tax authorities, in particular:

- periodic VAT returns, which require details of turnover, the VAT due and the VAT deductible, as well as corrections (article 250 and following of the VAT Directive);
- subject to any claims for input tax, the payment of VAT for the period covered by a return (article 206 of the VAT directive). Any abnormal requests for a VAT deduction can be subjected to a tax audit;
- periodical sales listings (at least quarterly) detailing the supplies to taxable persons established in other EU Member States (articles 262 to 264 of the VAT Directive);
- Member States can also require traders to provide details of their acquisitions from other member states (article 268 of the VAT Directive);

* Paper submitted by the Confédération Fiscale Européenne to the European Institutions in February 2009. This is an Opinion Statement on the “European Commission's proposal of directive and action plan to better combat VAT fraud”, prepared by the Fiscal Committee of the Confédération Fiscale Européenne (CFE). The CFE is the leading European association of 32 national tax advisory organisations representing over 180,000 tax advisers.

¹ Immediately after the introduction of VAT, criminal organisations were collecting old cars in order to sell the iron and steel to large steel companies. They would issue formal VAT invoices using the names of beggars. The large companies would then seek to recover the VAT but the criminals would not account for the tax to the authorities. In order to prevent this fraud, France and Belgium have zero rates for the sale of second hand metal objects.

- Member States can also require yearly listings that detail the turnover on supplies made to taxable persons established in other member states (article 270 of the VAT Directive);

- and, although it is not a specific VAT obligation, traders can be required to produce yearly accounts, income tax returns and statistical information (for example Intrastat).

The data communicated directly (and frequently on line) to tax authorities through these various returns are based on invoices. The invoice is a document generally issued by the supplier and its form is strictly regulated, there being 11 prescribed requirements, including that the invoice should contain a description of the extent and nature of the supplies (article 226 of the VAT Directive).

These strict, detailed and frequent reporting requirements are combined with obligations to make payments of VAT output tax to the tax authorities subject to the right of the trader to recover VAT input tax. Any abnormal discrepancies between VAT output tax paid to the tax authorities and VAT input tax deducted by the trader can result in an immediate audit by the tax authorities.

Missing trader" fraud is easy to organize and requires minimal financial investment. It is caused by a combination of a severe weakness in the monitoring of intra-community trading in the VAT system and:

- the possibility of acquiring goods VAT free from abroad (intra-community acquisitions) or internally (eg. VAT exemptions with a view to exportation) as well as the possibility of selling goods without accounting for VAT but recovering VAT on the costs;
- the absence of harmonization of reporting procedures;
- slow communications between tax authorities.

Missing trader fraud has been encouraged by the fact that Member States have not taken adequate account of the essential characteristics of the VAT system, which only functions properly when goods and services circulate with a VAT charge and with a limited number of exemptions². Basically², the current VAT system, which permits VAT free transactions *within* the single market, is inconsistent with the idea of a single market and an anathema to the proper working of the VAT system. It is this feature of the system which is at fault. No other place in the world has this problem primarily because their systems operate on a national level and there is no similar opportunity on a national level to make supplies with no obligation to account for VAT output tax but with a right to recover VAT input tax. The problem with VAT in Europe is that there are 27 states operating as a single market but there has been a failure to accept the logical consequences of that market.

In Cases C-439/04 and C-440/04, *Kittel and Recolta*, the ECJ ruled that a taxable person who knew or should have known that he was participating in a transaction connected with fraudulent evasion of value added tax is not entitled to deduct input VAT. In Case C-384/04, *Federation of Technological industries*, the ECJ ruled that a taxable person, to whom a supply of goods or services has been made and who knew, or had reasonable grounds to suspect, that some or all of the value added tax payable in respect of that supply, or of any previous or subsequent supply, would go unpaid, may be made jointly and

² As noted in footnote 1 above, we accept that there are some instances where VAT exemptions may reduce the risk of fraud because it prevents traders from making supplies of high value, for example of construction services, and then committing a fraud by failing to account for VAT on those supplies

severally liable, with the person who is liable, for payment of that tax. Unless an exception is made to the *Kittel* judgment in cases where the VAT can be recovered, these two decisions could combine to doubly penalise traders who find that they are both liable to account for VAT on supplies made to them and yet at the same time lose the right to recover input tax. There is also a danger that the *Kittel* judgment may be relied upon to deny a right to recover input tax even though the tax authorities subsequently succeed in recovering the tax from the missing trader. In a chain of transactions, it might also be relied upon to deny the right to recover input tax to a number of traders, thereby resulting in windfalls for the Member States. The imposition of joint and several liabilities on moveable goods, also requires business to perform detailed investigations about their purchasers and their suppliers. In practice, only tax authorities have the legal powers and the infrastructure to perform such investigations. The fact that the *Kittel* judgment and the provisions relating to joint and several liability penalise not only fraudulent traders but also negligent traders, who do not know that there has been a fraud but ought to have known of the fraud, clearly acts as a potential disincentive to inter-community trade, because even honest traders may have concerns that their right to recover input tax may be denied, on the basis that they have been guilty of neglect, or alternatively that they might be made jointly liable for the tax due from their suppliers.

The CFE therefore welcomes:

- the contemplated adoption of common minimum standards for the registration and deregistration of taxable persons: it is clearly desirable that member states should adopt common standards that seek to prevent fraud although care must be taken to ensure that these procedure do no inhibit legitimate business ;
- new provisions for the confirmation of information about traders: it is clearly desirable that traders should have the ability to verify both the VAT number and the address of traders that it has dealings with. In this regard, it is very important that there should be a procedure that enables traders in all member states to obtain this information in a form that is admissible in the Courts of all the member states, since otherwise there is a danger that traders may be penalised by the fact that they can not prove that they properly verified the status of their suppliers or customers in proceedings with their tax authorities;
- new invoicing rules: the current options offered to Member States and the legislative obstacles to electronic invoicing and electronic archiving artificially increase the costs of managing businesses and internal audits;
- attempts to ensure the VAT system is implemented in a more consistent manner in relation to intra-Community transactions: it is clearly desirable that Member States should seek to implement the rules in a consistent manner, so a consistent approach is taken when determining the chargeability of the VAT on intra-Community supplies and acquisitions of goods and also to ensure reporting takes place in both Member States at the same time;
- attempts to reduce timeframes: in an ideal VAT system, the communication of information between bodies in charge of the collection of the tax should take place immediately;
- attempts to harmonise the rules on exemption of VAT at importation: the rules regarding VAT exemptions on intra community operations should be identical since they have an impact on businesses established in other Member States;

- attempts to enhance cooperation between Member States: improved mutual assistance should assist in preventing fraud and may reduce delays and inconvenience for innocent traders whose affairs are being investigated by tax authorities in another Member State;
- the introduction of automated access to data on the databases of tax authorities in other Member State: this should again assist the fight on fraud and should also help to reduce inconvenience for innocent traders whose affairs are being investigated by tax authorities in other Member State;
- the proposed EUROFISC early warning mechanism for combating VAT fraud: this can hopefully help to develop common risk assessment procedures for intra-Community transactions and help to coordinate the exchange of information about transactions where there is a risk of fraud;
- the introduction of improved measures for the recovery of taxes: uniform instruments permitting enforcement or precautionary measures should reduce the administrative burdens upon tax authorities and allow quicker reactions which are crucial for the success of such co-operation;
- the introduction of a shared responsibility for the protection of all Member States revenues: it is clearly desirable that national legislation should grant comparable protection in terms of sanctions and criminal proceedings against VAT fraudsters, regardless of whether the fraud results in a losses of revenue in their own territory or in the territory of another Member State.

The CFE appreciates that any changes in reporting requirements and formalities will result in additional costs for businesses. However, the CFE considers that these costs are more than counterbalanced by the benefits of substantially reducing the risks of innocent business being the victims of fraudsters.

Therefore, the CFE encourages the Member States to adopt as soon as possible the measures contemplated in the action plan submitted by the Commission

However, the CFE regrets the introduction of a joint and several liability, especially since it can be very difficult for a trader to discover whether its customers and suppliers are acting honestly and the rules encourage tax authorities to seek to rely on innocent mistakes and errors to transfer liabilities to innocent traders. This in turn discourages genuine inter-community trade. The proposals for a Council Directive amending Directive 2006/112/EC on the common system of value added tax as regards tax evasion linked to import and other cross-border transactions (Brussels, 1.12.2008 COM(2008) 805 final) do not contain any provisions that will ensure that an importer will not be taxed twice, since he may be taxed once in the country of import under the joint liability rules and a second time in the country where he sells the goods. For the reasons outlined above, there are also dangers that the *Kittel* judgment, especially when combined with the provisions for joint liability, could result in double taxations and windfalls for Member States.

Finally, the CFE warns against any system centralizing sensitive business information such as invoices in tax authorities databases because such databases are almost impossible to protect against sophisticated computer piracy. This could result in commercially sensitive information falling into the hands of non-EU competitors and puts in danger the competitiveness or even the survival of EU businesses.



Parere del Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE) sulla proposta di direttiva e sul piano d'azione della Commissione Europea per migliorare la lotta contro le frodi IVA*

La CFE osserva che il sistema IVA, sviluppato inizialmente dalla Francia e successivamente dalla CE, è stato adottato dalla maggior parte dei Paesi del mondo. Sembra improbabile che questo sistema si trovi di fronte a rilevanti debolezze concettuali. Soltanto l'Europa sembra trovarsi di fronte ad una rilevante forma di frode chiamata "della parte inesistente" o "carosello", mentre in altre parti del mondo questa sembra limitata alla esportazione di beni. Questa frode è stata osservata sin dall'introduzione dell'IVA in Europa nei casi concernenti gli acquisti di beni esentasse da altri Stati membri o da paesi terzi, di rottami esenti ai fini IVA, imprese di costruzioni ed esportazioni esenti ai fini IVA¹. Prima del 1993, questo tipo di frode era molto comune nelle operazioni tra Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo i quali avevano già abolito ogni controllo materiale alle frontiere.

La CFE pone in rilievo come l'IVA sia sottoposta a maggiori controlli rispetto agli altri tributi. Come già rilevato nel parere riguardante la fatturazione e l'archiviazione elettronica (3 ottobre 2008), la CFE osserva che, a differenza della maggior parte dei tributi esistenti, il sistema IVA contiene obblighi estremamente dettagliati e frequenti di *reporting* alle autorità fiscali, in particolare:

- dichiarazioni IVA periodiche, le quali richiedono indicazioni riguardo la cifra d'affari, l'IVA dovuta e l'IVA detraibile così come per le rettifiche (articolo 250 della direttiva IVA);
- i soggetti di ogni richiesta di imposta a credito, i versamenti IVA per il periodo coperto dalla dichiarazione (articolo 206 direttiva IVA). Ogni richiesta anomala di detrazione IVA può essere sottoposta ad accertamento fiscale;
- elenchi periodici delle vendite (almeno quadrimestrali) riepilogativi delle cessioni a soggetti passivi IVA stabiliti in altri Stati membri UE (articoli da 262 a 264 della direttiva IVA);

* Documento presentato dalla Confédération Fiscale Européenne alle Istituzioni europee nel febbraio 2009.

Questo è un parere su "la proposta di direttiva e sul piano di azione della Commissione europea per migliorare la lotta contro le frodi IVA" approntato dal Comitato Fiscale della Confédération Fiscale Européenne (CFE). La CFE è l'associazione centrale europea di 32 organizzazioni di consulenza fiscale nazionali, rappresentante oltre 180,000 consulenti fiscali. Traduzione italiana di Luca Lazzarini.

¹ Immediatamente dopo l'introduzione dell'IVA, organizzazioni criminali raccoglievano automobili vecchie al fine di vendere il ferro e l'acciaio a grosse società metallurgiche. Queste emettevano regolari fatture IVA utilizzando nomi di mendicanti. Le grosse società avrebbero quindi cercato di recuperare l'IVA ma le organizzazioni criminali non avrebbero versato l'imposta alle autorità. Al fine di prevenire questa frode, Francia e Belgio hanno un tasso zero sulla vendita di oggetti di metallo di seconda mano.



- gli Stati membri possono inoltre richiedere alle parti di fornire dettagli dei loro acquisti da altri Stati membri (articolo 268 della direttiva IVA);
- gli Stati membri possono inoltre richiedere elenchi annuali riepilogativi del fatturato derivante dalle cessioni a soggetti passivi stabiliti in altri Stati membri;
- e, malgrado non sia un obbligo specifico dell'IVA, può essere richiesto alle parti di fornire rendiconti annuali, dichiarazioni dei redditi ed informazioni statistiche (ad esempio Intrastat).

I dati comunicati direttamente (e sovente on line) alle autorità fiscali tramite queste varie dichiarazioni sono basate sulle fatture. La fattura è un documento generalmente emesso dal cedente e la sua forma è strettamente regolata, essendovi 11 requisiti necessari, compreso quello per cui la fattura deve contenere una descrizione della quantità e della natura dei beni ceduti (articolo 226 della direttiva IVA).

A tali rigidi, dettagliati e frequenti oneri di *reporting* si aggiungono gli obblighi di effettuare i pagamenti dell'imposta a debito all'autorità fiscale con il diritto per il soggetto passivo di recuperare l'IVA a credito. Ogni discrepanza anomala tra IVA a debito pagata all'autorità fiscale e credito IVA detratto dal soggetto passivo può risolversi in un accertamento immediato da parte dell'autorità fiscale.

La "frode carousel" è semplice da organizzare e richiede un investimento finanziario minimo. Essa è causata da una combinazione di gravi debolezze nel monitoraggio del commercio intracomunitario nel sistema IVA e:

- dalla possibilità di acquistare beni esenti da IVA dall'estero (acquisti intracomunitari) o dall'interno (ad es. esenzioni IVA in vista dell'esportazione) così come dalla possibilità di vendere beni senza render conto dell'IVA ma recuperando l'IVA sui costi;
- dall'assenza di armonizzazione nelle procedure di *reporting*;
- comunicazioni lente tra le autorità fiscali.

La "frode carousel" è stata incoraggiata dal fatto che gli Stati membri non hanno tenuto in adeguata considerazione le caratteristiche essenziali del sistema IVA, il quale funziona propriamente esclusivamente se beni e servizi circolano con un addebito IVA e con un limitato numero di esenzioni. Essenzialmente², l'attuale sistema IVA, il quale ammette transazioni esenti da IVA *all'interno* di un singolo mercato, è incompatibile con l'idea di un singolo mercato e costituisce un anatema per il corretto funzionamento del sistema IVA. E' questa caratteristica del sistema ad essere errata. Nessun altro posto al mondo ha quest'ordine di problemi essenzialmente perché i loro sistemi operano a livello nazionale e non esiste nessuna simile opportunità a livello nazionale di effettuare cessioni senza l'obbligo di considerare l'IVA a debito pur mantenendo il diritto di recuperare l'IVA a credito. Il problema con l'IVA in Europa è che vi sono 27 Stati operanti come un singolo mercato ma manca l'accettazione delle conseguenze logiche di tale mercato. Nei casi C-439/04 e C-440/04, *Kittel e Recolta*, la CGCE ha stabilito che un soggetto passivo che era a conoscenza, o sarebbe dovuto essere a conoscenza, del fatto che stava prendendo parte ad una transazione connessa con l'evasione fraudolenta dell'imposta sul valore aggiunto non ha diritto a detrarre l'IVA a credito. Nel caso C-384/04, *Federation of Technological Industries*, la CGCE ha stabilito che un soggetto passivo, al quale è stata effettuata una cessione di beni o di servizi e che era a conoscenza, od aveva una ragionevole base

² Come sottolineato nella nota precedente, accettiamo che vi siano alcune circostanze in cui le esenzioni IVA possano ridurre il rischio di frode in quanto impedisce agli operatori di effettuare cessioni di elevato valore, per esempio servizi di costruzione, commettendo quindi una frode non pagando l'IVA su tali cessioni.

di sospetto, che tutta o parte dell'imposta sul valore aggiunto da pagarsi con riferimento a detta cessione, o di ogni altra cessione precedente o successiva, sarebbe rimasta non assolta, può essere considerata solidalmente o separatamente responsabile con il soggetto responsabile, per il pagamento dell'imposta. Salvo che non vi sia un'eccezione alla sentenza *Kittel* nei casi in cui l'IVA può essere recuperata, queste due sentenze possono essere combinate per penalizzare doppiamente le parti che si ritrovano responsabili per l'IVA sulle cessioni effettuate nei loro confronti ed allo stesso tempo perdono il diritto di recuperare l'IVA a credito. C'è inoltre il rischio che il giudizio *Kittel* possa essere preso come base per negare il diritto al recupero dell'imposta a credito anche se l'autorità fiscale successivamente riesce a recuperare l'imposta dalla parte mancante. In una catena di operazioni, esso può essere preso come base per la negazione del diritto al recupero dell'IVA a credito di più parti, generando quindi ricavi inattesi per gli Stati membri. L'imposizione della responsabilità solidale e separata sui beni mobili, richiede inoltre che le imprese svolgano dettagliate indagini riguardo ai loro acquirenti e fornitori. Nella pratica, soltanto le autorità fiscali hanno i poteri legali e le infrastrutture necessarie per tali indagini. Il fatto che la sentenza *Kittel* e le disposizioni collegate alla responsabilità solidale o separata penalizzino non soltanto i soggetti fraudolenti ma anche i soggetti negligenti, i quali non sanno che vi è stata una frode ma avrebbero dovuto essere a conoscenza della frode, agisce chiaramente come un potenziale disincentivo al commercio intercomunitario, in quanto anche i soggetti onesti possono nutrire preoccupazioni che il loro diritto al recupero dell'imposta a credito possa essere negato, sulla base del fatto che essi sono stati colpevoli di negligenza, od alternativamente che essi possano essere considerati solidalmente responsabili per le imposte dovute dai loro fornitori.

La CFE accoglie con favore:

- la prevista adozione di standard minimi comuni per la registrazione e cancellazione dei soggetti passivi: è manifestamente auspicabile che gli Stati membri adottino standard comuni per cercare di prevenire le frodi malgrado notevole attenzione deve essere adottata al fine di assicurare che queste procedure non proibiscano attività d'impresa legittime;
- nuove disposizioni per l'omologazione delle informazioni riguardo gli operatori: è manifestamente auspicabile che gli operatori dovrebbero essere in grado di verificare sia la partita IVA che l'indirizzo degli operatori con cui sta negoziando. Sul punto, è di estrema importanza che vi sia una procedura che metta in grado gli operatori in tutti gli Stati membri di ottenere dette informazioni in una forma che sia accettabile dalle Corti di tutti gli Stati membri, dal momento che altrimenti c'è il pericolo che gli operatori possano essere penalizzati dal fatto che essi non possono provare di aver adeguatamente verificato lo *status* dei loro fornitori od acquirenti nei procedimenti con le loro autorità fiscali;
- le nuove regole sulla fatturazione: le attuali opzioni offerte agli Stati membri e gli ostacoli legislativi alla fatturazione elettronica ed alla archiviazione elettronica accrescono artificialmente i costi di gestione dell'impresa e del controllo interno ;
- tentativi di assicurare che il sistema IVA sia implementato in maniera più coerente in relazione alle transazioni intracomunitarie: è manifestamente auspicabile che gli Stati membri tentino di implementare le regole in maniera coerente, in tal modo un approccio coerente è adottato nella determinazione della addebitabilità dell'IVA nelle cessioni intracomunitarie e negli acquisti di beni ed inoltre per assicurare che il *reporting* abbia luogo in entrambi gli Stati membri allo stesso tempo;

- tentativi di ridurre i tempi d'attuazione: in un sistema IVA ideale, la comunicazione di informazioni tra enti incaricati della riscossione dei tributi dovrebbe avvenire immediatamente;
- tentativi di armonizzare le regole sull'esenzione dell'IVA sulle importazioni: le norme riguardanti le esenzioni IVA sulle operazioni intracomunitarie dovrebbero essere identiche dal momento che esse hanno un impatto sulle imprese stabilite in altri Stati membri;
- tentativi di rafforzare la cooperazione tra Stati membri: una maggiore assistenza reciproca dovrebbe aiutare la prevenzione delle frodi e dovrebbe ridurre ritardi ed inconvenienti per gli operatori innocenti i cui affari sono oggetto di indagine da parte dell'autorità fiscale di un altro Stato membro;
- l'introduzione dell'accesso automatizzato ai dati contenuti nei *database* delle autorità fiscali in altri Stati membri: questo potrebbe ancora assistere la lotta contro le frodi ed aiutare a ridurre gli inconvenienti per gli operatori innocenti i cui affari sono oggetto di indagine da parte dell'autorità fiscale di un altro Stato membro;
- il proposto meccanismo di allerta preventiva EUROFISC per combattere le frodi IVA: questo si spera possa aiutare a sviluppare procedure comuni di valutazione del rischio per le transazioni intracomunitarie ed aiutare a coordinare lo scambio di informazioni con riferimento alle transazioni in cui vi è un rischio di frode;
- l'introduzione di misure rafforzate per il recupero delle imposte: strumenti uniformi che permettano l'applicazione di misure precauzionali ridurrebbero gli oneri amministrativi sulle autorità fiscali e consentirebbero reazioni più rapide che sono cruciali per il successo di tale cooperazione;
- l'introduzione di una responsabilità condivisa per la salvaguardia delle entrate di tutti gli Stati membri: è manifestamente auspicabile che la legislazione nazionale garantisca una protezione comparabile in termini di sanzioni e procedimenti penali contro gli autori di frodi IVA, indipendentemente dal se la frode risulti in una perdita di entrate nel proprio territorio o nel territorio di un altro Stato membro.

La CFE ritiene che ogni modifica negli obblighi di *reporting* e formali generi ulteriori costi per le imprese. Ad ogni modo, la CFE ritiene che detti costi siano più che controbilanciati dai benefici derivanti dalla significativa riduzione del rischio che imprese innocenti siano vittime degli autori delle frodi.

La CFE incoraggia dunque gli Stati membri ad adottare quanto prima possibile le misure contemplate nel piano d'azione presentato dalla Commissione.

Ad ogni modo, la CFE si rammarica per l'introduzione della responsabilità solidale e separata, in particolar modo dal momento che può essere estremamente difficile per un operatore scoprire se i propri clienti o fornitori stiano agendo onestamente e le regole incoraggiano le autorità fiscali a cercare di fare affidamento su errori in buona fede e sbagli per spostare la responsabilità su operatori innocenti. Questo a sua volta scoraggia il commercio intracomunitario genuino. La proposta di direttiva del Consiglio modificante la direttiva 2006/112/EC sul sistema comune di imposta sul valore aggiunto con riguardo all'evasione collegata alle importazioni ed altre transazioni intracomunitarie (Bruxelles, 1.12.2008 COM(2008) 805 definitiva) non contiene alcuna disposizione che assicuri che un importatore non sarà tassato due volte, dal momento che questo può essere tassato una volta nel paese di importazione secondo le regole sulla responsabilità solidale ed una seconda volta nel paese in cui esso cede i beni. Per le ragioni sopra sottolineate, vi sono inoltre pericoli che la decisione *Kittel*, in particolare se combinata con le disposizioni



sulla responsabilità solidale, potrebbe generare doppie tassazioni e ricavi inattesi per gli Stati membri.

Conclusivamente, la CFE mette in guardia da ogni sistema di centralizzazione nei database delle autorità fiscali di informazioni sensibili delle imprese come le fatture in quanto tali database sono pressochè impossibili da proteggere contro sofisticati atti di pirateria informatica. Questo potrebbe risolversi nella consegna di informazioni commerciali sensibili nelle mani di *competitors* non europei e mettere in pericolo la competitività od addirittura la sopravvivenza delle imprese europee.







